

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LI, FASCÍCULO IV

Octubre-diciembre, 1998



BOE BOLETÍN
OFICIAL DEL
ESTADO

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

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

Coordinación

NIEVES FENOY PICÓN

Consejo de Redacción

MANUEL AMORÓS GUARDIOLA
ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ
MANUEL DE LA CÁMARA ÁLVAREZ
JESÚS DíEZ DEL CORRAL
AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPÍN
GABRIEL GARCÍA CANTERO
ANTONIO GORDILLO CAÑAS
ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS
JUAN JORDANO BAREA

FRANCISCO LUCAS FERNÁNDEZ
JOSÉ MARÍA MIQUEL GONZÁLEZ
SEBASTIÁN MORO LEDESMA
FRANCISCO NÚÑEZ LAGOS
MANUEL OLIVENCIA RUIZ
JOSÉ POVEDA DíAZ
LUIS PUIG FERROL
IGNACIO SOLÍS VILLA
RODRIGO URÍA GONZÁLEZ

SUMARIO

	<u>Pág.</u>
Estudios monográficos	
Ángel M. LÓPEZ Y LÓPEZ: «El derecho de propiedad. Una <i>relectio</i> »	1637
Esther GÓMEZ CALLE: «El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito médico-sanitario»	1693
José M. ^a GARRIDO: «Teoría general de la preferencia»	1769
Alma M. ^a RODRÍGUEZ GUTIÁN: «Eficacia de los pactos de exclusiva» ..	1865
Información Legislativa	
Por Pedro DE ELIZALDE Y AYMERICH y Luis Miguel LÓPEZ FERNÁNDEZ.....	1927

Bibliografía

LIBROS

- CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis Humberto: «La causa del contrato», por Carlos Vattier Fuenzalida 1957
- CLEMENTE MEORO, Mario: «La facultad de resolver los contratos por incumplimiento», por Lis Paula San Miguel Pradera..... 1961
- LAMBERTI, Francesca: «Studi sui "postumi" nell'esperienza giuridica romana», por Juan Manuel Blanch Nougués..... 1970
- PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA: «Código civil anotado, vol. V (Artigos 1796.º a 2023.º), vol. VI (Artigos 2024.º a 2334.º)», por Gabriel García Cantero..... 1974
- WESENBERG, Gerhard/WESENER, Gunter: «Historia del Derecho privado moderno en Alemania y en Europa», por Gabriel García Cantero..... 1975

REVISTAS EXTRANJERAS

- Por Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, José María BECH SERRAT, M.ª Rosario DÍAZ ROMERO, M.ª Paz GARCÍA RUBIO, Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA, Carmen JEREZ DELGADO, Alma RODRÍGUEZ GUTIÁN, Albert RUDA GONZÁLEZ, Isabel SIERRA PÉREZ..... 1983

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

SENTENCIAS

- A cargo de Encarna ROCA TRÍAS. Colaboran: Delia BOIX GRACIA, Ramón CASAS VALLÉS, Guillem GUARDIA VIDAL, Ana LATO-RRER ARMERO, Isabel MIRALLES GONZÁLEZ, Mònica VILASAU SOLANA..... 2027

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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

Periodicidad: Trimestral.

Precio de suscripción: 8.300 ptas.

Precio del fascículo suelto: 2.600 ptas.

ADMINISTRACIÓN

Ministerio de Justicia

(Centro de Publicaciones)

c/ San Bernardo, 62. 28015 MADRID

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

VENTA Y DISTRIBUCIÓN

Librería del Boletín Oficial del Estado

c/ Trafalgar, 27. 28071 MADRID

Tel.: 91 538 21 11

Fax: 91 538 21 11

SUSCRIPCIONES

Boletín Oficial del Estado

Avda. de Manoteras, 54. 28050 MADRID

Tel.: 91 384 17 15

Fax: 91 384 17 14

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LI, FASCÍCULO IV
Octubre-diciembre, 1998

MINISTERIO DE JUSTICIA
Centro de Publicaciones



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Boletín Oficial del Estado

MADRID, 1998

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

NIPO (BOE): 007-98-061-2
NIPO (M. de Justicia): 051-98-018-6
ISSN: 0210-301X
Depósito Legal: M-125-1958

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

El derecho de propiedad. Una *relectio**

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ

Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación

«*Los Hobbits se deleitan con esas cosas, si son exactas; les encanta tener libros colmados de cosas que ya saben, expuestas sin contradicciones y honradamente.*»

(J. R. R. TOLKIEN, *El Señor de los anillos*)

IN MEMORIAM

Telesforo López Paniagua, jornalero. † 1909

Balbino López Mateos, maestro de escuela. † 1977

«... Mucho enseña el destierro de nuestra propia tierra.
¿Qué saben de ella quienes la gobiernan?
¿Quienes obtienen de ella
Fácil vivir con un social renombre?
De ella también somos los hijos
Oscuros...»

(LUIS CERNUDA, *La realidad y el deseo*,
«El ruiseñor sobre la piedra»)

SUMARIO: I. *A modo de introducción y justificación.*—II. *Nomología de la propiedad: Constitución, Código, Leyes Especiales.*—III. *Una secuencia lógica:* a) Código absolutista, Leyes especiales disgregadoras, Constitución socializadora. La parábola del sujeto en la secuencia: sujeto abstracto formalmente igual, encarnaciones parciales del sujeto, sujeto de la igualdad sustancial. b) Los distintos momentos aplicativos de la secuencia. El momento reconstructivo de la disciplina: de las Leyes especiales a la

* El presente texto recoge, suprimidas las palabras de ocasión, el discurso de ingreso del autor como académico de número en la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia.

Constitución y al Código. El momento axiológico: de la Constitución a las Leyes especiales y al Código. El momento sistemático: del Código a las Leyes especiales y a la Constitución. c) Verdadero y falso en la teoría de la pluralidad de los estatutos del dominio.—IV. *El momento reconstitutivo*: a) Sujeto y objeto en el derecho de propiedad. La indefinición genérica de los poderes del propietario: *uti frui abuti* como paradigmas de la utilización económica «soberana»; vaciedad de los paradigmas desde el punto de vista normativo. b) El protagonismo de las cosas: la enseñanza del Derecho antiguo, y en especial la teoría del dominio dividido. Falacia de la fórmula codificada: el *impossible droit absolue*. La teoría de la propiedad en la insanable contradicción del gran vacío de la definición del Código y la realidad de los diversos poderes sobre las cosas: la teoría de la propiedad como la teoría de los límites de la propiedad. El estatuto jurídico del bien objeto de la propiedad como rector de la disciplina. c) Las dificultades de traslación del paradigma político de propiedad absoluta a modelo operativo técnico. Manifestaciones: la teoría del *numerus clausus* de los derechos reales; los «límites de la propiedad por razón de interés público» contenidos en normas extracodiciales; los derechos reales de goce como «desmembraciones» del dominio; las llamadas «propiedades especiales».—V. *El momento axiológico*: a) La «cuestión social» y el Derecho Civil. Pobres, terratenientes y comerciantes entre guerras burguesas y revoluciones colectivistas: el fin de una *belle époque* jurídica. La locación de los inmuebles urbanos como un arquetipo de la contradicción: el propietario del inmueble entre bloqueo de la renta y prórroga forzosa y el reconocimiento de la «propiedad comercial». b) La función social entre ideología y virtualidad normativa. Cristianismo social, socialdemocracia, sociologismo funcionalista, y pensamiento corporativo. Las dificultades de la función social como vínculo normativo: la aplicación inmediata de la función social en las relaciones entre particulares: la temática del abuso del derecho; la cuestión de la analogía. c) Las técnicas operativas de la función social. d) Ámbito objetivo de la función social. e) La jurisprudencia constitucional sobre la función social.—VI. *El momento sistemático*: a) Inutilidad de los conceptos constitucionales para la definición de la propiedad; la garantía de la propiedad como preservación de un ámbito de apropiación privada; el «contenido esencial» no supone un concepto: lo presupone. b) Valor de paradigma y pérdida de sustancia normativa de la definición codificada de propiedad. c) Necesidad de partir del Código: el Código como gramática del Derecho Privado. ¿Valor definitorio o prescriptivo del artículo 348 del Código Civil? d) La entraña romanista del concepto de propiedad codificada. Los elementos esenciales del modelo. Primer elemento: la distinción entre *ius in re* y *obligatio*. Segundo elemento: el disfavor frente a los derechos reales de goce. Tercer elemento: la enemiga a la propiedad colectiva. d) Las quiebras del modelo: la visión de la utilidad del objeto en su trascendencia social; la inserción del esquema del deber en el ámbito del derecho de propiedad, y el contenido obligacional de los derechos reales de goce; la superación del disfavor a los derechos reales: de la configuración como *partes domini*, a la formulación pandectística (la distinción entre *Eigentumbeschrankung* y *Eigentumbegrenzung*, el «contenido normal» del dominio, y la «elasticidad» de éste), y a la teoría de la «adquisición derivativa-constitutiva»; creación de un sujeto ficticio para la intitulación de propiedades colectivas: persona jurídica y propiedad; la aporía del derecho a la cuota en la comunidad romana; subsistencias de rastros de propiedad colectiva. e) ¿Quiebra o irrelevancia del modelo romanista? Valor principal del modelo romanista. f) La aparente neutralidad ideológica: una mirada a la ocupación y a la acción.—VII. *Las fugas técnicas del modelo*: a) Propiedad y bienes inmateriales: *eigentum unsächliche ist nicht*. b) Propiedad y empresa: la construcción jurídica de la titularidad sobre la empresa (perfiles técnicos: relación de la dicha titularidad con el concepto de propiedad); la disociación entre poder económico y propiedad (perfiles jurídico-políticos: propiedad y control de la riqueza). c) La propiedad y las nuevas riquezas: el caso de la propiedad mobiliaria incorporada a un título.—VIII. *Un concepto de propiedad*: Primer elemento: corporalidad del objeto. Segundo elemento: una plenitud «relativa». Tercer elemento: el *ius excludendi ceteros*. Cuarto elemento: carácter fundante, no fundado, con respecto a los otros *iura in re*.—IX. *Coda autonómica*: a) La

competencia de las Comunidades Autónomas en materia de propiedad. La doctrina del Tribunal Constitucional. Una conclusión de mínimos: habilitación de todas las Comunidades Autónomas para establecer límites en función de los títulos competenciales materiales de los Estatutos. b) El plus de las Comunidades Autónomas con Derechos Civiles propios.—X. *Apéndice: a civilian lawyer looks at the common law.* a) La «mirada al otro». *Property y Ownership.* b) *Tenure vs Dominium*: consecuencias. *Equitable ownership y legal ownership.* c) La peculiar ordenación de la *Law of Property.* d) Tradición técnica legal, tradición política y filosófica y tradición de *jurisprudence* o *legal reasoning* en la formulación del Derecho angloamericano. Influencias, correlaciones, interferencias.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN Y JUSTIFICACIÓN

A decir verdad, para un civilista, y me atrevería a afirmar, para todo jurista, el derecho de propiedad no es un derecho: es el derecho. Pieza clave de nuestra cultura y civilización, nuestro universo jurídico es de imposible explicación sin él. No necesita justificación, en abstracto, que nos ocupemos de él, una y otra vez. Cosa distinta es que como objeto científico, su estudio general pueda resultar desmesurado para cualquier persona. En cualquier caso, tal vez no andaba descaminado el que avisó que el derecho de propiedad es tema para dedicarle un ensayo o toda la vida. El que escribe no ha hecho ni una cosa ni otra, pero ha reflexionado sobre la propiedad durante largos años, que le han proporcionado más perplejidades que certidumbres; pero por ello tal vez tenga una mínima excusa este ejercicio. Con una cautela: se pretende hacer una exposición de carácter general; pero no es mi propósito argüir sobre la disciplina positiva *in totum* del derecho de propiedad; intento una disertación sobre su concepto y la identificación de sus elementos nucleares. Ahora bien, como es evidente, sería un esfuerzo vano, y hasta necio, el encaminado a que mi discurso propiciara algún tipo de descubrimiento en un tema de las características del elegido. Por eso, dentro de la tradición de los distintos géneros jurídicos, he optado por uno de los más rancieros, el de la *relectio* o relección. La *relectio* no pretende un neutro estado de la cuestión: su sentido es recoger lo dicho, pero ensamblándolo de nuevo; repasar (esto es, volver a pasar) con el pensamiento, pero repasando (esto es, volviendo a pasar) en perspectiva. Tiene la *relectio* un objetivo limitado, desde el instante en que recorre caminos ya pisados; pero, al tiempo, ambiciona una mirada nueva, aunque sea sobre esos mismos senderos. Tal es mi intención hacer aquí con el derecho de propiedad, tanto desde el punto de vista gnoseológico como desde el expositivo.

II. NOMOLOGÍA DE LA PROPIEDAD

Una aproximación al universo jurídico de la propiedad privada tropieza con la complicación de que el asunto es demasiado multiforme, y en consecuencia, lleva consigo la dificultad de encontrar una lente con-

ceptual lo suficientemente convergente para concentrar las líneas esenciales y dispersar los trazos más accesorios, sin que la pérdida de los mismos conlleve una reducción a la unidad tan genérica que resulte escasamente útil.

Tal dificultad resulta multiplicada por el propio concepto tradicional de la propiedad, que la sitúa en el corazón del derecho subjetivo (el derecho subjetivo por excelencia), como ámbito soberano de las prerrogativas del individuo sobre las cosas, una suerte de agujero negro en la confusa galaxia de las normas, que dotado de una especial intensidad gravitatoria arrastra al vórtice del poder libérrimo del sujeto toda potencial utilidad de las cosas; y como se tendrá ocasión de apreciar desde el punto de vista de la posición sustancial del propietario, y es cosa sabida, tal visión es empíricamente inexacta: el titular del dominio no lo puede todo, porque la realidad del Derecho pone de manifiesto que siempre hay normas limitativas, además de que sería un imposible que un poder jurídico no tuviera normas delimitadoras, que lógica e institucionalmente lo diferencien de otros poderes. No es ahora el momento de extraer consecuencias, y mucho menos conclusiones, sobre la dimensión real de los poderes del propietario; es tan sólo el de percibirnos metodológicamente de que dicha dimensión no puede ser construida desde una lógica interior de la misma, sino desde la de las normas que la circunscriben, en un sentido u otro, con una significación de garantía o con una significación de limitación.

De esta forma, toda teoría de la propiedad es una teoría nomológica, y se evita decir una teoría normativa, por la carga valorativa que el adjetivo «normativo» conlleva de manera inevitable. Si ello es así, todo razonamiento sobre la propiedad debe partir de un reconocimiento doblemente morfológico: porque las normas son formalizaciones o cristalizaciones de un *continuum* jurídico que fluye incesantemente, y porque son clasificables con criterios formales, en el sentido de criterios que relativamente se abstraen del contenido concreto de la regulación.

En esta perspectiva de reconocimiento morfológico, una visión de las normas que conforman el mundo de la propiedad nos lleva a integrarlo con la Constitución (manifestación de la superlegalidad del moderno Estado de Derecho, y de la emergencia de valores de un consenso social nuevo en su formulación como carta suprema del Estado social), el Código Civil (manifestación de la tradición del Derecho Privado, y de una originaria centralidad cuasiconstitucional en el conjunto del Ordenamiento), y las leyes especiales (manifestación de la superación de los esquemas del Derecho Civil codificado y acompañantes de la evolución constitucional desde el Estado liberal al Estado social).

III. UNA SECUENCIA LÓGICA

a) Con los materiales suministrados por la sumaria morfología nomológica puesta de manifiesto, se puede elaborar una secuencia lógi-

ca, que en términos generales, y descontada alguna eventual disincronía, es también una secuencia histórica.

El Código Civil, y vale esta afirmación para todos los Códigos Civiles de la tradición continental europea, pero en especial los ligados a la primera codificación de sello napoleónico, instaura lo que podemos llamar el absolutismo propietario. El haz de poderes del titular de la propiedad, tal como lo concibe el Código, es un fiel simulacro de la soberanía. Que, como toda soberanía, no sea nunca realizable como total ilimitación —aunque no sea más que porque en la constelación propietaria, como en la constelación estatal, el propietario no está solo—, nada dice contra la bondad ideal del modelo. El núcleo fuerte de éste consiste en que las eventuales limitaciones del poder del propietario no se encuentran en la raíz del poder mismo, sino *aliunde*, como sucede con la soberanía política. En sí mismas, tales limitaciones son externas, ajenas a la potestad del sujeto propietario, y vienen residenciadas en la necesidad de considerar jurídicamente existentes a los otros, sean los otros propietarios, sea el otro soberano actuante sobre las cosas, el Estado, en función de prerrogativas que le son propias, pero fuertemente marcado por su base de Estado-monoclasista, y precisamente de la clase propietaria. Y como en la soberanía política surge la necesidad de llevar a puerto jurídico las relaciones internacionales, en la propiedad que conciben los Códigos, el primer elemento limitador, *ratione iuris privatorum*, son las relaciones de vecindad: puras relaciones exteriores entre los que *ad intra* son soberanos, gobernadas por un principio de reciprocidad. En cuanto al Estado, en esa época paleocodificadora, se ve reducido a las modestas funciones atribuidas a los reglamentos de policía, que buscan ante todo mantener un mínimo orden del *statu quo* propietario; y la expropiación forzosa del momento es más bien una garantía de que la propiedad no puede ser confiscada, sino sólo transformada en un correspectivo, pagado además previamente, antes que un instrumento ordinario de la consecución del interés público. Todo ello contribuye a la coherencia del modelo, en tanto en cuanto modelo ideal, y justifica de sobra la frase-adagio, que refleja un significativo concepto especular: «*À l'Etat la souveraineté, au citoyen la propriété*».

Frente a este compacto *status generalis* de la propiedad, se alzan las situaciones particulares que las leyes especiales contemplan, leyes existentes antes del Código unas veces, otras posteriores al mismo, pero siempre concebidas como excepciones y fragmentaciones del sistema codificado unitario, regla general; excepciones que en las primeras épocas tras la codificación, se cualifican jurídicamente como tales, es decir como propio Derecho excepcional (*contra tenorem rationis iuris*), insusceptible por tanto de extensión analógica e incluso de interpretación extensiva. Interesa resaltar que el fenómeno de las leyes especiales, no por cierto nuevo en el alba misma de la Codificación, como queda señalado, cobra, a partir de cierto punto en la época postcodificada, que cabe identificar con las grandes crisis derivadas de la Primera Guerra Mundial y las revoluciones coetáneas, una especial densidad, tanto cuantitativa como cualitativamente.

Cuantitativamente, porque su número crece hasta alcanzar una gran mole; cualitativamente, porque pierden su nota jurídica de excepcionalidad, al venir a menos la justificación de aquel crecimiento enorme en su consideración como «legislación de coyuntura»; la razón era evidente: las leyes especiales habían contribuido a consagrar un nuevo *statu quo* social para el que ya no existía la posibilidad de un camino de retorno. El Código, en muchos aspectos, pertenecía a un mundo periclitado, y nada abonaba su permanencia como regla general operativa que impidiera la entrada en el mundo del Derecho «normal» de las otrora leyes «especiales» (en el sentido de «excepcionales»), y por consiguiente su inasequibilidad a la analogía y su anclaje en la interpretación restrictiva, como principio hermenéutico propio. Cosa distinta es, como se verá, que la pérdida de sustancia normativa del Código lo privase *tout court* de su valor como paradigma del derecho de propiedad.

Está, finalmente, en esta perspectiva que hemos dado en llamar nomológica, la Constitución. Verdaderamente aquí se produce una de las agudas disincronías, que redundan en aguda disintonía, de la evolución del Ordenamiento jurídico en el siglo que ahora termina. El planteamiento es conocido: Constitución «liberal» y Código Civil (al menos, el del tipo perteneciente a la primera codificación) formaban un par funcional armónico, tan es así que de ahí deriva la idea del «valor cuasi-constitucional» del segundo, al que quedaban confiadas las estructuras jurídicas básicas de la posición del individuo en la sociedad, viniendo a ser una suerte de complemento inescindible de la Constitución; pero la emergencia de la denominada «cuestión social» habría de alterar sustancialmente la faz de las Constituciones de los Estados europeos (y no sólo de los democrático-representativos, sino también de los totalitarios; sin entrar ahora en si el término «Constitución» es adecuado para designar las fundaciones jurídico-políticas esenciales de los segundos), que comenzaban a reflejar un conjunto de valores solidaristas y comunitarios (en el límite, estatal-corporativos, por lo que hace un instante queda dicho: la única experiencia que queda radicalmente fuera de nuestro contexto es la de los países estatal-colectivistas), en no absoluta, pero muy significativa medida, ajenos al constitucionalismo que había nutrido ideológicamente a los Códigos Civiles (y se repite, sobre todo a los de la familia francesa). Dicho muy esquemáticamente, los Códigos, que se compadecían perfectamente con Constituciones «liberales» no pueden alcanzar idéntica compenetración con Constituciones «socializadoras». El cambio de rumbo resplandece especialmente en el terreno del derecho de propiedad, cuando en el interior de aquella idealmente omnipotente posición del propietario se inserta la idea de deber (*eigentum verpflichtet*). A partir de este momento, el universo propietario, en un tiempo lleno de las certidumbres que indicaba el compacto modelo codificado de sello romanístico (*dominium est plena in re potestas*), se colma de resquebrajaduras.

Y es que, si se intenta ver el fondo de las cosas, la mudada lógica del derecho de propiedad que es el punto final de la secuencia descrita, corresponde, como no podía ser menos, a una también mudada lógica del sujeto, la «lógica del sujeto» que es la entraña misma del sistema

moderno del Derecho Privado, construido como un sistema de derechos subjetivos. No puede ser ya idéntica la estructura del derecho de propiedad concebida en función de un sujeto abstracto, formalmente igual, siempre idéntico (el anónimo «el que» o «quien» al que se atribuyen las consecuencias jurídicas descritas en el supuesto de hecho de las proposiciones normativas codificadas) a la estructura de un derecho de propiedad que ha de ajustar sus cuentas con encarnaciones reales del sujeto, encarnaciones que corresponden a necesidades vitales del mismo: la vivienda, el trabajo, la mínima radicación vital en la tierra que se cultiva. El abstracto sujeto propietario se ve confrontado no con otros de su misma especie, sino con una multitud de seres encarnados en su condición socialmente menesterosa, y a los que han hecho social, económica y políticamente decisivos la democracia política, la concentración urbana, los contraídos méritos de guerra en luchas entre burguesías a las que no habrían tenido que prestar apoyo de haber oído a sus líderes naturales, los nuevos rumbos de la evolución del capitalismo maduro, que coloca en su centro no la propiedad, sino la empresa, y las ideas socialistas y solidaristas de todo tipo. Amanece así una cultura jurídica de la igualdad sustancial, que mira, aunque imperfectamente, a la generación de efectivas condiciones de promoción social y de satisfacción de necesidades mínimas vitales, más allá de la proclama de que todos los hombres nacen iguales en derechos y deberes, conquista por cierto irrenunciable y permanente, más allá de ser el puro fundamento del orden burgués y el mecanismo de abatimiento de la sociedad estamental, pero en sí misma insuficiente para el reequilibrio social que requieren los nuevos tiempos, y que acabará cristalizando en la fórmula (aunque sea una débil fórmula) del «Estado social» y sus Constituciones.

b) Apurada la consciencia del anterior arco histórico, el reto que se presenta al civilista de hoy es la articulación de los datos de tantos orígenes y tan diversos sentidos en una reflexión unitaria que explique la compleja experiencia jurídica del derecho de propiedad, tal como hoy se manifiesta en los Ordenamientos de nuestro entorno cultural.

Tal vez sea ello factible distinguiendo en la secuencia ahora sumariamente descrita diversos momentos no estrictamente temporales, sino vistos en una dimensión cualitativa, que indique la aplicación de los diversos elementos de aquélla a tareas diferenciadas cuyos resultados finales puedan integrarse en una visión de conjunto, a la manera de caras de un único poliedro. Esos momentos, así entendidos, pueden desplegar la virtualidad de su análisis en tres direcciones: la de la reconstrucción de la disciplina jurídico-positiva, la de determinación del ingrediente axiológico o valorativo que en ella subyace, y la de integración del derecho de propiedad en el engranaje sistemático o conceptual de las instituciones jurídicas. Si ello es así, el momento reconstructivo de la disciplina debe primar el reconocimiento de la función y el contenido de las precisas y concretas y plurales regulaciones de las leyes especiales, y de allí remontarse a la Constitución, aclarando la misión de la superlegalidad correspondiente en relación con esas concretas regulaciones, para finalmente resituar el significado para las mismas de la ordenación de la propiedad en el Código. En cambio, el

momento axiológico debe privilegiar el recorrido analítico desde la Constitución, depositaria de los valores esenciales del Ordenamiento jurídico, y desde ella, establecer a qué programa de actuación, si de aquellos valores o de otros diversos, responde el conjunto abigarrado de las leyes especiales, y cuál es la virtualidad actual de la definida ideología propietaria contenida en el Código. También debe ser distinto el trayecto del momento sistemático: el hito inicial ha de ser el Código, dado que el peso de la tradición conceptual le coloca en un reconocido papel de gramática del Derecho Privado; de él se ha de partir para depurar cuanto haya podido ser modificado por la proliferación de las *novellae leges*, y si las modificaciones han desembocado en una reformulación técnica del derecho de propiedad.

IV. EL MOMENTO RECONSTRUCTIVO

a) Con la exigencias del modelo ideológico propietario, los Códigos no pueden construir su concepto de propiedad nada más que tomando como fulcro el propio sujeto titular. El objeto del derecho es exterior, e indiferente en sus cualidades como bien. Al ser así ese concepto refleja una indefinición genérica de los poderes del propietario: *uti frui abuti* son paradigmas de la utilización económica «soberana»; y por ello, en su específica concreción esos paradigmas están vacíos desde el punto de vista normativo. Permanecemos por tanto, más en el ámbito de la definición y que de la prescripción. Más adelante se dirá algo sobre esta singularidad de que un precepto de un Código tenga como valor esencial la definición, y no la prescripción.

A poco que se piense, el modelo de propiedad que así se dibuja es, a un tiempo, absolutamente lógico, absolutamente aporético, y absolutamente irreal.

Absolutamente lógico, porque desde el instante en que se parte de la perspectiva del sujeto, libre, igual, y soberano, y a ello obligaban las proclamaciones contenidas en las iusnaturalistas Declaraciones de derechos, y las enunciaciones de derechos de las Constituciones liberales, no cabe sino una formulación simple y unitaria del ámbito de poder del titular sobre las cosas; desde el punto y hora en que el sujeto es inescindible e indivisible, y la propiedad no es más que una extrinsecación de su yo en las cosas del mundo exterior, tal extrinsecación, tal poder, no puede ser más que inescindible e indivisible, es decir unitario.

Por ello, cuando ese poder se pretende más que explicar, describir, a través de la enunciación de un conjunto de facultades, los *iura fruendi utendi abutendi vel disponendi*, el modelo deviene aporético porque fracciona lo que no se puede fraccionar, e intenta salvar la íntima contradicción dando a esas facultades un contenido indefinido y genérico, cuya única virtualidad es que reunidas todas configuran una *plena in re potestas*. Y precisamente por esa predicada plenitud, el modelo es absolutamente irreal, porque una potestad totalmente plena es imposible, y la misma realidad de las normas nos pondrá de manifiesto que, aunque

se parta de que la propiedad es el más pleno derecho posible, su contenido efectivo es, más allá de la formulación de la regla general, extraordinariamente variable, es decir no unitario, no simple, no inescindible, no siempre igual a sí mismo, como (y de nuevo surge la insanable contradicción) lo es el sujeto que se proyecta sobre las cosas con el derecho de propiedad.

b) Una manera de superar la indicada contradicción es cambiar la perspectiva *ex parte subiecti* por la perspectiva *ex parte rei*. En este sentido, cobra un extraordinario relieve la enseñanza del derecho antiguo, en especial la teoría del dominio dividido, como señala P. Grossi. Sobre el punto se habrá de volver, cuando desde la necesidad de la reconstrucción técnica del modelo de los *iura in re aliena*, se ponga de manifiesto que el modelo del *multiplex dominium in solidum* ha estado mucho más presente de lo que parece a simple vista (lo que ya en sí encierra un *oximoron*: lo pleno es pleno, no más pleno o menos pleno); aunque no sea más que por el hecho de que los autores intelectuales de los Códigos y sus primeros comentaristas eran hombres de una época de transición, en la que su formación les incitaba a volcar cualquier explicación técnica en los álveos conceptuales del Derecho común, y su credo político liberal les hacía seguidores de una radical idea del individualismo propietario. Padecían una disociación de pensamiento: al lado de un modelo o arquetipo de propiedad absolutista se veían obligados a hacer las cuentas con una cantidad de realidades en las que la presencia de limitaciones a la soberanía del propietario era impactante. De esta forma, arquetipo y realidad conducían a la insanable contradicción señalada. No hemos de incidir, más en este tema por ahora.

Lo que en estos momentos urge resaltar que los maestros y los doctores del Derecho común, precisamente porque estaban liberados de la presión ideológica individualista, vivían la realidad jurídica de la propiedad desde la percepción de las *utilitates rei*, al margen del elemento forzosamente unificante del sujeto libre igual y soberano, que no podía consentir otro tipo de poder sobre las cosas que no fuera una exteriorización de esas características; y siendo singular cada *utilitas* permitía con facilidad la configuración de derechos autónomos sobre la cosa, apellidables sin gran esfuerzo como *dominia*, y que podían coexistir precisamente como *plura dominia*. No hay para estos maestros y doctores una imposibilidad lógica de concebir situaciones jurídico reales sin que sean necesariamente el desmembramiento de una unidad previa y abstracta. Cosa distinta es que su reunión en una sola mano dé origen a uno entre más de los tipos del *dominium*, el que se siente la necesidad de apellidar *plenum, perfectum*. Y habida cuenta de que no se parte de la existencia previa de una abstracta y plena mónada propietaria, la diversidad de las situaciones jurídico reales se explica desde la sustancia económica de las cosas, permite su autónoma construcción jurídica, y la permite sin necesidad de recurrir a la idea de que son límites: antes bien, son manifestaciones del *dominium*. Nada estorbaba para hablar de *dominium servitutis* o de *dominium ususfructus*, ni articular la *confesoria in rem actio* como una versión de la reivindicatoria, u otorgar la *rei vindicatio* al *dominus utilis*. No se traen estos datos aquí por amor de vacua erudi-

ción, sino para resaltar que la perspectiva de los poderes jurídicos desde «la oficina de las cosas» aboca con facilidad a una explicación pluralista de las situaciones jurídico-reales, y que esa explicación es natural para quien no parta de las tesis ideológicas del individualismo propietario, e imposible, si se quiere partir de las mismas. Calificar como aberrante, incluso como *lachërlich*, risible (Thibaut), en obsequio a las citadas premisas ideológicas, la teoría del dominio dividido, es consecuente; como lo es considerar como excepciones odiosas los mismos *iura in re aliena*.

c) Así las cosas, lo único congruente con la premisa ideológica liberal individualista era construir un derecho de contenido ilimitado, o si se quiere absoluto. Pero del mismo modo que concebir ideológicamente el modelo era relativamente fácil, siendo el *dominium rerum* una manifestación del *dominium sui*, o un atributo necesario para la *libertas subiecti* (recuérdense aquí los ríos de tinta sobre la propiedad como garantía de la libertad, que llega a ser un *topos* ineludible del primer constitucionalismo, con estribaciones que llegan a nuestros días, más o menos cargadas de verdad normativa, pero fuertemente llenas de sentido ideológico), siendo fácil, se decía, elaborar un arquetipo en el reino de las ideas, la traslación del platónico concepto de propiedad absoluta a un modelo técnico operativo chocaba, como queda dicho, con la realidad de las normas, y con la tradición doctrinal.

Con la realidad de las normas, porque aunque se sometiera a los derechos reales limitados a un trato de desfavor, por odio a su íntima conexión con el *Ancien Regime*, predicando su *numerus clausus*, y su interpretación restrictiva, y la correlativa carga de la prueba para el que alegara su existencia, todo como consecuencia de su carácter de excepciones a la «regla general de la libertad del dominio», tal proceder chocaba con múltiples contradicciones.

La primera, la fuerza expansiva del principio de la autonomía de la voluntad, que no ha de olvidarse era también profundamente congenial desde el punto de vista ideológico al sistema nacido de la revolución liberal burguesa; principio que, aunque formulado para los derechos de crédito, no dejaba de proyectarse sobre los *iura in re* nacidos del contrato. A pesar de ello, y por las razones ideológicas sabidas, las «desmembraciones» de la propiedad en el *Code* son las reconocidas estrictamente por la Ley. Sin embargo en el sistema del Código Civil español, las virtualidades del «título constitutivo» de los derechos reales de goce son amplísimas. No ha de olvidarse que eran estos derechos los que gozaban de la mayor antipatía ideológica de los liberales, como principal tejido jurídico del *Ancien Regime*: los motivos de nueva disciplina de los derechos reales de garantía (piénsese, por ejemplo, en la prohibición de las hipotecas generales) y de los derechos de adquisición preferente (piénsese en la regulación de la colisión entre los retractos *iure vicinitatis* y *iure communitatis*), tienen otros vectores. De esta forma, la regla del *numerus clausus* nace en el Derecho español, con perfiles muy borrosos; tal vez la explicación sea lo tardío de nuestra codificación, que la alejaba de las exigencias que padeció el «modelo».

La segunda contradicción derivaba de la evidente constatación de que las concretas situaciones propietarias podían venir afectadas por

limitaciones que no eran situaciones jurídico reales que consistiesen en el otorgamiento de un poder jurídico sobre la cosa a un singular titular, distinto del propietario, sino que surgían en función de los intereses de la comunidad (hoy los llamaríamos límites por razón de los intereses públicos), o de coordinación de propietarios contiguos (las relaciones de vecindad). Interesa poner de manifiesto que el vehículo habitual de aquellos límites, cualitativamente distintos de los *iura in re*, eran las normas especiales *extra Codicem*, muchas veces por remisión del propio Código («servidumbres legales», o por mejor decir, algunos tipos de ellas, habida cuenta de la imprecisión terminológica de las disposiciones correspondientes). En menor medida, pero de modo también muy significativo, el recurso a las normas fuera del Código es importante en lo que se refiere a las relaciones de vecindad. Correlativamente, se ha de resaltar que por contra, por lo menos en lo referente a los derechos reales de goce, el vehículo habitual de éstos es el Código. Con lo que, en términos generales, estas dos figuras de limitaciones (llamémosles así por el momento, sin perjuicio de una ulterior afinación conceptual), no sólo mantienen diferencias de sustancia, sino que las mantienen desde el punto de vista nomológico. El dato no tiene sólo relieve formal. En efecto, la presencia en el Código de la disciplina de los *iura in re* significa su integración en la propiedad, o si se quiere, su construcción y definición por referencia a ella: era el modelo de «la propiedad y sus modificaciones», por seguir los términos del Código, que cobran un alto significado para lo que ahora tratamos de explicar; los *iura in re*, aunque compriman o cercenen facultades del propietario no son sino agentes de una modificación, de un distinto modo de ser del dominio. Dicho de otra manera, en la visión del Código, los *iura in re* participan de la naturaleza de los poderes del propietario; no se explican como algo distinto sino en la medida en que son una modificación de algo preexistente y conceptualmente siempre idéntico a sí mismo, algo que es precisamente la propiedad. No es ahora el momento, y algo se dirá después, de señalar el significado de estos datos para la construcción técnica de los *iura in re aliena*. Lo que urge decir es que el propio Código, desde la definición misma de la propiedad, está reconociendo la existencia exterior de limitaciones a la misma distintas a las «modificaciones» del dominio, en leyes extramuros del Código. Es evidente que pese a que desde un punto de vista lógico nada se opone a que en esas limitaciones se encuentren los *iura in re*, no parece que el Código se quiera remitir a sí mismo, y también es evidente que la remisión es genérica, lo que es significativo de la asumida imposibilidad de codificar; en este punto no se olvide que codificar es legislar de modo orgánico y unitario y con pretensiones de exhaustividad *ratione materiae*. Añádase que el Código también levanta acta de la existencia de lo que llama «propiedades especiales» (aguas, minas, obras literarias, científicas o artísticas), cuyo pormenor normativo queda también remitido a las leyes especiales.

De todo lo anterior resulta un cuadro singularmente abigarrado, en el que el concepto de propiedad no es más que un simple paradigma o arquetipo, y que desde el momento mismo de la codificación, se tiene

la clara conciencia de que la regulación del dominio se encuentra, en gran medida, en un heterogéneo conjunto de normas que escapan a las instancias codificadoras. A partir de esta conciencia, se ve con claridad que, tanto por exigencias lógicas (no es posible pensar en un derecho sin límites) como por exigencias de disciplina, la teoría de la propiedad se resuelve en una teoría de los límites de la propiedad. Se aprecia aquí una cierta falacia de la fórmula codificada de la definición de propiedad, que cabe predicarla incluso del arquetipo de los arquetipos de la primera codificación, el propio artículo 544 del *Code*, lo que ha llevado a hablar del *impossible droit absolue*: si la propiedad es el abstracto poder omnímodo sobre las cosas, ¿para qué identificar dentro de él facultades, con enumeración que será siempre incompleta o convencional (y recuérdese que a la romanística enumeración *fruenti utendi abutendi vel disponendi* han precedido otras aún más prolijas *utendi fruenti disponendi possidendi vindicandi custodiandi*, etc.)?; si la propiedad, se repite, es ese abstracto y omnímodo poder, ¿cómo es posible que admita limitaciones?

La explicación de tan obvias contradicciones ya ha sido apuntada: hay una evidente dificultad, se diría imposibilidad, de articular un modelo ideológico con un modelo técnico, que sirva para explicar en su pormenor las necesidades de la disciplina de las concretas situaciones propietarias. La razón de esta dificultad-imposibilidad es clara en el mismo momento en que se repare en que no todos los posibles bienes objetos del derecho de propiedad gozan de la misma trascendencia social, y que ésta es apreciada por el Ordenamiento de modo heterogéneo, a impulsos de solicitudes ideológicas muy diversas. De ahí deriva una consecuencia, y es que el estatuto propietario es regido por las características jurídicas de cada bien o categoría de bienes, formuladas sobre todo por su importancia para el conjunto de los consociados, y ello en términos técnicos significa fragmentación de la regulación, y necesidad de que el momento reconstructivo de la disciplina haga sus cuentas casi exclusivamente con el mundo de las leyes especiales.

c) El discurso anterior nos permite ver lo que de verdadero y falso hay en la teoría de la pluralidad de los estatutos del dominio (*la proprietá e le proprietá*: Pugliatti). A mi modo de ver la cosa es simple, y se refleja en una doble realidad, más que en una cuestión de verdad y falsedad. O si no se quiere hablar de doble realidad, podemos hacerlo de una doble perspectiva: el momento de la disciplina arroja la pluralidad, el momento sistemático arroja la unidad. Deriva esta conclusión de la no ajenidad del esquema pluralista ni siquiera al Código ni al momento codificador: «El Código no estaba solo»; luego, las leyes especiales incrementarían la intensidad de la perspectiva pluralista. Pero el Código, tal como se ha visto y se volverá a ver, asumía un papel central desde el punto de vista paradigmático o modélico, y ello hace que, pese a todo, tengamos y podamos tener una visión unitaria, aunque sea genérica, del derecho de propiedad.

V. EL MOMENTO AXIOLÓGICO

a) El Código Civil es la formulación jurídica príncipe del *status* de la burguesía conservadora; pero no cabe olvidar que sus ancestros políticos e ideológicos corresponden a la burguesía revolucionaria. Ello explica ese doble alma de los Códigos, que tanto fascina y atormenta al hombre moderno. Son depositarios de ideas de libertad sin las que no sabríamos vivir; y al tiempo generadores de desigualdades que éticamente nos cuesta aceptar, desde cualquier credo político o religioso mínimamente altruista, parta de los presupuestos que parta. Ese *statu quo* de los *beati possidentes* esconde el doble legado de la libertad y de la desigualdad, y pese al formidable contenido ético del primero, el segundo impidió su aceptación por las clases no poseedoras. Desde finales del pasado siglo o comienzos del actual resuenan las altas voces de quienes, procedentes de la formación jurídica conservadora, con planteamientos nada desestabilizadores del orden social, pero deseando su corrección, levantan acta de la ajenidad del Derecho Civil a los pobres: Menger, Cimbali, Salvioli, Duguit, nuestro Valverde, ese «socialismo jurídico» (estudiado *in complexu* por Solari), que en la mayor parte de los casos rechazaba su adscripción al socialismo político de la época, de tintes claramente colectivistas, y que vivía en el enorme desgarramiento de la querrela entre la Segunda y la Tercera Internacional; resuenan las voces consagradas de quienes piensan que el mensaje cristiano es incompatible con un orden económico que suponga la explotación del hombre por el hombre, renegando de la intrínseca socialidad del mismo, que es mandato de la caridad, pero también de la justicia; y así vienen imperiosos a la cita los nombres de una larga serie de pontífices romanos, desde la aguda percepción de las cosas nuevas de León XIII a la imperativa llamada a la justicia social, como padre y maestro, de Juan XXIII; y también, consagrada la ruptura entre la Segunda y la Tercera Internacional, que dividió para siempre el socialismo político entre los que aceptaban y los que repudiaban los principios básicos de la representación política liberal, el justamente llamado socialismo democrático comparece también en la crítica al Derecho Civil codificado, con figuras de la talla de Renner, que tiene la oportunidad histórica de reconstruir la Austria postnazi. Por amor de la verdad, no se puede ignorar que también esta crítica la hace el pensamiento corporativo nacionalsocialista y fascista, pero desde la negación de un individuo que merezca la consideración ética de persona, y rechazando su propia esencia, la de ser sujeto de derechos; y por amor de la verdad tampoco se debe dejar de añadir que este pensamiento, en la práctica, se constituyó en un armazón defensivo de las clases poseedoras. Estamos en la explosión de la llamada «cuestión social», y el Derecho Civil se encuentra demasiado alejado del mundo del trabajo, en claro conflicto con el de la propiedad. Es el instante del nacimiento de una nueva disciplina jurídica, el Derecho del Trabajo, que surge a la vida, en gran medida, como una negación del esquema del Derecho de los Códigos Civiles.

Pero hay más: por razones de evolución del propio sistema capitalista hacia formas más maduras, pierde peso político la propiedad inmobiliaria, y el sector más dinámico de la economía, desde siglos gobernado jurídicamente por el *ius mercatorum ratione mercaturae*, ahonda sus distancias con los capitalistas que poseen bienes menos aptos para la explotación empresarial, precisamente los que se encontraban más cómodos bajo el imperio del Derecho Civil codificado.

Resulta altamente significativo de todas estas tensiones el avatar de la propiedad de los inmuebles, sometido a las convergentes presiones de los que necesitan la tierra para subsistir, o el suelo para edificar un mínimo hogar, y de los Estados impelidos a la protección la producción nacional (que ya no pueden consentir el absentismo), o a normalizar la ordenación urbana, que viene exigida ineludiblemente por el aumento imparable de la conurbación, provocado por el desarrollo industrial. La explosión de normas extracodiciales incidentes sobre la propiedad inmobiliaria, como consecuencia de estas presiones, es colosal.

La dimensión política es también determinante. La extensión del sufragio y la fortuna ascendente de los partidos obreros da voz a quienes no pueden tener como carta de su propio *status* al Código Civil. Así, los últimos años del siglo pasado y las primeras décadas del que ahora termina, marcan el fin de una suerte de *belle époque* jurídica. Los pobres, los terratenientes y los comerciantes, atrapados en un vaivén siniestro, entre guerras burguesas y revoluciones colectivistas, representan «las cuentas imposibles» del Derecho Civil, que una masiva intervención estatal, no siempre del mismo signo ideológico, ni en defensa de los mismos intereses intenta saldar.

La locación de los inmuebles urbanos de la época se presenta como un arquetipo de las contradicciones del ahora narrado «estado turbulento» de la propiedad: el propietario del inmueble urbano (el viejo sujeto del Código) se encuentra entre el bloque de la renta y la prórroga forzosa a favor del que necesita la vivienda (el *non habiens* que desconocieron los Códigos) y el reconocimiento de la «propiedad comercial» en favor del que arrienda el inmueble para desempeñar una actividad empresarial (comerciante, cuyo Derecho singular, aunque privado, históricamente circula al margen de los Códigos Civiles). De esta manera, la nueva legislación cobra un carácter expansivo en dos direcciones, que la hacen paradigmática de la evolución del derecho de propiedad, y por ende, de todo el Derecho Civil. Por un lado se protegen intereses «sociales», con el inquilinato de los socialmente menesterosos, o presumidos tales; es un conflicto entre propietarios y no propietarios. Por otro, se protegen intereses de quienes desempeñan una actividad comercial o industrial en régimen de arrendamiento. Como agudamente había de señalar Rigaud, el conflicto está instaurado entre dos propietarios, el de la empresa, y el del inmueble, más congenial el primero a la maduración del sistema capitalista, y con mucho mayor peso político en las sociedades desarrolladas.

b) Todos estos tiempos de crisis vinieron, al menos en gran parte, a propiciar la aparición de un concepto, de larguísima y dispar fortuna, el de función social de la propiedad.

El *topos* función social ha recorrido un largo camino desde la ideología a la virtualidad normativa. No hemos de detenernos en la primera estación, en la que los padres legítimos son muchos: cristianismo social, socialdemocracia, sociologismo funcionalista, pensamiento corporativo. Todos pueden reclamar, con gran diversidad de matices, pero con una igualdad esencial, haber contribuido a la consideración desde las perspectivas de la colectividad del derecho nacido en la modernidad con fiera condición individualista. Nosotros hemos de ocuparnos más bien de las dificultades de la función social como vínculo normativo; y no tanto de su eficacia, que nadie discute, como programa de actuación legislativa, cuanto de su aplicación inmediata y directa en las relaciones entre particulares.

¿Qué es la función social? Es preciso efectuar una cuidadosa definición jurídica de la misma, dado que es una de las claves de bóveda de la disciplina constitucional y, por consiguiente, de toda la regulación de la propiedad llevada a cabo por la norma fundamental.

Como un primer elemento de aproximación al concepto, podemos disponer de la definición hecha por el propio legislador, dentro de la Exposición de motivos de una Ley que se ha ocupado de la misma. Se trata de una Ley autonómica, la 8/1984 del Parlamento de Andalucía, de Reforma Agraria en esta Comunidad Autónoma. Según ella (párrafo 8, Exposición de Motivos):

«[...] es sabido que la función social de la propiedad es un tópico jurídico de muy diversas interpretaciones, y, ello no obstante, con carta de naturaleza en casi todos los ordenamientos de nuestra área jurídico-cultural, recogido en la suprema instancia normativa que representa la Constitución de 1978. A pesar de esa posible variedad de interpretaciones, se puede decir, con práctica aceptación general, que la función social de la propiedad supone la incorporación de la perspectiva del deber al derecho subjetivo, deber que modaliza su ejercicio; ejercicio que se aboca a la búsqueda de un logro social que al mismo tiempo preserve el ámbito de poder del titular.»

Es obvio que las definiciones legislativas no han de suponer un elemento de apagamiento de su fijación por la doctrina, con recurso a los instrumentos que le son propios, y por ello se hace necesario una tarea que contraste, con los datos científicos, las definiciones del legislador, su bondad y su verdad. El método que dará más fruto será una aproximación, aunque sea sumaria, a la historia de la idea, no como tópico príncipe de la socialización del Derecho Privado, sino como formulación estrictamente jurídica, aunque es evidente que sin una cierta contemplación de aquél, difícilmente se logrará ésta.

La emergencia de la idea de la función social de la propiedad se inserta dentro de toda la evolución, hacia su quiebra, del orden jurídico liberal, del que ya hemos abocetado los rasgos esenciales.

No es de extrañar que sea de esta manera: en la regulación de la propiedad privada ha latido, y late, de manera permanente, la eterna antítesis entre los intereses del individuo como tal y los del grupo social organizado al que pertenece, antítesis que es uno de los objetos princi-

pales de la mediación política y de la mediación jurídica. A nadie, pues, ha de resultarle extraño que los avatares sociales y políticos tengan en este campo puntual e importante reflejo.

Para las formulaciones liberales originarias, el individuo se presenta como una mónada aislada e incomunicable con el grupo social, al que precede como realidad *a se*: grupo que resulta formado por una simple agregación de los individuos, unidos para encontrar, en la fuerza de la asociación, una más adecuada garantía y defensa de su propio ámbito. La libertad en relación con un ámbito individual indeclinable se coloca como premisa básica de todo el orden. En ese contexto, el poder del individuo sobre las cosas del mundo exterior entra a formar parte principalísima de ese ámbito, de tal modo que la propiedad no es sino la extrinsecación de la libertad del hombre sobre las cosas, del *dominium sui*, como ya se ha dicho.

Es un cuadro que presenta en su centro el individuo, cuyos «tiempos de crisis» se marcan claramente como «tiempos de crisis» del derecho de propiedad, en cuanto derecho subjetivo o, por mejor decir, cual el derecho subjetivo por excelencia.

Los primeros signos vienen indicados por el acentuado reconocimiento de limitaciones al poder del propietario, como ya hemos señalado; lo que interesa resaltar ahora es que los dichos límites originariamente se conciben como algo externo al derecho de propiedad, que no inciden sobre su fisonomía interior: circunscriben su contenido, pero no lo modalizan desde dentro. El derecho subjetivo de propiedad sigue siendo, aun conformado desde el exterior por las limitaciones, el dominio de la voluntad. No hay en la teoría primitiva de las limitaciones de la propiedad una consideración *a se* de la finalidad de la misma.

La evolución continúa de modo imparable, sometida a una cada vez mayor aceleración histórica. La agudización de los conflictos entre propiedad y trabajo, las necesidades sociales de incrementar la producción y la utilización de los bienes económicos a que antes nos hemos referido, abocan a una alta intensidad en la consideración del momento «social» de los derechos y a insertar a los mismos en la perspectiva de las finalidades a cumplir en función de aquél. Ahora se configura una nueva frontera: la adecuación del ejercicio de los derechos a una finalidad solidarística, presupuesta la existencia de otra de carácter individual, de modo marcado. Nace así la teoría del derecho subjetivo (y no se olvide que es la propiedad el arquetipo) como un interés jurídicamente protegido. Sólo se tiene derecho cuando se tiene un interés tal: y en la valoración correlativa se ha de tener en cuenta que la colectividad considera jurídicamente protegible lo que se corresponde también con sus fines. Hemos pasado de la perspectiva de Windscheid a la de Ihering, como resulta notorio; la obra de este último *Das Zweck im Recht* (El fin en el Derecho) va a marcar un giro decisivo en la historia de la fundamentación del Derecho, y en particular la del Derecho Privado. El perfil finalista cobra una importante cota, cuando sobre los trazos de esa inmanente en todo derecho ley de finalidad, vuelve recrecida al tapete jurídico la doctrina del abuso del derecho, en su manifestación objetivista, bien lejana en el fondo (pese a aparentes parentescos) con aque-

lla otra de la prohibición de los actos de emulación (Saleilles, Jossierand). Como ha resaltado Montés, en la definición de función social convergen dos vectores, el de la consideración socializadora de los derechos, y el de las teorías «objetivistas» del abuso del derecho (aquellas que pretendían sacar a este de su configuración ligada al elemento intencional del *animus nocendi*, propia de los «actos de emulación»). Abusa del derecho, ahora, quien no lo ejercita de acuerdo con su fin típico; y la naturaleza del bien sobre el que incide determina en gran manera este fin: doctrina que, aplicada a los bienes de mayor trascendencia económico-social, puede incluso llevar a la afirmación del necesario ejercicio de la propiedad de acuerdo con los intereses comunes; que sólo este ejercicio se correspondería con un fin típico del derecho. De esta manera, y la idea es también de Montés, «la función social y el abuso del derecho, se presentan como dos esferas, contenida la última en la primera, al propio tiempo que el abuso del derecho es una segunda fase o momento del mismo principio indicativo de la presencia del interés público o general en las actuaciones movilizadas por el interés privado».

Instaurada con tan firmes apoyos, así requerida por la época y el fluir de la historia esa ley de finalidad, están abiertos definitivamente los rumbos que afirman que el propietario tiene una función que cumplir, una función social, y que mientras la cumpla, o en la medida en que la cumpla, sus actos como propietario estarán protegidos; se afirma que, por tenerse los deberes de satisfacer necesidades individuales y colectivas, se tienen los correlativos poderes. La más extrema formulación de la teoría, corresponde a Duguit, para el que el derecho no existe como tal derecho subjetivo (el concepto de éste no es más una hipótesis metafísica, propia de un creyente, no de un científico), sino sólo como función, precisamente de cumplimiento de aquellos deberes encaminados a satisfacer necesidades, ya sean del titular de la función, ya sean colectivas. Ni que decir tiene que esta versión de la función social que implica no una modulación del derecho subjetivo, sino la negación del mismo, no es la que ha prevalecido. No obstante, debemos acreditarle un papel importante, que ha sido el de poner en evidencia la contradicción de un concepto «puro», «liberal», «iusnaturalista» del derecho subjetivo (y por excelencia la propiedad), con unos límites «intrínsecos» del mismo; y al resaltar la contradicción, ha abierto la posibilidad de superación de la misma, aun con cierta dosis de aporía, como ha puesto de manifiesto Di Majo, la adopción de la fórmula esconde una ambigüedad estructural, desde el instante en que llevada hasta sus últimas consecuencias, no puede ser compatible, como finalmente se ha acuñado, con un esquema como el del derecho subjetivo, si se quiere conservar el núcleo propio de éste. En el fondo, sólo se podría hablar de función social si el interés del particular quedase degradado a un simple presupuesto de la tutela jurídica, a un simple motivo de la atribución a un determinado sujeto de la realización del interés supraindividual. No es el momento de formular adhesión o rechazo a tal modo de ver las cosas, aunque desde luego se puede aceptar el discurso lógico; lo que sucede es que ese discurso ha sido, de alguna manera, sobrepasado por la historia, dado que parte de

una premisa que luego se quiere negar como consecuencia, y es la de que de derecho subjetivo sólo se pueda hablar cuando se esté ante su formulación originaria iusnaturalista ilustrada, individualista.

Desechada tal actitud negativa ante el concepto de función social, importa subrayar, por contraposición a la que en su día significó la doctrina de las limitaciones de la propiedad, que el concepto de función social implica una profunda modificación interna de la estructura del contenido de la propiedad. Es la propia configuración del derecho subjetivo la que cambia. Que la propiedad comporta deberes llega a las cartas constitucionales de manos de la Constitución alemana de 1919, llamada de Weimar, y empieza a ser reiterada en otras normas fundamentales. Véase cuán lejos estamos del tratamiento dispensado a la propiedad en los textos políticos liberales.

c) Recuperada esta trayectoria histórica, esencial, creemos, para una aproximación al concepto de función social, podemos ahora agrupar las manifestaciones principales de dicho concepto, entendiendo como tales aquellas técnicas operativas que modelan el contenido del derecho del propietario. Compendiosamente han sido resumidas así (Rodota):

1. Falta de atribución al propietario de determinadas facultades: reducción del contenido de la propiedad, hecha con carácter general y definitivo en relación con los poderes del sujeto sobre una categoría de bienes.

2. Establecimiento de un conjunto de condiciones, variables según los supuestos, para el ejercicio de las facultades atribuidas.

3. Fijación de obligaciones y cargas que imponen actividad al poder del propietario y que pueden determinar la pérdida de la titularidad o recortes en el ejercicio de las facultades nucleadas en el derecho subjetivo.

Como puede observarse, todas estas técnicas son criterios de identificación y especificación del contenido del derecho, que sólo tangencialmente, y por regla general, por vía de consecuencia ablatoria de la titularidad, tocan a ésta.

d) Por lo que respecta al ámbito objetivo de la función social de la propiedad, viene determinado por la trascendencia económico-social de los bienes que se colocan como objeto del derecho de propiedad, fundamentalmente aquellos que suelen estar destinados a una actividad productiva o son sustento de ella. Son los bienes de producción y no los de consumo los que concentran en su uso mayores demandas de carácter colectivo, y los que, en consecuencia, se muestran más necesitados de ser sometidos en su correlativo estatuto propietario a la delimitación de la función social. Supone la función social, de esta forma, una recuperación, al menos parcial, de la vista del derecho de propiedad «desde la oficina de las cosas».

e) Las ideas hasta ahora expuestas sobre la función social de la propiedad han tenido una confirmación casi exhaustiva por obra de la jurisprudencia constitucional, de la que es un importante hito la Sentencia de fecha 26 de marzo de 1987 dictada en el recurso de inconstitu-

cionalidad 685/1984 contra la Ley 8/1984, de 3 de julio, del Parlamento Andaluz, Ley de Reforma Agraria. Tendremos ocasión de referirnos en varias ocasiones a lo largo de esta exposición a dicho pronunciamiento del Tribunal Constitucional, del que cabe subrayar no sólo la extraordinaria relevancia política para el caso, sino también la que posee en el terreno general de la interpretación de un artículo clave de la Constitución, el artículo 33 de la CE; nos ceñimos ahora a su doctrina sobre la función social de la propiedad y a la definición de ésta.

En dicha tarea debemos remarcar los siguientes extremos:

1.º La naturaleza de derecho subjetivo de la propiedad reconocida tanto desde el punto de vista institucional como del individual pero que,

«... cede para convertirse en un equivalente económico cuando el bien de la comunidad legitima la expropiación» (f. j. 2.º).

Esta cesión en favor del correspondiente económico ha determinado la calificación por el Tribunal, en alguna otra ocasión, de la propiedad como un «derecho subjetivo debilitado» (STC 111/1983, de 2 de diciembre, f. j. 8.º); tal vez la expresión no resulte demasiado propia, pero resulta plástica y demostrativa del carácter no fundamental del dominio, como derecho; pues, si poseyera dicha nota, mal podría sacrificarse en su ejercicio a un equivalente económico. Conviene decir que hemos excluido de esta exposición la discusión sobre la adscripción de la propiedad a los «derechos fundamentales», viva en la doctrina (Barnés, Pérez Luño, R. Flórez de Quiñones, Rey, Montés, A. López). No obstante, un solo apunte: la polémica la origina, creemos, no tanto el concepto de propiedad, sino el de «derecho fundamental», susceptible de ser entendido de manera más o menos amplia (Cruz Villalón).

2.º Quiebra de la concepción absoluta de la propiedad:

«... La Constitución no ha recogido una concepción abstracta de este derecho como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien objeto del dominio reservado a su titular, sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros o del interés general» (f. j. 2.º).

El último inciso tiene su importancia técnica. El Tribunal Constitucional apercibe justamente de la superación de una concepción absoluta de la propiedad, a la que no obsta la existencia de limitaciones en favor de terceros privados o del interés general. Declara así superado aquel momento de la evolución del concepto de propiedad que hemos llamado más arriba la doctrina de los límites externos o limitaciones, y que se conecta con las primeras etapas de dicha evolución. Y ello porque:

3.º La función social de la propiedad incide sobre el interior del derecho subjetivo, sobre su contenido, no siendo una mera delimitación externa:

«... función social como elemento estructural de la definición misma del derecho a la propiedad privada o como factor determinante de la delimitación legal de su contenido...» (f. j. 2.º).

4.º Incorporación de la perspectiva del deber al concepto de propiedad, en función de valores sociales, determinados por la trascendencia económico-social de su objeto:

«... La Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidas, de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad que cada categoría de bienes objeto de dominio está llamada a cumplir... Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente, el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes...» (f. j. 2.º).

5.º Los anteriores factores prefiguran actualmente una concepción pluralista del dominio, tras la profunda transformación acaecida en nuestro tiempo:

«... la propiedad privada, en su doble dimensión como institución y como derecho individual, ha experimentado en nuestro siglo una transformación tan profunda que impide concebirla hoy como figura jurídica reconducible exclusivamente al tipo abstracto descrito en el artículo 348 del Código Civil... por el contrario, la progresiva incorporación de finalidades sociales relacionadas con el uso y aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer ha producido una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diversos. De ahí que se venga reconociendo con general aceptación doctrinal y jurisdiccional la flexibilidad o plasticidad actual del dominio que se manifiesta en la existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los que cada derecho de propiedad recae... la transformación ha afectado de una manera más intensa a la propiedad de tierras agrícolas o forestales, lo que es fácilmente explicable, entre otras razones, por el carácter no renovable o naturalmente limitado en su extensión de este tipo de bienes y por la trascendencia económica que ofrece como soporte de las actividades productivas» (f. j. 2.º).

Conviene sentar, a estas alturas, otra conclusión: la función social de la propiedad es el único criterio con eficacia delimitadora del contenido normal de la propiedad por razones de interés general que conoce nuestro Ordenamiento. Ello es concorde con, y su correlato necesario, el perfil de garantía institucional del artículo 33 de la CE. Si existieran otras formas de modalización global del contenido de la propiedad por dicha razón de interés general, la Constitución se debería haber manifestado expresamente. Aquí es plenamente lícito el siempre problemático argumento *a contrario*. Por otra parte, corresponde esta apreciación a la trayectoria histórica de la propiedad y su función social, de la que sintéticamente hemos escrito con anterioridad.

No se pretende con ello afirmar que sea el único límite intrínseco que se conozca en relación con el derecho de propiedad. Antes bien, está sometida a los generales de todo derecho subjetivo (aún y más precisamente, alguno, donde ha surgido y se ha desenvuelto, ha sido en

tema de propiedad). Obviamente, con tal carácter de límites intrínsecos, operan para el dominio, el abuso del derecho, el estado de necesidad y la legítima defensa. Pero su alcance (además, repetimos, de predicarse del ejercicio de todo derecho subjetivo) es distinto: no son instrumentos de la delimitación general del derecho de propiedad; antes bien, están llamados a dilucidar cuestiones de legitimidad del ejercicio del derecho, en relación con concretos casos y circunstancias.

Y decíamos que era el único criterio de delimitación de la propiedad por razones de interés social y general, porque no cabe observar estas razones, sino otras muy distintas de coordinación de los intereses de propietarios privados, y, en cuanto tales, en la reglamentación de las llamadas relaciones de vecindad, que contribuyen, sí, a dibujar lo que es el contenido «normal» de la propiedad, pero con bien diversas técnicas y finalidades.

f) Venimos repitiendo, de manera insistente, en la eficacia de la función social como criterio del contenido o de la modalización del ejercicio del derecho de propiedad, dirigido al legislador ordinario. Ciertamente es así, pero no es ese el único cometido de la función social, aunque sea el que de manera expresa contempla el artículo 33 de la CE. Su alcance no es tan sólo el de una cláusula *pro futuro* rectora de la delimitación legislativa. Tal manera de entender las cosas va en contra de una adecuada interpretación de lo establecido en el artículo 53.1 *in principio* de la CE, según el cual «los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del presente título vinculan a todos los poderes públicos», lo que, de entrada, pone ya de manifiesto que en la tarea interpretativa, y señaladamente en la que se efectúa en sede judicial, las normas correspondientes (y entre ellas el art. 33.2 de la CE) han de ser muy tenidas en cuenta. Éste es, en todo caso, un efecto común tanto a los «derechos fundamentales y libertades públicas» (sección primera del capítulo segundo) como a los «derechos y deberes de los ciudadanos» (sección segunda del capítulo segundo) y a los «principios rectores de la política económica y social» (capítulo tercero del título I), sin que ni siquiera en este último caso se pueda entender la necesidad de interposición de una Ley de desarrollo (art. 53 *in fine* de la CE) como una prohibición de alegación o como un cheque en blanco para el legislador.

Ahora bien, tampoco cabe ignorar, a nuestro juicio, que las normas constitucionales reguladoras de los «principios de la política económica y social» (manteniendo siempre, a efectos identificativos, las propias rúbricas de la Constitución), pese a la evidente imprecisión conceptual de que hace gala en esta parte, sí necesitan de la interposición de una Ley para alcanzar plena efectividad como sustentadoras de pretensiones singulares en un proceso. En ese sentido se apartan de la tutela acordada para los «derechos fundamentales y libertades públicas», en las que las normas constitucionales fundamentan una acción (en el sentido procesal del término, es decir, brota de las mismas normas una pretensión directamente deducible). Parece indudable para los principios rectores de la política económica y social no fundar acción, aunque eso, como queda dicho, no sea sinónimo de no vinculación de los poderes públicos. Pero ¿se puede predicar lo mismo de los «derechos y deberes de los ciudada-

nos»? Creemos que no. El artículo 53.1, *in principio*, de la CE hace expresa comunidad de todo lo contenido en el capítulo segundo, y es conocido que dicho precepto supone con respecto al dicho del artículo 9.1 de la CE el plus consistente en que tal regulación tiene el carácter de Derecho inmediatamente aplicable, sin necesidad del intermedio de una Ley. La única diferencia sería que a los básicos derechos de la sección primera vendría otorgada una protección judicial reforzada (art. 53.2 de la CE), y a los de la sección segunda, el cauce procesal ordinario. Sin embargo, no ha escapado a la doctrina la dificultad técnica de arbitrar la tutela jurisdiccional de los «derechos y deberes de los ciudadanos», cuando no medie una previa Ley de desarrollo. Dificultad técnica más o menos salvable, pero que no autoriza al intérprete a otra cosa que no sea la búsqueda de las soluciones más adecuadas, pero partiendo de la comunidad de tratamiento, a estos efectos, que instaura el artículo 53.1 de la CE.

Pese a todas estas dificultades, que ocasiona la defectuosa técnica de la Constitución en sus disposiciones generales relativas a las garantías de los derechos y libertades, la aplicabilidad inmediata de la función social encuentra una confirmación sustancial si se reflexiona sobre lo que ello significa como idea y como concepto. Porque, como se ha dicho agudamente (Rodota), la función social no es reducible a las disposiciones que representan su concreta e histórica realización en particulares situaciones. Respecto a tales disposiciones, la función social es el fundamento jurídico de su legitimidad: su relevancia, en consecuencia, no puede ser negada cuando en una determinada situación falta la norma expresa que constituya su realización. La función se presenta como un elemento que caracteriza la situación de propiedad, con independencia de la existencia actual de un dato normativo en el que se concrete. Si la función social de la propiedad ha aparecido históricamente como el elemento que ha modificado la estructura tradicional de la propiedad, en torno a ella debe reconstruirse su entera disciplina.

De ello descende que la función social sirve no sólo para fijar la directriz política a la que deberá acomodarse cualquier reglamentación futura del derecho de propiedad, sino que también debe ser el parámetro de la legitimidad del comportamiento del propietario sobre la base de la regulación actual. Se ha escrito, con razón, que sería del todo absurdo que lo que debe valer para la Ley futura, y como elemento determinante de su constitucionalidad, no valga para la Ley actual, que, aunque fuera anterior a la Constitución, debería ser integrada en el sistema que ésta propone.

¿Cuáles serán, pues, los medios técnicos a que recurrir para la aplicación de la función social cuando no haya mediado para la situación propietaria concreta de que se trate una previa intervención legislativa delimitadora, de acuerdo con el principio que aquélla representa?

Creemos que la respuesta viene fácilmente dada, si nos apercebimos de que la función social de la propiedad ha devenido un verdadero principio general del Derecho, al reflejar toda una larga evolución que ha condicionado y determinado el derecho de propiedad, siendo, como es éste, un eje fundamental del Derecho Privado de nuestro sistema social y económico.

Desde el instante en que tal evolución se ha producido y con las características señaladas, es obvio que la consideración legislativa de la función social de la propiedad se eleva a criterio de carácter general que no puede ser reconducido a los antiguos esquemas con los que en el tiempo pasado se había intentado dar explicación a las varias formas en las cuales se producía el fenómeno de la compresión de los poderes del propietario para atender requerimientos distintos a los del titular.

Ha habido una real innovación en el terreno legislativo constitucional, que hace cualitativamente diferente la actual referencia a la función social a las existentes en épocas constitucionales de otro signo.

La inserción del principio de la función social en la Constitución altera de manera sustancial la ordenación general de la propiedad, ya que, como hemos dicho, no se puede atribuir relevancia efectiva sólo a las modalizaciones de la propiedad que se encuentran en el ámbito de la legislación ordinaria; y de ahí que la función social no se agote en estas determinaciones normativas concretas. Significa esto que la efectividad del principio hay que buscarla no sólo en el control de la actividad del legislador, sino también en la particular operatividad conferida a las normas expresivas de la intervención legislativa sobre la propiedad, cuando se enmarcan en un cuadro dominado por el principio de la función social. En efecto (ya hemos anticipado la idea), en un régimen distinto, y más cuando la propiedad era calificada como «inviolable», las intervenciones restrictivas debían ser consideradas excepcionales y, en cuanto tales, no susceptibles de analogía ni determinantes de la noción misma de propiedad. Una conclusión opuesta se impone, pues, cuando la órbita de referencia tenga como centro la función social de la propiedad.

En certeras palabras se ha manifestado que la «función social es una idea unificadora, operante como principio sistemático, va más allá de los límites de las disposiciones excepcionales, instituye nexos entre las disposiciones particulares y colma lagunas respecto a todas las normas de las cuales se puede ver una concreta y específica actuación de exigencias de carácter social por medio del derecho de propiedad».

La consecuencia lógica de este planteamiento es el reconocimiento de la posible extensión analógica de todas las normas de carácter especial, cuyo contenido representa una realización del principio de la función social.

En resumen, ella no opera solamente como criterio formal de legitimación de las intervenciones legislativas, sino también como instrumento de aplicación analógica y como necesario criterio de interpretación o reinterpretación del material legislativo.

Ni que decir tiene que en este terreno deviene absolutamente determinante el papel del Juez y su sensibilidad para la actuación de los principios constitucionales.

Pero hay más, y de nuevo se hace preciso recurrir a lo puesto de relieve por Montés: el abuso del derecho (en sentido objetivo) no es más que una segunda fase aplicadora de la función social; un instrumento de ésta para solventar casos concretos en circunstancias concretas, hemos dicho nosotros con anterioridad, al establecer que una divi-

soria entre ambos se debe trazar, considerando a la función social el único criterio intrínseco con eficacia general delimitadora; no así el abuso del derecho, llamado a jugar *super casum*. Pero ello no quiere decir que el fundamento de este último no sea la propia función social. Si partimos de esta posición, y nos apercebimos de que nuestro Código Civil, es decir, la Ley ordinaria, consagra el abuso del derecho como uno de los límites de todo derecho subjetivo; si nos apercebimos también de, y se ve con todo lo dicho que no es una casualidad, que al menos parcialmente (no pretendemos ahora, ni es necesario, un mayor refinamiento de la exégesis del art. 7.2 del título preliminar del CC) lo equipara con el «ejercicio antisocial del derecho»; si todo esto es así, tal vez en muchos casos, no necesitemos ni siquiera acudir a una aplicación de la función social como principio general del Derecho contenido en la Constitución, sino que nos bastará recurrir al mandato contenido en el indicado precepto del Código, sin que sea necesario un argumento analógico; y así se debe tener por cierta la conclusión de Montés. Sin embargo, no creemos (ni, en el fondo, tampoco está, según nuestra interpretación, en el pensamiento de dicho autor) que el papel principal de la función social en una aplicación directa, por vía analógica, sin necesidad de interposición legislativa, no sea una vía para esa aplicación, concurrente con la del abuso del derecho; puede haber casos en que los requisitos de éste, en un caso concreto, no se den, y proceda empero, la aplicación de la función social como principio.

VI. EL MOMENTO SISTEMÁTICO

a) La articulación sistemática de la protección constitucional de la propiedad privada, parecería, de entrada, y habida cuenta de la densidad de la disciplina, un punto de partida esencial para la definición del derecho de propiedad. No obstante, ello sólo es parcialmente cierto, y desde una visión de la delimitación estrictamente técnica del concreto derecho subjetivo que llamamos propiedad, poco provechoso. Ello se debe a que el trasfondo de la garantía de la propiedad, no es sólo la preservación de este concreto derecho subjetivo, sino la preservación de un *ámbito de apropiación privada, por cualquier título jurídico*. El «reconocimiento» constitucional parte de una idea amplia suficiente a su finalidad particular, idea que se corresponde a todas y cada una de las situaciones de apropiación privada, consideradas en su multiplicidad. Parece innegable, que tal finalidad no es otra sino preservar para los particulares, de modo necesario, un ámbito de poder sobre los bienes económicos. A este ámbito económico (*rectius*: a los poderes de diverso tipo y contenido que se ejercen dentro de él) es a lo que ha llamado «propiedad privada», resumiendo, en la que tradicionalmente se ha visualizado como la más intensa y típica de las posibles titularidades sobre los bienes, toda su carga de protección de los poderes económicos confiados al individuo. Es toda titularidad privada, bajo todas sus formas y modalidades, incluso con eventuales contenidos no uniformes, lo que es el

objeto del «reconocimiento» constitucional. Son todos los títulos jurídico-privados de apropiación, gestión y transmisión de los bienes económicos los que resultan reconocidos y simbolizados en la fórmula abstracta y unificadora «propiedad privada», con indiferencia de cuál sea su contenido. La propiedad privada viene en este contexto entendida no como manifestación de un singular y típico poder en concreto sobre las cosas, sino en su significado de institución alrededor de la cual gira la apropiación y gestión privada de los bienes.

Podría objetarse, que la Constitución sí conoce un concepto unitario general de la propiedad privada, al hablarnos de la exigencia de respeto, por parte del legislador ordinario, al establecer los límites al contenido de la propiedad, de un «contenido esencial» (art. 53.1, proposición segunda, de la CE, en relación con el 33.2 de la CE). A poco que se piense, eso es un espejismo.

Salvo la mención, nada más nos dice la Constitución sobre el «contenido esencial», concepto que refiere a todos los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del título I. Habida cuenta de la heterogeneidad de esos derechos y libertades, el «contenido esencial» habrá que definirlo caso por caso. No es posible indagar sobre éste en términos generales más allá de una definición genérica, como la operada por la jurisprudencia constitucional, cuando afirma que:

«El contenido esencial del derecho subjetivo, al que se refiere el artículo 53 de la Constitución Española, puede determinarse a partir del tipo abstracto conceptualmente previo al momento legislativo, que resulta de las ideas generalizadas o convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces, y en general, los especialistas en Derecho, de modo que constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito (...). El contenido esencial puede determinarse también complementariamente a partir de lo que se llama los intereses jurídicamente protegidos, de modo que se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección» (STC 11/1981, de 8 de abril).

Realmente, más que una definición de o que sea «contenido esencial», lo que indica el Tribunal Constitucional es una serie de indicativos metodológicos para apreciar la esencialidad, caso por caso. Son criterios para la determinación de la «esencialidad» del «contenido», según el supuesto.

Pero obsérvese que el «contenido esencial» no sirve para definir el derecho sino que su propia determinación debe partir del «tipo abstracto, conceptualmente previo al momento legislativo, que resulta de las ideas generalmente admitidas en Derecho». La doctrina del «contenido esencial», por consiguiente, no es apta para definir el derecho de propiedad (ni ningún otro); es más, presupone un concepto tipo, que no suministra, sino requiere.

Ello, en el fondo, es absolutamente lógico y coherente con la función que atribuye al concepto «contenido esencial» el 53.1, proposición

segunda, de la CE, ser un límite o barrera que el legislador ordinario no puede sobrepasar a la hora de regular el ejercicio de derechos y libertades; una suerte de núcleo mínimo del derecho en cuestión, para que de su existencia pueda seguirse hablando, tras la intervención legislativa delimitadora. Sólo de un modo indirecto y parcial puede suministrarlos el «contenido esencial» datos para la identificación, y siempre *a posteriori*, de un derecho que debemos tener con anterioridad individualizado como «tipo abstracto conceptualmente previo al momento legislativo». Qué se puede obtener en este sentido, con referencia particular al derecho de propiedad, ocasión tendremos de verlo cuando analicemos uno de los importantes pronunciamientos del Tribunal Constitucional al respecto en la tantas veces traída por esencial y primera STC 37/1987, de 26 de marzo. Pero ya estamos en condiciones de avanzar una conclusión, que desenvolveremos más detenidamente: si no se puede hablar de tipo abstracto único para el derecho de propiedad, no podemos hablar de un único «contenido esencial», a él referido.

En términos concretos la cuestión del «contenido esencial» del derecho de propiedad ha sido abordada, como habíamos anunciado, por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 37/1987, de 26 de marzo de 1987, atinente a la Reforma agraria en Andalucía. Parte el Tribunal de que:

«... ciertamente, el derecho a la propiedad privada está reconocido en el artículo 33 de la Constitución y le es aplicable la garantía del necesario respeto a su “contenido esencial”, en virtud de lo dispuesto en el artículo 53.1 del propio texto constitucional. El problema radica, sin embargo, en determinar cuál sea ese contenido esencial [...]» (f. j. 2.º).

Las afirmaciones más interesantes de la doctrina sentada pueden sintetizarse del siguiente modo:

1.^a Reiteración de la posición del Tribunal sobre la definición del «contenido esencial» tal como quedó establecida en la Sentencia 11/1981, de 8 de abril, a la que hay, por consiguiente, que considerar jurisprudencia básica en la materia.

2.^a Consideración de la función social de la propiedad como elemento estructural, como factor determinante de la delimitación legal de su contenido, de manera tal que:

«... la fijación del “contenido esencial” de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes...» (f. j. 2.º).

Así pues, la función social de la propiedad no sólo no atenta al necesario respeto al «contenido esencial», sino que éste no es concebible sin la inserción de aquélla. Y no atenta porque:

«... esa dimensión social de la propiedad privada, en cuanto institución llamada a satisfacer necesidades colectivas, es en todo conforme con la imagen que de aquel derecho se ha formado la sociedad contemporánea, y por ende, debe ser rechazada la idea de que la previsión legal de restricciones a las otrora tendencialmente limitadas facultades de uso, disfrute, consumo, y disposición o la composición de deberes positivos al propietario hagan irreconocible el Derecho de propiedad como perteneciente al tipo constitucionalmente descrito» (f. j. 2.º).

3.ª Afirmación de un núcleo inexcusable de utilidad meramente individual del derecho de propiedad, y reiteración de la capacidad de control judicial constitucional y judicial ordinario de la existencia de ese ámbito imprescindible. Ese control o juicio de reconocibilidad del derecho de propiedad habrá de ser efectuado para cada tipo de derecho dominical: el pensamiento del juzgador constitucional es pluralista en esta materia, y no cabe, por consiguiente, la uniformidad del «contenido esencial» pues:

«... el contenido esencial o mínimo de la propiedad privada [ha de ser] entendido como *reconocibilidad de cada tipo de derecho dominical* en el momento histórico que se trata...» (f. j. 2.º; subrayado nuestro).

4.º Rechazo de la reconducción de la propiedad exclusivamente al tipo abstracto descrito por el artículo 348 del Código Civil. Así:

«[...] infundada la pretensión de los recurrentes de identificar el contenido esencial de la misma [la propiedad], atendiendo exclusivamente a lo que el Código Civil, declinando el siglo XIX, dispuso con carácter general en su artículo 348, porque tal pretensión no tiene para nada en cuenta las modulaciones y cambios que ha venido sufriendo desde entonces el instituto de la propiedad privada en general y de la propiedad agraria en particular» (f. j. 2.º).

De todo lo anterior se deduce que la Sentencia 37/1987 no ha indicado –cierto es no tenía por qué hacerlo– de manera positiva cuál es el «contenido» o «contenidos esenciales» del derecho de propiedad o sus diversos tipos. Suministra aproximaciones válidas pero deja en la incógnita cuál es el tipo abstracto (o los tipos) de derechos dominicales con los cuales confrontar el régimen legal en cada caso, al objeto de apreciar si han pasado el infranqueable límite que supone la garantía del «contenido esencial».

b) Debemos analizar ahora un aspecto de interés para nuestro global objetivo de definir la propiedad. La sentencia citada afirma que no es posible reconducir exclusivamente la determinación del tipo abstracto del «contenido esencial» a la definición de la propiedad que suministra el artículo 348 del Código Civil. Tal aseveración se puede enteramente compartir desde un punto de vista sustancial o de contenido, puesto que a la dicha definición, por razones históricas conocidas y ya expuestas, eran ajenos todos los avatares históricos que, por vía de la intervención de los poderes públicos, y la afirmación de la prevalencia y coexistencia del interés social junto al particular del propietario han llevado a una modulación intrínseca de las facultades dominicales, confor-

madoras de su contenido, más allá de puras limitaciones externas. Ciertamente es que en su significado histórico concreto, el artículo 348 del Código Civil, en cuanto que supone un ámbito de poder sobre las cosas, donde la única norma sea la voluntad del propietario, limitada tan sólo por la eventual colisión con los derechos de otros propietarios, o, en todo caso, por reglamentaciones de policía, extrínsecas a su haz de facultades, sólo tiene un sentido actual para las cosas de escasa trascendencia económico-social, fundamentalmente las destinadas al consumo y utilización individual.

Ahora bien, pensamos que ello no es obstáculo para que un válido punto de partida a la hora de determinar cuál es el tipo abstracto del derecho de propiedad, que nos encamine a ulteriores concreciones sobre el «contenido esencial» del mismo, no venga representado por la añosa definición del Código. En ella están presentes tres elementos, como es sabido: la facultad de goce, la facultad de disposición y la posibilidad de limitaciones del derecho por obra de las leyes. Indica la posible existencia del derecho sobre las cosas que se concibe como el más amplio posible, sin que por ello sea absolutamente ilimitado. En abstracto, ésta es también la figuración que de la propiedad se tiene actualmente: lo único que nos aleja del artículo 348 del Código Civil como esquema válido contemporáneamente es que el significado originario de limitaciones establecidas por las leyes, no comprendía lo que hoy llamamos límites intrínsecos. Pero a decir verdad, en puros términos de interpretación literal y de reconstrucción dogmática, tampoco habría demasiados inconvenientes en amparar los límites intrínsecos bajo el sintagma «limitaciones establecidas por las leyes».

De acuerdo con esa intuición, durante decenios, y hasta la actualidad, en la convicción generalizada de los especialistas en Derecho, en el metalenguaje que nos señala el Tribunal Constitucional como pauta metodológica para identificar los tipos conceptuales preexistentes a las regulaciones positivas concretas, la propiedad ha sido concebida como el derecho de goce y disposición más amplio que en cada caso (por obra de «limitaciones», o de «límites internos» el *dominus* puede ejercitar sobre las cosas del mundo exterior. Es más, cuando se producen modulaciones del contenido interno de la propiedad, son explicadas siempre por referencia a los parámetros formales del goce y la disposición (goce «dirigido», goce «limitado en la elección», «disposición condicionada a caso o tiempo», etc.).

La idea de que la situación de propietario supone la mayor amplitud posible, aunque fuese ya no tendencialmente ilimitada, del arbitrio del titular en el ejercicio de facultades sobre las cosas del mundo exterior, sigue siendo una nota básica del derecho de propiedad, en la percepción de los juristas y en el lenguaje de las leyes. La propiedad es siempre el escalón superior de los derechos sobre las cosas, el grado máximo, alcance a donde alcance, por obra de limitaciones extrínsecas o intrínsecas.

Ese carácter superior y primario, lo diferencia de otros derechos «limitados» o derivados (sea cual sea el mecanismo dogmático con el que se intente explicar su Constitución) que, no se olvide, también en su

contenido interno vienen afectados por la evolución de la propiedad, manteniendo con ella básicamente los mismos nudos estructurales de referencia y distribución.

La razón profunda de que el artículo 348 del Código Civil, aunque haya perdido sustancia normativa, sea aún un paradigma debemos verla en la enorme magnitud histórica que representa la codificación civil, que en otro tiempo tuvo un valor cuasiconstitucional; en todo caso, la codificación civil no es una página más de la historia de la legislación: es la puerta de entrada a un universo de valores que, si no están vigentes *in toto*, están en las raíces profundas del sistema jurídico contemporáneo, en cuanto fruto originario del mundo liberal-burgués, que las sucesivas transformaciones del Ordenamiento, importantes sin duda, no han logrado perder como punto último de referencia. Y ese carácter de punto último de referencia del Código Civil hace conservar al artículo 348 un valor inicial para el análisis de lo que, incluso hoy, sea derecho de propiedad.

c) La necesidad de partir del Código no parece que pueda ser discutida, si se tiene en cuenta lo que éste significa en profundidad, más allá de que las concretas regulaciones de enteros sectores de las relaciones entre particulares escapan a su ámbito. El Código es el depositario de los conceptos, los dogmas, las técnicas, el «fondo de soluciones» que desde el Derecho Romano hasta el Derecho Común ha compuesto el instrumental esencial de los privatistas, y a decir verdad, de todos los juristas de nuestro entorno político y cultural (Bercovitz). En suma, el Código es la «gramática» del Derecho Privado.

Con este trasfondo, la afirmación, sostenida a lo largo de todo este discurso, de que las definiciones de la propiedad alcanzan tan sólo un carácter de paradigma, sin que de ellas quepa deducir virtualidades normativas, debe ahora ser nuevamente afrontada en un determinado aspecto, hasta ahora no tratado por razones de orden lógico de la exposición. La necesidad de la precisión surge porque existe una definición normativa de la propiedad, plasmada precisamente en el Código; y no parece se deba obviar dilucidar si dicha definición, en tanto en cuanto contenida en un precepto, agota su virtualidad en una pura función definitoria, o goza de un valor prescriptivo, que es el propio de todo precepto o proposición normativa. Ya hemos visto que la configuración de la teoría de la propiedad como una teoría de los límites de la propiedad, abona la primera de las opciones; se podría decir que a la genericidad de la configuración de los poderes del propietario, sólo concretable a través de las normas que fijan sus límites, se añade en la definición codificada que dichos límites también están señalados de un modo genérico, *per relationem* a lo que las leyes establezcan: y hemos visto que en el pensamiento del Código, estas «leyes» (sea cual sea su naturaleza) están fuera de él. Tal es la estructura primordial (en el sentido de principal y que sirve de fundamento) del artículo 348 del Código Civil. En este sentido, la conclusión sobre el no valor prescriptivo, sino puramente definitorio del artículo 348 del Código Civil, debe ser mantenida. En esta clave, las definiciones de propiedad de los Códigos liberales expresan, en un cierto sentido, un valor permanente (históricamente se entiende,

no hay concepto o institución jurídica alguna que viva en la trascendencia), y por ello el modelo funciona como paradigma abstracto, al margen de su sustancia normativa, estando disponible para ser rellenado por los más varios contenidos concretos, operados por la lógica de las leyes especiales, aun las que respondan a principios propietarios fuera del arco liberal, incluso cuando son dictados por la Constitución del Estado social.

Nada extraño, por otra parte, si se parte de la idea de que existe un demostrado *continuum* entre las formulaciones del Estado liberal y del Estado social (Häberle), y que la aportación de éste a la configuración del Derecho Privado es ciertamente débil, y su capacidad conformadora de la sociedad se ha articulado preferentemente (aunque no de modo único, y siempre bajo normas específicamente habilitantes) a través de las formas de la acción administrativa (Forsthoff). Ahora bien, y debe quedar claro desde el primer momento, nada de esto significa que el valor de paradigma de la definición codificada, signifique en términos absolutos un valor del Ordenamiento que se coloque por encima de la realidad institucional de las concretas propiedades, que debe ser siempre gobernada por la Constitución, y resulta habitualmente explicitada por las leyes especiales. Esto es así, aunque sólo fuese por el dato formal de que, declinado el histórico papel cuasiconstitucional de los Códigos Civiles decimonónicos, éstos son leyes ordinarias; en las que por cierto retumba la historia, incluso de siglos, pero leyes ordinarias al cabo; lo que no se debe olvidar para no invertir indebidamente la jerarquía normativa a la hora de establecer los confines de la garantía constitucional de la propiedad privada: se verá la necesidad de esta anunciada cautela.

No obstante la sustancial aceptación de que el valor principal y fundamental de la norma general en materia de propiedad es definitoria y no prescriptiva, cabe encontrar una posible manifestación de esta última naturaleza. Consistiría en que el artículo 348 del Código Civil sería una norma que concurriría con las leyes a las que se remite a formular la disciplina positiva de la propiedad, en cuanto norma de cierre que atribuiría al propietario toda facultad, reconducible al uso, disfrute y disposición que no fuera positivamente excluida del contenido del derecho de propiedad. La indeterminación y genericidad del paradigma propietario sería consecuencia de la potencial plenitud del contenido del derecho que corresponde al titular.

En verdad, para que este carácter de norma cierre sirviera para algo más que para cumplir la descriptiva función de indicar que el derecho de propiedad es el más pleno posible, y que la plenitud posible es la que determinen las leyes especiales (en el sentido de ley especial que venimos utilizando), con lo que habríamos retornado al punto de partida del carácter meramente definitorio del precepto, tendríamos que establecer alguna consecuencia que privilegiara en el binomio Código-leyes limitativas el primero de los términos.

La única vía sería la de articular ese privilegio desde el ángulo hermenéutico, y las únicas consecuencias posibles serían dos: la primera, vetar la aplicación analógica de las normas restrictivas de los poderes

del propietario; la segunda, imponer la carga de la prueba a todo aquel que arguya contra la existencia de una propiedad potencialmente ilimitada.

En el estadio actual del Ordenamiento, la primera de las consecuencias ya no es posible, aunque históricamente lo fuese, porque estaría ligada a una consideración de las leyes limitativas de los poderes del propietario como excepcionales; y ya hemos tenido ocasión de constatar que tal consideración pertenece a un momento ya periclitado; la segunda tampoco rige, porque no se debe confundir la presunción de libertad del dominio, reiteradamente afirmada por la jurisprudencia, incluso hasta el extremo de identificarla con un principio general del Derecho (*ad ex.*, STS 21 de octubre de 1987), con una presunción general de ilimitación de la propiedad: la misma jurisprudencia nos dice que la carga de la prueba en contra de la ilimitación de los poderes del propietario es exigible para las llamadas «limitaciones» (también como ejemplo, STS 9 de febrero de 1983), es decir, compresiones de dichos poderes operadas por actos de imposición singular (básicamente serían la constitución de derechos reales limitados y la de las servidumbres que el Código llama «administrativas», junto a las prohibiciones de disponer de origen convencional) en contra del llamado «contenido normal» de la propiedad, pero no sería exigible para los «límites» que contornean dicho «contenido normal», y que son, precisamente, los establecidos en las leyes, con carácter general e igual para un determinado tipo de propiedad. Más adelante tendremos ocasión de volver sobre estas básicas distinciones.

En consecuencia, el valor preceptivo de la definición codificada de propiedad es escasísimo, por no decir nulo, en el terreno de la legislación ordinaria.

Aún menos aceptable sería que una normatividad del paradigma codificado influyera sobre la configuración de la garantía constitucional. El razonamiento sería el que sigue: el «contenido esencial» del derecho de propiedad se identifica con un contenido del mismo tendencialmente ilimitado, de tal forma que toda ley limitativa sería sustancialmente expropiatoria. Tal modo de ver las cosas no se puede asumir. Ciertamente que toda limitación del contenido esencial del derecho de propiedad es hoy expropiación forzosa puesto que el concepto se ha expandido desde la «privación singular» operada por acto de la Administración, hasta toda intervención ablativa de aquel contenido, es decir, la que no sea puramente delimitadora, comprendiendo las operadas en vía legislativa, incluso sin recurrir al mecanismo de la «Ley singular»; cierto, pero los parámetros de la intervención ablativa, que es la que agrede al «contenido esencial» no están conectados con la visión que del derecho de propiedad tenga el Código Civil, sino más bien con el principio de igualdad de los ciudadanos a la hora de soportar las cargas públicas, y el de razonabilidad, en su manifestación concreta de congruencia y adecuación de la ablación operada a la finalidad perseguida por la misma. Además, no se debe olvidar, como dicho queda, que la garantía constitucional de la propiedad alcanza a toda situación de titularidad jurídico-privada de contenido patrimonial, no sólo y estrictamente al tipo concreto del dere-

cho de propiedad. El mundo del «contenido esencial» de la propiedad, en el sentido de la garantía constitucional, y el mundo del contenido del derecho de propiedad son relativamente estancos. Ni el primero, como se ha visto, sirve para definir al segundo, ni el segundo sirve, salvo de un modo indirecto y lejano y siempre parcial, y para concretas situaciones, a la definición del primero.

d) Se impone, pues una necesaria apelación al Código; pero ésta, si pretendemos reencontrarnos con sus más extremas fundaciones, nos encamina a la entraña romanista del concepto de propiedad codificada. Como cautela metodológica, aunque sean cosas bien conocidas, debemos decir que no hemos utilizado sin intención el adjetivo romanista en lugar del de romano. Aunque la invocación al Derecho Romano siempre ha de tenerlo presente, en sus materiales básicos, como el Derecho de Roma, sabemos que la tradición que finalmente plasma en los Códigos Civiles no es el de aquel sistema jurídico contemplado en su realidad histórica, sino más bien, como dice Grossi, en una veste de testimonio metahistórico, sustancialmente inmovilizado en la cristalización clásico-justiniana, con el añadido de no pocos condimentos humanistas y iusnaturalistas. Ni siquiera puede ser tenido en cuenta oyendo la voz de la tradición medieval, en la que la idea de que el dominio no es único, sino plural, resplandece con fuerza en glosadores y comentaristas; idea del dominio plural, extraña a la configuración moderna de la propiedad, y como se ha de ver enseguida, a las fundaciones romanas. Bussi ha puesto de relieve cómo el pensamiento de que toda situación jurídica real puede reconducirse al encuadre del *dominium* está presente incluso en la obra de Bartolo de Saxoferrato, al cual no obstante debemos [ad l. 18 (17), D. 41. 2, n. 4] la que durante siglos ha sido considerada la definición canónica de propiedad: *ius de re corporali perfecte disponendi nisi lex prohibeat*.

La búsqueda de los elementos esenciales del modelo romanista, así entendido, nos lleva a individualizar tres elementos constitutivos del mismo. El primero de ellos viene suministrado por la distinción entre *ius in re* y *obligatio*, que acaba siendo una trasposición parcial de la distinción entre *actio in rem* y *actio in personam*, absolutamente básica para la protección procesal propia del sistema de acciones en que el Derecho Romano consistía. Con su peculiar nitidez, Sohm explica que la distinción se basaba en que la *intentio* de la fórmula estaba redactada, bien identificando la persona del demandado (*actio in personam*), bien haciéndolo sólo con la persona del demandante (*actio in rem*). La distinción no es puramente formal, porque radica en una íntima naturaleza de los derechos subjetivos. Hay una clase de relaciones, las de crédito, que vinculan sólo a una persona, el deudor, y por ello su nombre debe ser concretado desde el principio. Todos los demás derechos—principalmente los que versan sobre cosas, aunque no eran los únicos: también los hereditarios y familiares y relativos al estado de las personas—encierran facultades eficaces contra cualquiera, facultades de radio amplísimo. Con el tiempo, esta básica distinción entre *actio in rem* y *actio in personam*, acabaría siendo funcionalmente equivalente en el Derecho moderno, sobre todo por las incrustaciones iusnaturalistas, a la

distinción entre derechos reales y derechos de crédito; y debemos tener en cuenta que el derecho de propiedad es el derecho real por excelencia, en el que se cumplen de manera no dudosa todas las notas que se predicaban de la categoría en general de los derechos reales (oponibilidad *erga omnes*, reipersecutoriedad, inmediatez...).

Un segundo elemento de la cantera romanística para edificar el derecho de propiedad moderno se encontró en la disciplina romana de los derechos sobre cosa ajena, por las razones que siguen. En primer lugar eran un número exiguo: *servitus* (comprendiendo, como es conocido, al usufructo como servidumbre personal), enfiteusis, superficies, *pignus*; de ese número sólo ha existido inicialmente la *servitus*, siendo la superficies y el *pignus* de creación pretoria, procediendo la enfiteusis de la época del Bajo Imperio: esa ausencia de abolengo siempre estuvo presente en la mente de los romanistas. En segundo lugar, primaban siempre, de modo muy acentuado, la protección del propietario: necesidad de la perpetua causa *servitutis*, inadmisibilidad de la servidumbre que establezca un *facere* al propietario, carácter personalísimo del usufructo, unido a una rigidísima protección del principio *salva rerum substantia*, imposibilidad de fundar una verdadera *possessio*, con arribada tardía a la protección interdictal...

Tal sistema de los derechos reales limitados suministraba, con el apoyo del Derecho que fue denominado y considerado durante siglos la *ratio scripta*, considerable sustento a una visión de desfavor frente a los derechos reales de goce, visión se diría ineludible en cuanto que la proliferación de *iura in re*, atípicos, llenos de prestaciones que hoy llamaríamos personales, estaba en la base de la estructura jurídica del tejido social feudal, de todo «Antiguo Régimen». La ajenidad de los esquemas romanos a esta estructura, fundada en la temprana separación jurídica entre propiedad y potestades públicas (que habría de padecer la sabida contaminación entre ambas desde la época altomedieval hasta la revolución liberal) consagró este filón del Derecho Romano como una cimiento de la propiedad «moderna»; también en función de servicio a una determinada concepción de la propiedad propia del individualismo ilustrado y iusnaturalista.

Finalmente, y será un legado decisivo para la propiedad que conocerán en sus más generales líneas los Códigos, era una asentada idea del Derecho Romano la de que sobre cada cosa sólo podía existir una propiedad. Como enseña Kunkel, la idea de una propiedad múltiple sobre la totalidad de la cosa fue rechazada siempre por los romanos (D. 13, 6, 5, 15: *duorum quidem in solidum dominium esse non posse*); el concepto de propiedad mancomunada, característico del Derecho germánico, fue extraño al pensamiento romano, y otro tanto ocurrió con de la propiedad dividida, cuyo origen se quiso ver, equivocadamente en los cuerpos legales justinianeos, y ocurrió tanto para los fundos itálicos como para los fundos provinciales. El rechazo a la idea de una propiedad mancomunada y a la división del dominio, pero sobre todo el primero, serán vigas de carga del concepto de propiedad en los Códigos Civiles, obligando a ciertos equilibrios, que tienen tanta consistencia ideológica como dificultad técnica; y ello se verá resplandecer cuando se emplee

alguna palabra en el tema de la copropiedad en el texto codificado. Pero de nuevo se pone de manifiesto que tal operación intelectual no se basa en el mero prestigio, por así decirlo, del Derecho de Roma; es una consciente puesta a disposición de su instrumental para combatir toda idea de propiedad colectiva, fantasma a conjurar, también desde el individualismo que propicia el Humanismo, y plasma en las Declaraciones de derechos dieciochescas, dominadas por el Derecho natural de corte racionalista.

d) La deriva histórica, empero, ha llenado de quiebras el modelo romanístico. Ya apuntadas las causas profundas en las páginas anteriores, convendría hacer aquí un estricto resumen.

La de calado político jurídico más importante ha sido la visión de la utilidad del objeto del derecho de propiedad en su trascendencia social; ello ha comportado la inserción del esquema del deber en el ámbito de dicho derecho a través del concepto de función social, y a lo ya expuesto *subiecta materia* no queda sino remitirse.

Importante es también, aunque sea de alcance principalmente técnico, la adquirida certeza del contenido obligacional de los derechos reales de goce, que exige explicar éstos (usufructo, servidumbre, cargas reales) en claves obligacionales, para coger el pleno sentido de las relaciones entre su titular y el propietario (Domínguez Platas).

También hay que entender superado en gran medida el disfavor frente a los derechos reales, como limitativos de la posición «plena» del propietario. La razón de ello queda ya también señalada; los tiempos en que aquellos *iura in re aliena* eran vistos, junto con la teoría del dominio dividido, como odiosas manifestaciones del régimen señorial o feudal están definitivamente superados. Baste pensar que la enfiteusis, derecho limitado, y al tiempo manifestación histórica de uno de los más importantes ejemplos del *dominium duplex* ha encontrado una nueva y singular utilización en los procesos de reforma agraria, y se le considera un buen instrumento técnico de la mejora de los fundos rústicos; y parecidas consideraciones de favor habría que hacer para las figuras superficiales y su utilización en la ordenación urbana. Esta renovada visión meliorativa de los derechos reales sobre cosa ajena ha resplandecido en la propia configuración técnica de los mismos. La más antigua civilística los explicaba, ya lo hemos dicho, como «desmembramientos» de facultades de la propiedad plena, que participaban de la naturaleza del derecho del que derivaban. En suma, eran *partes domini*, y del dominio tenían las cualidades, como las partes lo tienen del todo. La operación técnico cultural así realizada no deja de ser curiosa, por razones históricas y doctrinales. En efecto, y como ya se ha señalado, los viejos civilistas se movían entre dos aguas, en una suerte de equilibrio inestable; por un lado, eran hombres del mundo antiguo, entendiendo por tal el del Derecho Común, o si se quiere, el precodificado, desde el punto de vista de las fundaciones técnicas; por otro, eran hombres de la era nueva, desde el perfil ideológico, es decir, profundamente ligados a la ideología liberal. A esta razón se debe su singular teorización. En un aspecto, educados en una tradición jurídica que no les hacía repugnante la proliferación de los derechos reales, e incluso la existencia del dominio dividi-

do, podían sin más ambages ligarse a una formulación que, en el fondo, no era sino el reconocimiento de la posible existencia de *plura dominia*. De ahí, a considerar los derechos reales limitados como partes de un dominio «total» o «propiedad perfecta», de cuyas notas participaban no había ni un paso. Se dijera que, de modo inconsciente tal vez, obsequiaban la visión bartolista de que hemos hablado. Y se explicaba que bajo sus huellas, los derechos reales limitados no eran más que «modificaciones» de la propiedad, en la terminología que habían de recoger algunos Códigos, y entre ellos, el nuestro. Ahora bien, en otro aspecto, esa operación de legitimación jurídica de un *ius in re* que consiste en configurarlo como *pars domini*, corría el peligro de deslegitimar políticamente el concepto de propiedad que su propia idea liberal les dictaba, porque para ésta tal derecho es único a sí mismo, indivisible y pleno, como lo es el sujeto del que se predica su titularidad.

En estas circunstancias, una estructuración coherente con los requerimientos ideológicos de los nuevos tiempos, sólo podía concluirse la pandectística, con expresión canónica en Windscheid. Ayudaban a ello la renovada visión histórico-crítica del Derecho Romano, y su papel fundacional del *systema iuris*, al tiempo que la más profunda evolución social y económica de su entorno favorecía la línea visual del individualismo jurídico. Con este *approach* metodológico y conceptual, la teoría del derecho real basculaba sobre el concepto de límite de la propiedad. En efecto, el derecho de propiedad, pleno tal como quería el paradigma ideológico, podía estar sujeto a límites legales y generales por razón de interés público, y éstos no hacían más que contornear el ámbito del que se llamaba, precisamente por las notas de legalidad y generalidad e interés público de los dichos límites (por otro lado reducidos a normas de policía y relaciones de vecindad), el «contenido normal» de la propiedad. Al lado de estos límites, estaban los *iura in re*, caracterizados por su voluntariedad y singularidad, necesitados de acto de imposición singular, y que no se presumían nunca, antes bien, era al dominio al que se presumía libre; límites que comprimían dicho contenido normal, el cual recobraba su propia integridad con su desaparición, de lo que derivaba la plástica idea de la «elasticidad» del dominio. La propia doctrina alemana, bastantes años más tarde, acuñará una terminología expresiva de la diversidad conceptual señalada, distinguiendo entre «límite» (*eigentumsbegrenzung*) y «limitación» (*eigentumsbeschränkung*), indicativo el primero del «contenido normal», el segundo de una singular comprensión del dominio.

Empero, todavía ha cabido un ulterior refinamiento técnico, que sirve para explicar tanto la autonomía como derecho subjetivo, ya no odiosa, del derecho real limitado, como su ineludible derivación del derecho de propiedad. Ha sido la teoría de la llamada «sucesión constitutiva» o «adquisición derivativo-constitutiva» (Pugliatti), en cuyo porvenir no se ha de entrar, bastando ahora subrayar que el carácter de desfavor de los derechos reales limitados (y siempre no estamos refiriendo prevalentemente a los de goce), no parece ya un trazo distintivo de nuestro actual sistema de situaciones jurídico reales, con todo lo que ello implica para la configuración de la propiedad.

Finalmente cabe apuntar que el sistema jurídico moderno se ha visto abocado a la creación de instrumentos técnicos y explicaciones conceptuales para mantener la lógica del sistema propietario en un terreno muy específico, que es el de la evitación de mecanismos de propiedad colectiva, rechazados por el modelo romanístico-liberal que queda diseñado. El primero de todos ellos ha sido, aunque forzoso es reconocer que el resultado obtenido obedece también a otros vectores, es el de la persona jurídica. Desde el instante en que este expediente técnico supone la creación de un sujeto de derecho único, logra reconducir, por medio de la atribución a este sujeto (distinto del universo de los consociados –en la persona jurídica de base asociativa– o de los beneficiarios –en la persona jurídica fundacional o de base patrimonial–) de un patrimonio único, como el de una persona física, el problema del gobierno de un conjunto de bienes, que de otro modo habría de solventarse a través de una pluralidad de personas organizada de algún modo colectivo. La máxima sofisticación se produce en la fundación, donde el objeto del derecho o derechos acaba siendo el sujeto mismo.

No se pretende decir que se pueda leer tan sólo en esta clave el tema «tormentoso y fascinante», en las palabras de Ferrara sénior, de la cuestión de la personalidad jurídica. Sin ir más lejos, la cuestión es más compleja si la referimos a la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles, sede en la que ha alcanzado la más refinada elaboración normativa y doctrinal el tema de la persona jurídica. Pero no cabe desdeñar esta perspectiva, desde un punto de vista principal, en cuanto se tenga en cuenta lo que perspicazmente ha puesto de manifiesto Capilla: que la necesidad de la persona jurídica es una necesidad intrínseca en un sistema de derechos subjetivos, y que el derecho subjetivo por excelencia es el derecho de propiedad. Y se puede añadir, la constitución del sistema del Derecho privado como un sistema de derechos subjetivos es un fruto del individualismo jurídico, y técnicamente a través de la conceptualización pandectístico-iusnaturalista, del que es emblemático el *Recht des Personlichkeit* que uno de los padres fundadores del *systema iuris*, Puchta, eleva a clave del mismo; *Recht des personlichkeit* cuya traducción más exacta se lograría en latín, con el viejo tropo del *dominium sui*, que es, en el origen, el fundamento metafísico de la propiedad liberal.

Que estas ideas no son inexactas, y confirman la incidencia de la «lógica del sujeto», en su encarnación específica como «sujeto propietario», entendido del modo liberal romanístico, sobre el tema de la persona jurídica, lo demuestran las perplejidades que ocasionan los bienes o masas de bienes con pluralidad de titulares cuando no se les considera en todo momento y esencialmente divisibles o partibles, es decir, reducidas tras su fragmentación a un conjunto de titulares independientes, y tampoco sometidas al esquema de la personalidad jurídica; baste aquí evocar las dificultades y vacilaciones a la hora de definir la estructura de la sociedad de gananciales o de la propiedad horizontal, oscilándose entre su conceptualización como una propiedad germánica –lo que es una abierta quiebra de la tradición del sistema–, y la añoranza, si podemos

emplear este término, de su reconducción a la personalidad jurídica, que puede estar justificada más que por una necesidad ordinal, por el instintivo rechazo a las formas de propiedad colectiva (por otra parte, no del todo desconocidas, aunque se añade inmediatamente, «como vestigios históricos germanistas»: y viene a la mente la institución de los montes en mano común).

Tan es así que ello esclarece la singular aporía de la copropiedad (de todas las formas de cotitularidad real, pero nuestra atención versa sobre la propiedad), que viene concebida, como también ha puesto de manifiesto Capilla, como comunidad romana en cuanto opuesta a la mano común germánica, que indica un mecanismo de solidaridad en la titularidad (Bolaffi); para evitar esta solución se llega a la definición de una propiedad concreta y separada sobre un objeto ideal, la cuota, cuya suma recompone también una propiedad plena, olvidando que ello implica una operación absolutamente artificiosa por dos razones: porque desdobra el objeto del derecho (objeto del derecho del comunero, la cuota; objeto del derecho de propiedad, la cosa, cuando eso es una irrealidad, porque todos los derechos (acaso, salvo el *ius disponendi*) se ejercitan sobre la cosa; y la aporía resplandece definitivamente, cuando se percibe que hay facultades que sólo se pueden usar colectivamente (Lacruz, Miquel). Además, a la comunidad romana se la quiere inestable y transitoria: baste pensar en el *ius prohibendi* y en la *actio communi dividundo*. ¿Qué es lo que todo ello viene a indicar, palmariamente? Algo esencial para construir nuestro concepto de propiedad: que en la entraña del mismo late, como dato institucional básico, el principio de que *duorum quidem in solidum dominium esse non posse*.

e) ¿Quiebra o irrealidad del modelo romanista? Quiebras y realidad, podía contestarse, lo que viene a significar, si se añade la conclusión ya obtenida de que toda disciplina de la propiedad es la disciplina de los límites de la propiedad, que el modelo romanista, y la propia definición del Código, como eco histórico de la misma, conservan un acusado valor principal, pero sólo ése; y añadiendo el matiz de que sus excepciones de ninguna manera pueden estimarse odiosas, *contra tenorem rationis iuris*, por todas las razones ya apuntadas.

f) No convendría terminar este apartado sin hacer hincapié en que el modelo romanista logra un resultado extremadamente curioso: una aparente neutralidad ideológica. En efecto, ello se deduce de una mirada, aunque sea sumaria a la ocupación y a la accesión. Una pregunta que los juristas de la tradición continental no se hacen o se hacen con muy poca frecuencia es la relativa a cómo nació la propiedad individual y exclusiva; y no se lo hacen, precisamente por estar embebidos en la tradición del Derecho Romano; aunque sin duda también influye en ello la particular actitud de *Isoliierung* del jurista, cuyo particular estatuto metodológico casi le exige no hacer cuentas con sociólogos y antropólogos, y en limitadas ocasiones con economistas e historiadores, tal vez algo más con estos últimos. Por ello, no debe extrañarnos que sea un gran jurista inglés, experto conocedor de su propio sistema, del Derecho antiguo, y de ordenamientos no europeos, y al tiempo con un gran bagaje de Derecho Romano, H. Sumner Maine, quien nos ponga

ante la evidencia, cuando trata del singular modo originario de adquirir la propiedad, que es la ocupación. En efecto, el concepto de ocupación, inútil recordarlo, se apoya en el concepto de *res nullius*, lo que indica un estado ideal en el que, al menos por un momento, la cosa o las cosas, no fueron de nadie; hipótesis incomprobada, y que tal vez pudo acaecer, incluso significativamente; pero a su vez basada, de modo también absolutamente incomprobado, en que no hubo nunca un estado de propiedad colectiva, lo que sin duda fue bastante posible –los antropólogos nos dirán que en el principio fue la tribu–, y fue la *preda bellica* la que fundó la propiedad individual. Despreciando esta posibilidad, el genio romano inventa el vacío prejurídico, y destierra una bellicosidad originaria con el concepto de *res nullius*. No obstante la moderna romanística, en especial Labruna, cuando habla de la protección interdictal como fundada en la interdicción de la violencia (*vim fieri veto*) la concibe como un remedio que en el origen pretendió garantizar un *statu quo* de orígenes posiblemente no pacíficos.

La misma idea de neutralidad ideológica late en cuanto a la accesión continua (aceptándola como modo de adquirir originario, lo que se sabe discutido), dado que la visualización del modelo romanista es la del conflicto entre propietarios de cosas corporales, salvo el caso de la especificación, resuelto también con reglas propietarias; lo que viene a indicar que se desconoce el conflicto entre propiedad y trabajo, porque el mundo romanístico es un mundo de propietarios.

VII. LAS FUGAS TÉCNICAS DEL MODELO

Si anteriormente hemos puesto de relieve elementos de quiebra del modelo de propiedad codificado, de acuerdo con la tradición, ahora veremos, como además de ellos, existen fugas técnicas del modelo; es decir, realidades que aunque funcionalmente, desde el punto de vista económico, se equiparan a la de la propiedad, no pueden ser aprehendidas por el citado modelo: no caben dentro de él, aunque definan posiciones de señorío sobre objetos, o conjuntos de ellos, de elevada consideración económica

a) El primer supuesto arquetípico de la «fuga» indicada nos los suministra la configuración jurídica de la titularidad sobre los bienes inmateriales. Como resulta sabido, el modelo tradicional se articula como un poder que incide sobre cosas corporales no genéricas. Ello es tan claro para la doctrina tradicional que Windscheid enseña (sin una perplejidad, dice Grossi, resaltando la singular tautología que consiste en decir que propiedad es lo que es propio de alguno): *Eigentum bezeichnet, das jemanden eine (körperliche) Sache eigen ist*. Obsérvese, dentro de la general apodicción: *körperliche*, «corporal». A partir de esta premisa, toda una atormentada senda para encuadrar dentro de la propiedad todo lo que no sea «corporal», que ahora nosotros no hemos de recorrer, porque creemos que esa senda no lleva a ninguna parte, si partimos de la virtualidad del modelo propietario que la tradición y los

Códigos han acuñado, aunque éstos mismos hayan remarcado la posibilidad de una propiedad sobre creaciones del espíritu, dentro de su categoría (por otro lado heterogénea) de las «propiedades especiales». Y no conduce a ninguna parte, porque no hace las cuentas de los conceptos con la historia, ineludible si no se quiere permanecer sofocado en la trampa del prestigio secular de la palabra «propiedad», sin apercibirnos de que ha servido para acuñar un derecho concreto de una sociedad que no conocía, ni podía conocer, por su estructura económica y social, la realidad de los llamados «bienes inmateriales». Por ello, cuando de éstos se trata, hay que hablar más de «fuga» del modelo, que de «quiebra» del modelo.

En efecto, nos dice Rescigno, tras la codificación, y desde el siglo pasado, poco a poco se iban afirmando sobre el plano económico y político nuevas clases sociales, distintas al propietario fundiario, protagonista del Código; clases que no sólo reclaman el acceso a la propiedad «tradicional», sino que piden el reconocimiento de «nuevas formas» de propiedad, siendo los ejemplos más significativos los de la «propiedad comercial» (de cuyo singular papel de encrucijada del Derecho Civil hemos hablado), la «propiedad industrial», y, añadimos nosotros, en algo menor medida originariamente, pero con acrecida y creciente importancia en los tiempos que corren de la «era de las comunicaciones», la «propiedad intelectual». El mismo civilista italiano nos dice que desde el principio fue rechazado para la titularidad de estos bienes, el concepto de propiedad; lógico, porque, surgidos al calor del progreso técnico y cultural, eran susceptibles de ser adquiridos, transferidos, y disfrutados fuera de los esquemas de la propiedad, que en la visión del Código era, como dicho queda, la propiedad fundiaria; no sólo eso, sino que además entran, en ocasiones, en conflicto, como es el caso de la «propiedad comercial».

Pero todo ello era signo de la existencia de poderes económicos que escapaban de las visiones codificadas. Ante todo, las creaciones intelectuales, industriales, todas las del ingenio, producían bienes que se distinguían de las cosas corporales, no sólo por un dato «material», sino por dos datos económicos: su posibilidad de dar utilidad infinitas veces y su nacimiento en torno a la organización económica. Este último nos conduce al corazón del problema: las «nuevas formas de propiedad» florecen sobre todo en las actividades económicas que un sujeto desempeña sirviéndose de bienes de otro sujeto. Por eso, en el fondo, y además corresponde a la historia de estos bienes inmateriales en un tiempo objeto de titularidades concedidas, *octroyées*, «privilegios», por pertenecer a las regalías de las Coronas, la «propiedad» no es otra cosa que un derecho de monopolio o exclusiva; comparte con la propiedad tradicional el *ius excludendi ceteros*, esencial en ésta; pero su distinto aliento histórico y su peculiar utilización económica, alejan tanto las disciplinas concretas, que si se profundiza algo en ellas, hace llegar a la conclusión que sólo se puede llamar «propiedad» a las titularidades sobre bienes inmateriales de un modo traslaticio, casi por comodidad de la mente. No obstante, mantienen una estrecha relación, pero desde el instante en que dichas titularidades están ligadas a la actividad económica organi-

zada, la relación hay que clarificarla desde otro punto de vista, que indica precisamente otra esencial «fuga» del modelo; tal vez no «otra» esencial, sino «la» esencial. Esa perspectiva, obvio resulta, es la de las relaciones entre propiedad y empresa.

b) La cuestión de la relación entre propiedad y empresa no es más que un capítulo o sector de toda la compleja problemática de la construcción jurídica de aquélla, desde el «padre fundador» Wieland hasta nuestros días. Habría que añadir que este capítulo no es el que más importancia práctica puede tener en sí, aunque podría ser presupuesto para la solución de algunos que sí la tienen, y mucho; por ejemplo, la empresa como criterio de delimitación para la aplicación del Derecho Mercantil, o el tratamiento de la venta o cesión de la empresa.

No es el caso de entrar, ni sería propio de la economía de este discurso, y ni siquiera lo consideramos absolutamente necesario, en los aspectos generales de la doctrina jurídica de la empresa, ni pronunciarnos sobre la posibilidad de un concepto jurídico unitario de la misma o sobre la alternativa atomística a éste. Nuestro objetivo es más limitado: tan sólo intentar establecer las relaciones entre la posición jurídica del titular de la empresa en cuanto tal titular y el derecho de propiedad. Se nos puede refutar la supuesta limitación del objetivo y decir que o presupone saber cuál es la configuración jurídica de la empresa o no es más que el enésimo intento de teorizar sobre esa configuración. No concedemos valor a esa refutación, porque nuestro razonamiento sale de un punto de partida mínimo que es compatible con cualquier configuración jurídica de la empresa que se postule, incluyendo la llamada «atomística», que en España ha encontrado su principal sostenedor en Garrigues, el más grande mercantilista del siglo que termina, y tal vez el privatista del mismo, al lado de De Castro. Tal punto de partida mínimo parte de la constatación de que la empresa siempre supone un conjunto de bienes, sobre los que versa un acto de destinación de un sujeto, el empresario, a una determinada actividad (Nicolo). Ello no prejuzga ni el nexo jurídico que pueda unir al conjunto de bienes, ni la unicidad o pluralidad de los títulos que pueda el sujeto ostentar sobre cada uno de ellos, ni si la empresa es el conjunto de dichos bienes, ni si es ese conjunto añadido a la actividad, o es la actividad misma. Lo único que pone de relieve es la existencia de un genérico acto de destinación de bienes, que además no se identifica sino parcialmente con la organización económica empresarial y el desempeño de la actividad subsiguiente. En estos limitados términos, conscientemente queridos, la pregunta es si el poder jurídico para tal acto de destinación puede ser llamado propiedad.

Como siempre, y más allá de artificios técnicos más o menos ingeniosos, la pregunta se resuelve en la historia: tal poder del empresario nunca ha sido concebido como una manifestación de la propiedad, de acuerdo con el modelo tradicional; ha estado ligado históricamente a cualificaciones personales previas para ejercerlo, y en cualquier caso, modernamente, el que lo ha ejercido queda sometido (o privilegiado, si se quiere) a un propio estatuto; el Derecho que giraba en torno a ese poder de destinación tradicionalmente se ha distinguido por su deliberado deseo de apartarse de un Derecho Civil, nucleado sobre la propie-

dad, porque en el fondo la contemplada por él es la propiedad fundiaria; y de todo esto resulta que el mencionado acto de destinación tiene un carácter absolutamente heterogéneo, pues versa sobre bienes objetivamente heterogéneos jurídicamente hablando, y en función de variados títulos, que van desde la propiedad *sensu stricto* a un mero derecho personal.

Con estas premisas, que no parecen discutibles, en cuanto suministradas como datos empíricos del acaecer histórico, podemos llegar a una conclusión que tampoco nos parece dudosa: la realidad de la empresa, se la pueda configurar de manera unitaria o no, desde el punto de vista jurídico no es susceptible de ser reconducida a los esquemas de la propiedad, como no sea nada más que de modo traslaticio, como imagen del lenguaje, y comodidad, repetimos, de la mente; no es que las notas del modelo propietario padezcan quiebras cuando se quiera referir a él el poder del empresario sobre la empresa; es que, de nuevo lo decimos, «se fuga»; no cabe en ella.

Cosa bien distinta, pero que no es traducible en términos de formulación de un poder jurídico concreto (un derecho subjetivo), es que la figura del empresario, en la evolución del capitalismo hacia formas más dinámicas de las originarias, se subroga en el papel protagonista histórico del propietario fundiario, o del propietario a secas: se verá enseguida porqué se dice esto.

Porque lo que es un trazo característico esencial del Derecho Privado moderno es, precisamente, una cada vez más intensa disociación entre propiedad y control de la riqueza; recuérdese a estos efectos que el fenómeno ha sido detectado como un desenvolvimiento natural del sistema capitalista, que unas veces ha provocado una suerte de buena nueva a predicar por los *managers* (viene imperiosa la evocación del «catecismo» de Berle y Means, que hablan de éstos como «nuevos depositarios de la fuerza espiritual del propietario»), y otras (con frases también catequísticas) como el origen de una «nueva categoría de parásitos en la forma de inventores de proyectos, fundadores y directores que son tales sólo de nombre» (Marx). Con independencia de planteamientos valorativos, y partiendo de que el principal sujeto del tráfico económico en el mundo moderno es la sociedad por acciones, no parece muy discutible que el principio de igualdad de los accionistas (en última instancia, un principio de igualdad propietaria) no ha evitado el dominio de los efectivos gestores de los «paquetes de control», los grandes *managers*; es más, éste es el fenómeno significativo del capitalismo moderno, en el que la propiedad y el control de la riqueza van por caminos distintos: asegurar la «igualdad» de aquélla no significa asegurar ni siquiera la efectiva participación de los propietarios. En este contexto, y como conclusión sólo jurídica, el abismo entre propiedad y empresa, más allá de fenómenos del lenguaje y categorizaciones técnicas más o menos ingeniosas, se vuelve infranqueable.

En este sentido, se puede sostener que las dos nociones de propiedad y empresa son autónomas, y una puede existir sin la otra (Irti).

d) Ripert, con su aguda percepción de la evolución jurídica del sistema capitalista, pone de manifiesto una singular fuga del esquema de

la propiedad, al hilo del crecimiento cada vez mayor de la riqueza mobiliaria. Esta riqueza suele exteriorizarse en la propiedad de un título, que da derecho a un valor. El fenómeno, siempre en el pensamiento del jurista francés, puede ser explicado jurídicamente de la siguiente forma: la propiedad del título es propiedad sobre un valor, un beneficio derivado de actividades realizadas por otros. De esta manera, y pese a la apariencia de una propiedad, la que versa sobre el título como objeto, el supuesto propietario es en realidad un acreedor. Ripert, con buen sentido y apego a la tradición conceptual, se apercebe que de no ser así, tendríamos que empezar a movernos dentro del, ya lo hemos visto, resbaladizo terreno de la propiedad sobre cosas incorporeales. Pone así de relieve otro supuesto de la «fuga» de que venimos hablando. Por cuenta propia, debemos añadir que, en gran medida, el resultado se debe al desdoblamiento entre propiedad y empresa, dado que ese valor a que se tiene derecho como acreedor suele estar generado por una actividad que realizan otros con medios ajenos: precisamente los capitales de adquisición de los títulos.

VIII. UN CONCEPTO DE PROPIEDAD

Con el ya no pequeño bagaje que todos los aspectos analizados componen, se puede ensayar una definición de propiedad. Descansa esa definición en la reunión de cuatro notas, cuya conjunción permite identificar el concreto derecho subjetivo que llamamos derecho de propiedad privada, o sintéticamente y por antonomasia, propiedad.

La primera nota sería, por las razones que ya hemos apuntado, que provocan la fuga del modelo propietario de los llamados bienes inmateriales, la corporalidad del objeto.

La segunda nota, la que podríamos llamar «plenitud relativa». En la terminología que emplean Wolff-Raiser indicaría un «núcleo positivo»: esa plenitud definiría abstractamente un poder del sujeto privado identificable como el mayor posible para una determinada categoría de bienes, en función de los «límites» (que no las «limitaciones»), deducidos del conjunto del Ordenamiento, y muy señaladamente, de la «función social», de acuerdo con la configuración axiológica y normativa que la Constitución manda atender. Sólo entendida de este modo, la plenitud del derecho de propiedad puede salvar la aporía entre el paradigma de ilimitación que toda la acumulación ideológica del modelo liberal originario impone y la realidad del Ordenamiento, plagado de límites, ya existentes en el momento de las definiciones codificadas.

Una tercera nota sería el *ius excludendi ceteros*. De acuerdo con la misma terminología antes invocada, y como negativo obligado, la exclusividad indicaría el «núcleo negativo» del derecho de propiedad. Hablamos ahora de que, siempre dentro del ámbito del núcleo positivo, y presuponiendo éste, la propiedad genera una suerte de eficacia defensiva, que tiene dos manifestaciones esenciales, una la oponibilidad *erga omnes*, otra el rechazo a la propiedad colectiva; ambas son indivisibles

como manifestaciones de la exclusividad, si se quiere permanecer en el ámbito de los derechos reales, que es, ocioso resulta decirlo, premisa inexcusable para permanecer en el ámbito de la propiedad, el derecho real por excelencia. En efecto, la oponibilidad *erga omnes* se puede considerar una raya distintiva entre los derechos llamados absolutos y los derechos llamados relativos: aunque el arquetipo del derecho absoluto sea el derecho real (y singularmente, por cierto, la propiedad), y el arquetipo del derecho relativo sea el derecho de crédito, es bien sabido que los pares derecho absoluto-derecho y derecho real-derecho de crédito no coinciden con exactitud, siendo muy significativos los mecanismos de oponibilidad frente a todos de los derechos de crédito, por sí mismos, o al hilo de los instrumentos de la publicidad registral; en cambio, la incompatibilidad de la manifestación de la exclusividad consistente en la negación de la titularidad colectiva (en su genuino sentido de solidaria) es específica no de los derechos absolutos, sino de los derechos reales; aunque no se logre identificar derechos reales con derechos absolutos y derechos de crédito con derechos relativos (si bien tendencialmente, como queda apuntado, para la inmensa mayor parte de los derechos patrimoniales privados la distinción es la misma), en los derechos de crédito sí cabe la titularidad solidaria, al contrario que en los derechos reales donde la pluralidad de titulares se resuelve, aun con las aporías señaladas, en la figura de la comunidad por cuotas.

No es argumento contra la exclusividad del dominio el llamado *ius usus inoqui*, que, aparte de su debilidad institucional, debe ser construido como una especie de los «actos de tolerancia» (Montés).

La cuarta nota es el carácter fundante y no fundado, del derecho de propiedad, con respecto a los otros *iura in re*. No se emplea el término «fundamental», para evitar equívocos sobre la posición constitucional de la «propiedad», aunque creemos que en una visión estricta de los «derechos fundamentales», la «propiedad constitucional» no lo es. Con la nota del «carácter fundante» se quiere indicar una especial posición técnica en la creación de los derechos reales; del derecho de propiedad pueden derivar derechos menores; él mismo, como el mayor de los derechos hipotetizables, no puede derivar de ningún otro derecho subjetivo patrimonial privado. En este sentido es el único derecho real fundante de otros derechos reales y no fundado por ninguno de ellos. No obsta a esta conclusión el que se pueda pensar en alguna hipótesis de derecho real limitado no fundado en la propiedad, porque no se está diciendo que sea el único fundante. Por lo demás, los supuestos de derechos reales limitados no basados en una titularidad plena previa son extrañísimos, por no decir inexistentes; piénsese, por ejemplo, en el ejemplo, de virtualidad puramente escolar, de la adquisición de un derecho real limitado por ocupación, cuya misma posibilidad legal viene puesta en cuestión por los términos del Código Civil.

La concurrencia conjunta de las cuatro notas identifica un tipo de derecho al que se puede llamar, y sólo a él, propiedad. En palabras llanas, un derecho patrimonial privado, el más pleno posible, con carácter general sobre una determinada categoría de bienes corporales, oponible *erga omnes*, insusceptible de titularidad solidaria, y no derivado de otro

derecho subjetivo de mayor contenido de facultades, es la propiedad, y sólo él es la propiedad.

IX. CODA AUTONÓMICA

a) Sentado como principio general de la disciplina constitucional de la propiedad la necesaria reserva de Ley, surge la siguiente pregunta: ¿las leyes autonómicas, las emanadas de los Parlamentos regionales, ¿pueden reglamentar la propiedad privada? En otros términos, la reserva de Ley, ¿es sólo la Ley emanada de las Cortes Generales?

La respuesta, como tendremos ocasión de ver, no es sencilla. En principio parece repugnar que la regulación de uno de los «derechos y deberes de los ciudadanos», es decir, una pieza clave de todo el entramado constitucional, no sea objeto de una determinación unitaria para todo el territorio del Estado. Lo que sucede es que la afirmación anterior, de enorme peso en abstracto, cierra la cuestión de manera harto simple, que no puede dejarnos enteramente satisfechos, al menos *a priori*. No se ignora que, en efecto, «todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado» (art. 139.1 de la CE), y que «las diferencias entre los Estatutos de las distintas Comunidades Autónomas no podrán implicar en ningún caso privilegios económicos y sociales» (art. 138.2 de la CE). Ahora bien, tales preceptos no suponen una rigurosa uniformidad en la regulación de derechos y obligaciones porque, como ha tenido ocasión de decir el Tribunal Constitucional precisamente al enfrentarse con una presunta inconstitucionalidad de uno de los «derechos y deberes de los ciudadanos» (la libertad de empresa *ex art. 38 de la CE*), por ser objeto de disciplina por Ley autonómica:

«Si no hay en los preceptos estudiados... lesión de la libertad que consagra el artículo 38 de la Constitución, es forzoso pasar a contrastarlos con los principios que enumera el artículo 139, cuya vulneración también se aduce.

El primero de tales principios es el de igualdad en derechos y obligaciones de todos los españoles en cualquier parte del territorio nacional. Es obvio, sin embargo, que tal principio no puede ser entendido como una rigurosa y monolítica unidad del ordenamiento, de la que resulta que, en igualdad de circunstancias y en cualquier parte del territorio nacional se tienen los mismos derechos y obligaciones. Esto no ha sido así nunca entre nosotros en el ámbito del Derecho privado y con la reserva antes señalada, respecto de la igualdad en las condiciones básicas de ejercicio de los derechos y libertades no es ahora resueltamente así en ningún ámbito. Es cierto que esta diversidad se da dentro de la unidad y que, por consiguiente, la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas no puede regular las condiciones básicas de ejercicio de los derechos o posiciones jurídicas fundamentales que quedan reservadas a la legislación del Estado.»

Obsérvese que estamos en el campo de las garantías institucionales de los ciudadanos con contenido económico, es decir, en el mismo en que se desenvuelve la propiedad privada.

Deducimos, pues, que son las condiciones básicas de ejercicio de los derechos, en nuestro caso de la propiedad, las que de manera indeclinable quedan reservadas al poder legislativo del Estado. Pero condiciones básicas, y es conclusión que también se infiere de la doctrina citada del Alto Tribunal, no es toda la regulación. Luego no es incorrecto plantearse, y mucho menos para el caso de la propiedad, «derecho subjetivo debilitado», la existencia de un posible ámbito de la Ley autonómica. ¿Cuáles son esas condiciones básicas del ejercicio del derecho de propiedad? La solución no puede venir ofrecida tan sólo por razonamientos de carácter general y abstracto sobre el derecho de propiedad. Es menester antes, de manera preliminar, tomar posición sobre un problema, que de alguna manera se superpone, aunque tal vez sólo de modo parcial, a la inquisición antes expresada. Nos referimos al discernimiento de si la propia Constitución española no ofrece a las Comunidades Autónomas títulos competenciales para incidir, con su potestad legislativa, en el régimen de la propiedad privada. Ésta, como es bien notorio, es una institución civil, forma parte del Derecho Civil, es su núcleo más íntimo y esencial, como el derecho subjetivo por excelencia. Dicha constatación nos coloca, en una primera aproximación, ante el precepto constitucional que opera los deslindes competenciales (entre el Estado y las Comunidades Autónomas) en el terreno de las materias civiles. Se trata del artículo 149.1.8 de la CE, a cuyo tenor:

«El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:
... 8.º Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por la Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial.»

Conjugando ambos datos (la propiedad es una institución civil, la legislación civil es competencia exclusiva del Estado), y permaneciendo en la esfera de esa primera aproximación, podríamos concluir que la propiedad privada es objeto de la legislación civil, y, como consecuencia, su régimen competencia exclusiva del Estado. No sólo el de sus condiciones básicas como una garantía institucional, sino todo el régimen por obra del título competencias concreto *ex* artículo 149.1.8.º de la CE.

Sin embargo, no podemos aquietarnos con tal conclusión, pese a su atractiva linealidad lógica. La realidad del Ordenamiento es mucho más complicada, e introduce elementos que hacen dudar de la lógica predicha.

De entrada está el dato de que, en todo caso, para subsumir un determinado bloque normativo dentro del concepto que expresa el artículo 149.1.8.º de la CE con el sintagma «legislación civil», debemos saber cuál es su real alcance y significado dentro del expresado precepto. Como vamos a ver a continuación, no están excesivamente claras las cosas en este dominio.

Parece que, de lo que se puede deducir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la doctrina que se ha ocupado de estas incumbencias, por legislación hay que entender legislación material, comprendiendo los reglamentos ejecutivos. Mayor problema plantea el calificativo «civil», que, según el Tribunal Constitucional (aunque hay que inducirlo de sentencias en las que se planteó idéntico problema respecto a las expresiones, también usadas por el 149.1 de la CE, «legislación mercantil» y «legislación laboral», ha de ser fijado sin referencia a los grandes sectores sistemáticos del Ordenamiento tal como los entiende la doctrina, pues ello es objeto de una polémica siempre viva y manejando, en cuanto sea posible, nociones intrínsecas a la propia Constitución, con el recurso añadido del uso habitual.

Con estos datos ha sido propuesto (Bercovitz) un conjunto de criterios para la determinación de lo que sea «legislación civil» en el artículo 149.1.8.º y que vendría a ser como sigue: quedarían excluidas de la «legislación civil», a estos efectos, todas las «legislaciones» apellidadas expresamente en el artículo 149.1 de la CE del mismo modo que todas las materias mencionadas en los artículos 148.1 de la CE y 149.1. de la CE (sin ser «legislaciones» o «legislaciones básicas»), que pudieran tener con el Derecho Civil alguna relación, «más o menos intensa»; de otro lado, quedarían incluidas las materias que el propio artículo 149.1.8 de la CE considera «en todo caso» competencia exclusiva del Estado, puesto que ello implica, obviamente, en el contexto del artículo, que son «legislación civil»; incluidas asimismo quedarían las materias reguladas en el Código Civil y en las Compilaciones forales, aun en el caso de que se ocupen de temas correspondientes a la teoría general del Derecho; y también dentro del concepto «legislación civil» se comprenderían los temas civiles de leyes administrativas, cuando se trate de leyes no incluidas expresa o indiscutiblemente en las materias, legislaciones y normas básicas enumeradas en los artículos 148.1 y 149.1.

A nosotros nos parece claro, sin disentir básicamente del importante esfuerzo analítico efectuado, que todas las materias a que se refieren las atribuciones competenciales del 149.1 de la CE están excluidas de lo que por «legislación civil» se entiende en el 149.1.8.º de la CE; si bien tangencialmente, o en abstracto, se pudieran considerar incluidas (piénsese, *ad exemplum*, en la propiedad intelectual); aunque creemos, asimismo, que no se avanza demasiado con ello en el corazón del problema (delimitación competencial de las atribuciones del Estado y las Comunidades Autónomas en el 149.1.81 de la CE) porque por definición todas las competencias del 149.1 de la CE son exclusivas del Estado; también se comparte lo afirmado en relación con las materias del Código Civil y las Compilaciones forales, y el segundo inciso del 149.1.8.º de la CE.

En cambio, aunque tampoco nos apartemos, en general, de la consideración que se hace de las materias del 148.1 de la CE, que guarden una relación «más o menos intensa con el Derecho Civil», y de lo dicho acerca de los temas civiles de leyes administrativas, cuyo título competencias no traiga cabecera expresa o indiscutible de los artículos 148.1 y 149.1 de la CE, creemos obligado hacer alguna matización.

En efecto, decir que quedan excluidas de la legislación civil (a los efectos del art. 149.1.8.º de la CE) todas las materias mencionadas en el artículo 148.1 de la CE «que pudieran tener alguna relación con el Derecho Civil, más o menos intensa» es formalmente cierto. Lo que sucede es que, a nuestro juicio, el real problema a dilucidar no es, en abstracto, sino hasta dónde los títulos competenciales del artículo 148.1 de la CE habilitan a las Comunidades Autónomas para incluir en las Leyes que de esos títulos traigan causa aspectos civiles (la relación «más o menos intensa»), sin invadir el ámbito de la «legislación civil» competencia exclusiva del Estado, *ex* artículo 149.1.8 de la CE, y sin caer, en consecuencia, en ilegitimidad constitucional.

Por utilizar los ejemplos más nítidos, pensemos en las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de urbanismo y en materia de agricultura. ¿Hasta dónde habilitan para conformar la propiedad inmobiliaria? Cualquier determinación que afecta a la propiedad, conectada funcionalmente con el ejercicio de esas competencias estatutarias, ¿es constitucionalmente legítima, o bien hay un «núcleo duro» en la legislación civil, en cuanto competencia exclusiva del Estado, que bajo ningún supuesto puede ser afectado por el ejercicio de esas atribuciones sectoriales? Si la opción es la segunda, ¿cómo se individualiza dicho núcleo?

Y, a poco que se piense, el problema es idéntico cuando se trata de leyes administrativas no incluidas expresa o indiscutiblemente en los catálogos del 148.1 y 149.1 de la CE, pero que contienen materia civil: el que el título competencial no sea expreso o indiscutible planteará el problema de la adecuación constitucional de la asunción efectuada por el Estatuto; pero prescindiendo de este problema, que se coloca en otra sede, la cuestión es la misma: una vez atribuida una competencia en un determinado campo a una Comunidad, establecer los límites en que la legislación sectorial autonómica correspondiente puede incluir aspectos civiles, sin adentrarse en los dominios prohibidos del artículo 149.1.8 de la CE, por estar reservados al Estado.

Dicha cuestión fue abordada, en términos concretos, por la Sentencia, ya mencionada, del Tribunal Constitucional 37/1987, de 26 de marzo, sobre la Ley de Reforma Agraria andaluza. En el recurso se alegaba por sus promotores, como vicio de inconstitucionalidad que afectaba a toda la ley, de alguna manera, que al regular la función social de la propiedad se estaba regulando la propiedad, con invasión de la competencia exclusiva del Estado *ex* artículo 149.1.8.º de la CE. El argumento fue rechazado por el Tribunal, con el razonamiento consistente en afirmar que:

«... la delimitación de los poderes del propietario se opera no sólo ya en la legislación civil, sino también en aquellas leyes que cuidan principalmente de los intereses públicos a los que se vincula la propiedad privada... La legislación agraria, cuyos objetivos conducen a una regulación de la propiedad de la tierra destinada a usos agrícolas se superpone a la legislación civil propiamente dicha.»

No aclara la sentencia en ningún momento qué es «legislación civil propiamente dicha», pero declara que resulta evidente que, si la

Comunidad Autónoma es titular de una competencia específica, para legislar en materia de reforma y desarrollo del sector agrario, dicha competencia incluye, asimismo, la posibilidad de legislar sobre la propiedad de la tierra y su función social dentro del territorio de Andalucía. En estas condiciones, y pese a que creemos correcta la solución, la argumentación no deja del todo satisfechos. La afirmación de que la delimitación de los poderes del propietario opera no ya sólo en la legislación civil, sino también en aquellas otras leyes que cuidan principalmente de los intereses públicos, resulta cuando menos discutible en la medida en que evoca una distinción estanca entre leyes que cuidan de los intereses públicos, y leyes que no hacen tal, retro trayéndonos (aunque sea de modo no consciente) al mundo superado de las viejas diferencias entre Derecho Público y Derecho Privado, incapaz de explicar, entre otras cosas, el nuevo rostro del Derecho Civil de nuestro días.

Más bien parece cierto que leyes que modelan *ab intrinseco* el haz de facultades del propietario es muy difícil no calificarlas como legislación civil o, si se quiere, legislación que afecta al Derecho Civil; lo que sucede es que ello no tiene por qué convertirlas, de modo necesario, en la «legislación civil» de que nos habla el artículo 149.1.8 de la CE, y sobre tal cosa volveremos inmediatamente.

Porque el corazón del problema es realmente otro, que ya habíamos enunciado en términos abstractos y ahora hacemos en términos concretos: atribuida la competencia específica para legislar en materia de reforma y desarrollo agrario, es absolutamente imposible, y la propia sentencia levanta acta de esa imposibilidad, concebir que la actuación sobre los poderes del propietario no sea en alguna medida competencia de la Comunidad Autónoma, puesto que una posición absolutamente negadora de tal atribución tendría como consecuencia el vaciamiento de la competencia. De esta manera, la sentencia se ve en la necesidad de cumplir una operación doble: por un lado, atribuir a la Comunidad Autónoma una cierta capacidad legislativa en el área de las instituciones civiles; por otra, negar que el resultado del ejercicio de esa capacidad sea «legislación civil». A nuestro modo de ver, como ya hemos dicho, el resultado es correcto, aunque el discurso argumental de la sentencia no sea demasiado satisfactorio, quizás y más que por otra cosa, por poco explícito. Creemos que esta solución viene avalada por lo que, a nuestro juicio, quiso realmente el constituyente al establecer como competencia exclusiva del Estado la «legislación civil»: evitar la producción de una suerte de codificación civil autonómica, o de legislación civil autonómica paralela a la legislación civil complementaria del Código, pero en ningún caso impedir la acomodación sectorial de la disciplina al ejercicio de competencias autonómicas.

En esta perspectiva, sí cobra sentido el que la Sentencia 37/1987 nos hable de la existencia de una legislación civil no propiamente dicha en el caso de la propiedad; porque, en efecto, y aunque no hemos de poner en duda el carácter «civil» –si se quiere, el carácter civil por excelencia– de la propiedad privada, ello no debe ofuscarnos a la hora de efectuar la comprobación de que su regulación está contenida en normas que exceden lo que de modo tradicional (*loci communes*, «legislación civil» a

efectos del art. 149.1.8.º de la CE) se ha entendido por «leyes civiles». La doctrina del Tribunal Constitucional ha seguido caminando en esta dirección, y hoy se puede considerar consolidada la doctrina tras las sentencias en recursos de inconstitucionalidad planteados contra las Leyes de Aguas (STC 227/1988, 29 de noviembre), Costas (STC 149/1991, 4 de julio), y Suelo (STC 61/1997, 20 de marzo). Especialmente contundentes son los pronunciamientos en este punto, de esta última.

b) Este es el planteamiento, creemos, del problema en sus términos más generales. Debemos, sin embargo, resolver una cuestión y es si ese planteamiento es válido del mismo modo para todas las Comunidades Autónomas. Ello remite a la postura que se adopte ante la extensión de la competencia legislativa en materia civil de aquellas Comunidades Autónomas en las que existan Derechos forales o especiales, pues es de dicho dato de donde podría brotar un factor de diferenciación. El tema, por cierto, no es nada pacífico.

Según una primera tesis la existencia de una Compilación de normas de Derecho foral significa una excepción a la exclusiva competencia legislativa civil del Estado, excepción que tiene en el contenido mismo de dicha Compilación el núcleo institucional al cual se extiende, lo que implica que el desenvolvimiento de los Derechos Civiles forales (la «conservación, modificación y desarrollo» de que habla el art. 149.1.8 de la CE) ha de ceñirse a ese núcleo, sin más virtualidad expansivo. En cambio, otras posturas llegan, aun con diversos matices, a conclusiones menos restrictivas en relación con la competencia civil de la Comunidades Autónomas de territorios donde exista Derecho foral. El núcleo esencial, empero, de que parten todas ellas es que los únicos límites claros a la potestad regional son aquellos en que la Constitución *expressis verbis* atribuye la competencia civil en exclusiva al Estado. Sin embargo, dentro de esta general afirmación no quedan excluidos matices distintos. Hay quien afirma que la reserva al Estado viene constituida por la salvedad de las excepciones contempladas en la segunda frase del artículo 149.1.8 a de la CE, más la regla 2.ª (nacionalidad), la 6.ª (Derecho Mercantil) y la 9.ª del 149.1 (propiedad intelectual y propiedad industrial), pudiendo ser objeto de legislación foral todo el resto de la materia civil. Para algún otro, partiendo de similares premisas, el ámbito del posible Derecho civil foral sería no el determinado por el actual contenido institucional de las Compilaciones, sino por la fuerza expansiva de los principios informadores de cada Derecho foral, pues éstos tienen carácter de sistema y posibilidades de autointegración, fuerza expansiva que en un proceso temporalmente indefinido puede afectar a todas las instituciones. De manera algo más templada se ha sostenido que, siendo las Compilaciones expresión de un sistema jurídico propio, la extensión de la actualización de cada Derecho foral dependerá del ámbito actual de su Compilación, conjugado con las necesidades de actualización del sistema jurídico que representa, pudiendo, si esas necesidades existen, extenderse a instituciones conexas o colindantes con las ahora reguladas.

Nosotros no podemos entrar ahora en un análisis crítico pormenorizado de las distintas tesis puestas al fuego del debate en este tema, y

que posiblemente sólo hallen solución en un hipotético pronunciamiento del Tribunal Constitucional. De cualquier forma, parece claro, y se ha dicho por todos, que la opción del constituyente no fue en materia de Derecho Civil una opción autonomista, sino foralista. Si la existencia de Compilaciones es la condición objetiva de la competencia en materia civil, no parece tener mucho sentido que esas Compilaciones y su articulación actual no sean en alguna manera (y aquí puede estar lo discutible de las tesis más restrictivas) la medida de la competencia.

No creemos que se pueda dar el salto lógico de que la existencia de Derecho foral justifica una expansión de la legislación civil en todas las direcciones de las atribuciones asumidas estatutariamente: el título habilitante para poseer competencia civil es la Compilación, y lo configura así directamente la Constitución. La competencia civil no puede fundarse en los Estatutos (aunque se deba desenvolver dentro de su ámbito). Si ello fuera así, no habría razón lógica alguna para no atribuir idénticas potestades a las Comunidades Autónomas sin Derecho foral, cuando la asunción estatutaria fuera la misma: si se trata de materias que no son objeto (más o menos extenso) de regulación foral, a igualdad de atribuciones, igualdad de instrumentos jurídicos para actuarlas. En estas condiciones nos parece que, en términos prácticos, la última de las posturas descritas se acerca a conjugar, de modo realista, la capacidad autointegradora de los sistemas de Derecho foral con la necesidad de la ceñir dicha capacidad, si no se quiere hacer venir a menos el texto constitucional, a las articulaciones esenciales de aquéllos.

De cualquier forma, y se parta de unas u otras tesis, el análisis del contenido de las Compilaciones forales pone de manifiesto que en algunas de ellas, la potestad legislativa correspondiente, puede incidir, y a título de Derecho Civil propio, en la institución de la propiedad. Se lleva la palma en este abanico de posibilidades la Compilación de Derecho Civil de Navarra, que contiene una extensa disciplina general de la propiedad y de varios derechos reales limitados; pero no es poco importante tampoco la regulación de la Compilación catalana, que versa sobre aspectos puntuales, pero de relieve, como los atinentes a los modos de adquirir, las relaciones de vecindad y la prescripción, ello sin olvidar pormenorizadas reglamentaciones de *iura in re* tan significativos como el usufructo, las servidumbres y la enfiteusis. Menor contenido tiene, en cambio, la Compilación aragonesa y aún menor la balear y la gallega, y prácticamente ninguno la de Vizcaya.

Nos preguntábamos algo más arriba si la cuestión de la competencia regional en materia de propiedad se planteaba en idénticos términos para las Comunidades con Derecho foral y para aquellas que no lo poseen. Ahora vemos que no se plantea de manera igual ni siquiera en las primeras, salvo que se adopte la tesis más extrema mencionada de que el hecho de disponer de Derecho foral habilite para toda legislación civil que no se reserve expresamente al Estado. Por resumir, diremos que hay Comunidades Autónomas con Derecho foral, que tienen competencias más o menos extensas en tema de propiedad, sobre la cual pueden dictar normas a títulos de Derecho Civil propio: hasta dónde puedan llegar

en esa tarea depende de la interpretación que se adopte sobre la capacidad expansiva de las Compilaciones, tomando partido en el debate que queda reseñado.

X. APÉNDICE: A CIVILIAN LAWYER LOOKS AT THE COMMON LAW

a) No se trata, como podría resultar de la evidente paráfrasis del conocido libro de Lawson, de seguir su propósito de explicar un sistema ajeno recurriendo a la «mirada del otro». En este caso, la vista al *common law* se propone otra finalidad. Se pretende, si bien de manera sumaria, hacer ver como las conclusiones obtenidas sobre el concepto de propiedad son subsidiarias de una cultura jurídica propia del sello romanístico, y que allí donde falta esta tradición, como es el caso del Derecho anglosajón, aunque se lleguen a conseguir resultados funcionalmente asimilables (Stein), todas las categorías asumen una diversa sistematización, y pertenecen a un arquitectura mental distinta.

Comencemos por algún esclarecimiento de orden terminológico. Para designar la propiedad en general, el Derecho inglés, matriz originaria del *common law*, utiliza dos palabras *property* y *ownership*. El primero, al cual se reconduce la categorización del sistema, llamada por eso *law of property*, es uno de los conceptos y de los términos más complejos del *common law*. Simplificando mucho, se puede decir que son dos círculos parcialmente secantes, lo que produce numerosas anfibologías (Gambaro), acompañadas de variadas denominaciones concretas de específicas formas jurídicas, de difícil encuadramiento.

Si se prescinde de esta cuestión, lo que ya comporta un grado de simplificación que puede provocar alguna inexactitud, deberíamos señalar que la contraposición entre *common law* y *civil law* se manifiesta de modo muy agudo desde el mismo terreno de los principios.

b) La razón principal, aunque no la única, es que el *common law* no ha recibido el concepto de *dominium*, que es el característico de los ordenamientos romanistas; por razones que derivan de la evolución histórica de los institutos fundiarios rige aún el principio de origen feudal (aunque se dice que sólo como *fictio*, en todo caso sin contenido económico) de pertenencia de todas las tierras del país a la Corona. Por ello, todo el que se encuentra en una relación jurídica sobre un inmueble se aproxima a un concesionario feudal (*tenant*, el nombre de dicha relación es precisamente *tenure*).

De esto derivan múltiples consecuencias, que aquí van abocetadas.

En efecto, la llamada *doctrine of the estate* (utilizado el término *estate* uno de sus posibles sentidos, *estate in land*, *real estate*, inmueble) consiente el concurso sucesivo y simultáneo de derechos plenos de propiedad, frente al horror romanístico al dominio dividido.

Y así, al no conocer el *common law* la propiedad alodial, ni el *dominium*, se desconoce una neta diferencia entre posesión y propiedad, de

lo que consiguen numerosas diferencias con el *civil law*: ninguna propiedad es absoluta, y su contenido se resuelve siempre en un mejor derecho a poseer; por ello mismo, no hay distinción entre acciones posesorias y acciones petitorias; no hay protección interdicial; no hay propia acción reivindicatoria, consiguiendo sus resultados con una multitud de acciones, muchas de ellas cuasi-delictuales, tales como la *action of trespass* o la *action of trover* o *of conversion*; no existe en términos generales la institución de la usucapión, salvo alguna excepción: el decurso del tiempo sólo se manifiesta en la *limitation of action* de aquel contra quien se posee, en un mecanismo afín a nuestra prescripción extintiva.

La misma ausencia del concepto de propiedad absoluta, unida al típico dualismo del sistema inglés *common law-equity*, da lugar a una dicotomía entre la *legal ownership* y la *equitable ownership*, dos formas de propiedad que no encuentran correspondencia en el *civil law*. Las consecuencias jurídicas de la dicotomía son extraordinariamente notables. La *legal ownership* constituye un *right in rem*, mientras que la *equitable ownership* es un *right in personam*, lo que ha permitido conjugando ambos niveles de protección construir la esencial figura del trust, de tan intensa utilización en el pasado y en el presente; el esquema es conocido: el *legal owner* es propietario en base al *common law*, y en consecuencia frente a los terceros; el *equitable* o *beneficial owner*, reconocido sólo por la *equity*, es titular sólo en las relaciones internas con aquel; pero si el *legal owner* viola (*breach of trust*) sus deberes fiduciarios, está prevista una serie de medidas y de sanciones para protección del *equitable owner*. Un esquema parecido funciona para la peculiar figura de garantía del *mortgage*, que hunde sus raíces en el histórico *vadium mortuum*, de la tradición germánica.

Las diferencias son algo menores cuando se trata de la propiedad de los muebles, aunque la distinción originaria del Derecho inglés no ha sido la que los apartaba de los inmuebles, sino sólo, y en los últimos estadios, tendencialmente coincidente entre *real property* y *personal property*. Empero, en este tema, en el *common law* rige el principio *nemo dat quod non habet*, y no la regla «posesión vale título», con una señalada excepción para la compraventa.

c) Finalmente, debemos señalar que la ordenación de la *law of property*, como ordenación general del *common law* se aparta, en las categorías que engloba, de un modo altamente significativo de la tradición romano-canónica o *civil law*.

En efecto, como muy bien resume De Franchis, la distinción básica de la *property* es la existente entre *real property* y *personal property*. La primera era la protegida por una *real action*, dirigida a la recuperación de un bien; pero como por razones históricas, las únicas cosas recuperables eran los inmuebles, se comenzó a hablar de éstos como *real property*. La segunda era la protegida por una *personal action*, pero sus subdivisiones encuadran, dentro de una articulación original del *common law*, supuestos de derechos reales y derechos de crédito, en la terminología del *civil law*. Véase: la *personal property* agrupa los llamados *chattels real* y *chattels personal*. A decir verdad, la única forma de *chattel real* es el *lease*, derecho de naturaleza real que tiene por objeto un *estate*,

derecho limitado en el tiempo, con profundas afinidades con la locación del *civil law*, pero con diferencias no poco significativas; el pormenor de ellas no puede ser efectuado en esta panorámica, sobre todo porque hay que efectuar previamente agudas disecciones conceptuales y terminológicas de carácter general. Las otras dos grandes distinciones de la *personal property* es la que corre entre *choses in action* y *choses in possession*. Las *choses in action* agrupan derechos y bienes inmateriales: créditos, acciones, títulos de crédito, marcas, fondos de comercio, derechos de autor, patentes; en principio, las reglas aplicables a la *ownership* y al *chattel corporeal* se aplican igualmente a las *choses in action*. Las *choses in possession* son los bienes muebles, también llamados *corporeal* o *material chattels*, para distinguirlos de las *choses in action*. En relación con esta distinción, se suele afirmar que la *personal property* está *in possession* o *in action* para indicar la posesión de ella, o la mera tenencia de un título de crédito.

Las diferencias, como se ve, son acusadísimas. Buscando trazos gruesos de similitud, los dos únicos posibles son la distinción entre *real action* y *personal action*, que evoca la romanística *actio in rem* y *actio in personam*, pero aplicada a realidades muy diversas, y de modo muy peculiar; y una tendencial, pero sólo tendencial, propensión a asimilar la *real property* a los bienes inmuebles y la *personal property* a los bienes muebles.

d) Un último apunte. Según Gambaro, en la tradición del *common law* anglonorteamericano se deben distinguir tres subtradiciones: la de técnica legal (que a la que van referidas las anteriores notas), la subtradición política y filosófica, que afronta el problema del fundamento metapositivo de la propiedad, y la subtradición de *jurisprudence* o *legal reasoning*. Sobre las complejas formulaciones e interrelaciones de unas y otras no podemos dejar aquí más que un indeciso boceto, señalando que la segunda, por obra de Locke operó una escisión entre búsqueda jurídica y filosófica, que le permite ser uno de los grandes teóricos y no sólo para el mundo anglosajón de la *private property*, escisión entre técnica legal y fundamento que intenta saldar Blackstone, y que ayuda a la configuración del Derecho norteamericano. Por lo que hace a la tercera subtradición, la de *jurisprudence*, y cuyos nombres significativos son Austin, Salmond y Hohfeld, se debe señalar que la deriva inglesa de *legal reasoning* distanciada de la explicación del derecho positivo, ha provocado desenvolvimientos muy diversos en Norteamérica, debido a que esa distancia no se permite en la enseñanza jurídica, al lado de una verdadera tradición científico-académica de la Universidad norteamericana en el campo del Derecho, y de su reflejo en la habilitación de la *legal profession*, datos ambos que, partiendo de comunidad de lenguaje y de cultura, marcan una cada vez más imparable extrañeza del Derecho inglés al Derecho norteamericano. En él perviven las extremas fundaciones históricas del *common law*, sin duda; pero las originalidades son de sonoro acento, y mucho más receptivas a las técnicas del propio *civil law*. Como es fácilmente comprensible, ahondar en estos fenómenos sale claramente del objeto propuesto aquí y ahora.

GUÍA DE AUTORIDADES

- BARNÉS, *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario*, 1988.
- BERLE Y MEANS, *The Modern Corporation and Private Property*, 1932.
- BERCOVITZ, «Las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho Civil», Primer Congreso de Derecho Vasco: La actualización de Derecho Civil, 1983.
- BOLAFFI, *La società semplice*, 1947.
- BUSSI, *La formazione dei dogmi del diritto privato nel diritto comune*, I, 1937.
- CAPILLA, *La persona jurídica: funciones y disfunciones*, 1984.
- CIMBALI, *La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali, con proposte di riforma della legislazione civile vigente*, 1885.
- COCA PAYERAS, «Tanteo y retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica», 1988.
- CRUZ VILLALÓN, voz «Derechos fundamentales», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, 1995.
- DI MAJO, «Il diritto soggettivo nell'ideologia dello stato sociale», *Anuario Bibliografico di Filosofia del Diritto*, III, 1967.
- DUGUIT, *Les transformations generales du droit priv, depuis le Code Napoleon*, 1911.
- DOMÍNGUEZ PLATAS, *Obligación y derecho real de goce*, 1994.
- FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, 1923.
- FORSTHOFF, *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*, 1954.
- GAMBARO, «La proprietà nel common law anglo-americano», en *Candian-Gambaro-Pozzo, Property-Propriet- Eigentum. Corso di diritto privato comparato*, 1992.
- GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, I, 1968.
- GROSSI, *Il dominio e le cose*, 1992.
- HÄBERLE, «1789 als Teil der Geschichte. Gegenwart und Zukunft des Verfassungsstaates», *Jahrbuch des öffentlichen Recht*, 1988.
- IHERING, *Das Zweck im Recht*, 1880.
- IRTI, *Proprietà e impresa*, 1965.
- JÖRS-KÜNKEL-WENGER, *Römisches Privatrecht*, 1949.
- JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativit. Theorie dite de l'abus des droits*, 1927.
- JUAN, P.P. XXIII, *Mater et magistra*, 1961.
- LABRUNA, *Vim fieri veto*, 1970.
- LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, III, 1979.
- LAWSON, *A Common Lawyer Looks at the Civil Law*, 1953.
- LEÓN, P.P. XIII, *Rerum novarum*, 1891.
- MAINE, H. S., *Ancient Law*, 1861.
- MARX, *Das Kapital*, III, 1894.
- MENGER, *Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volklassen. Eine Kritik des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich*, 1890.
- MIQUEL, *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1991, sub artículo 392.
- MONTÉS, *La propiedad en el sistema del Derecho Civil contemporáneo*, 1980.
- NICOLO, *Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile*, *Rivista del diritto commerciale*, I, 1956.

- PÉREZ LUÑO-R. FLÓREZ DE QUIÑONES, *Comentarios a la Constitución de 1978*, dirigidos por Alzaga, sub artículo 33, 1997.
- PUCHTA, *Cursus der Institutionen*, segunda parte (System und Geschichte), edición al cuidado de Krüger, Leipzig, 1893.
- PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, 1954.
- K. RENNER, *Die Rechtinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion. Ein Beitrag zur Kritik des bürgerlichen Rechts*, 1929.
- REY MARTÍNEZ, *La propiedad privada en la Constitución española*, 1994.
- RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, 1974.
- RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 1946.
- RODOTA, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, 1981.
- SALEILLES, «De l'abus de droit», *Bulletin de la société, d'études législatives*, París, 1905.
- SALVIOLI, *I difetti sociali delle leggi vigenti di fronte al proletariato e il Diritto nuovo*, 1906
- SOLARI, *Socialismo e diritto privato. Influenza delle odierne dottrine socialistiche sul diritto privato*, 1906, edición póstuma al cuidado de Ungari, 1980.
- STEIN, *Legal Institutions. The Development of Dispute Settlement*, 1987.
- VALVERDE, *Los códigos civiles modernos y el Derecho nuevo*, 1923.
- WINDSCHEID, *Lehrbuch der Pandekten*, I, 1879.

Para algunas de las cuestiones relativas a los datos constitucionales atinentes a la definición de propiedad, he utilizado largamente mi libro *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Madrid, 1988; asimismo, ciertos datos y planteamientos proceden de otros trabajos míos, en especial de «Constitución, Código y leyes especiales. Reflexiones en torno a la llamada descodificación», en *Libro del Centenario del Código Civil*, Asociación Española de Profesores de Derecho Civil, II, 1990; «Geny, Duguit, y el derecho subjetivo. Evocación y nota sobre una polémica», en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1991; y «Estado Social y sujeto privado. Una reflexión finisecular», en la misma revista. 1996.

El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito médico-sanitario^{*}

ESTHER GÓMEZ CALLE

Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *La relación entre el paciente y quien le procura la asistencia sanitaria: supuestos:* 2.1. Supuestos de asistencia espontánea en los que falta cualquier contrato. 2.2. Supuestos de contrato entre paciente y médico. 2.3. Supuestos en que media contrato entre el paciente y la institución que le procura la asistencia médica: 2.3.1. Contrato entre paciente y centro médico; 2.3.2. La prestación de asistencia a través de un seguro médico. 2.4. Relación de afiliación a la Seguridad Social.—III. *Trascendencia práctica de la distinción entre los supuestos de responsabilidad contractual y los de responsabilidad extracontractual.*—IV. *Criterios de imputación de responsabilidad civil en el ámbito médico-sanitario. En particular, la virtualidad de la culpa como criterio de imputación:* 4.1. La responsabilidad del titular del centro sanitario: 4.1.1. Responsabilidad patrimonial de la Administración; 4.1.2. Responsabilidad del centro sanitario por actos dañosos propios; 4.1.3. Responsabilidad del centro sanitario por actos dañosos ajenos. 4.2. La responsabilidad del profesional sanitario conforme al Código Civil: 4.2.1. La doctrina tradicional del Tribunal Supremo; 4.2.2. En particular, sobre la responsabilidad civil contractual; 4.2.3. La responsabilidad civil extracontractual y los síntomas de objetivación apreciables en la jurisprudencia. 4.3. Responsabilidad objetiva *ex LGDCU*. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En la jurisprudencia es común la afirmación de que la responsabilidad del personal médico-sanitario, sea del tipo que sea (contractual o extracontractual), ha de fundamentarse en un reproche culpabilístico, subrayándose cómo en la práctica de la Medicina confluyen demasiados elementos aleatorios como para que en su ámbito pueda consagrarse una responsabilidad objetiva; una responsabilidad de este carácter, se dice, vendría a lastrar enormemente la labor de los médicos y demás

^{*} Este artículo se inscribe en el marco del Proyecto de investigación PB95-0194 sobre «Responsabilidad de los profesionales», dirigido por el Catedrático de Derecho Civil Dr. D. José María Miquel González, y concedido por la Resolución de la Dirección General de Investigación Científica y Técnica, de 11 de octubre de 1996.

personal sanitario y, en último término, perjudicaría a los pacientes al determinar la práctica de una medicina defensiva ¹. No obstante este planteamiento teórico, lo cierto es que en la práctica de los últimos años cabe apreciar ciertos síntomas de objetivación en la responsabilidad del mencionado personal. De otra parte, éste no suele trabajar aisladamente, sino que con frecuencia su actividad aparece vinculada a un centro asistencial, sea público o privado, cuya responsabilidad también se pone en tela de juicio cuando del servicio que prestan se derivan resultados dañosos; pues bien, puede decirse que el carácter objetivo de la responsabilidad del titular del centro se admite con mayor facilidad que respecto de los profesionales sanitarios: en ocasiones, cuando de centros de titularidad pública se trata, porque se invoca la responsabilidad patrimonial objetiva de la Administración, y en otras porque, a partir de la consideración del titular del centro como empresario, se le aplica la conocida tendencia objetivadora desarrollada a propósito del artículo 1903.IV del Código Civil.

La reciente admisión por parte del TS, en varias sentencias pronunciadas en los años 1997 y 1998, de la aplicabilidad de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, LGDCU) y, en particular, del régimen de responsabilidad sin culpa previsto en su artículo 28, a los servicios sanitarios (incluidos expresamente en su párrafo segundo), es un buen motivo para que nos planteemos si en la práctica algo ha cambiado en cuanto al fundamento de la responsabilidad civil de los centros sanitarios y, sobre todo, del personal médico-sanitario.

Para analizar el tema hemos de partir de la determinación de la normativa aplicable, según cuál sea la responsabilidad que se pretenda hacer valer en cada caso. Así, y sin entrar por el momento en el tema de la aplicabilidad de la LGDCU, conviene empezar distinguiendo los casos en que la causación del daño es consecuencia del funcionamiento del servicio público de asistencia sanitaria de aquéllos otros en que lo es de la asistencia sanitaria privada. Si nos centramos, como pretendemos en este estudio, en los supuestos dañosos no constitutivos de ilícito penal ², en la primera hipótesis será de aplicación el régimen de respon-

¹ En este sentido señala la STS 7 de febrero de 1990 [las sentencias del Supremo respecto de las cuales no indiquemos la Sala de que proceden son de la Sala 1.ª]: «la exigencia de una responsabilidad objetiva en el actuar médico, y concretamente en las intervenciones quirúrgicas, es decir el responsabilizarle como consecuencia de su simple actuar profesional, sin consideración alguna de si su actuar fue correcto por plena y absoluta adaptación a los medios de curación posibles a emplear, tanto supondría el cercenar su actuar, pues que lógicamente se inhibiría de hacerlo, con evidente perjuicio para el paciente y la sociedad en general ante el temor, en casos delicados, de que a pesar de actuar correctamente..., el resultado favorable al paciente no llegara a obtenerse».

² Por tanto, no vamos a analizar aquí el régimen de la comúnmente denominada responsabilidad civil «derivada de delito», contenido en el Código Penal (arts. 109 y ss., en especial los artículos 116 –responsabilidad civil directa del responsable criminalmente–, art. 120 –conforme al cual cabría exigir a los titulares de los centros sanitarios privados una responsabilidad objetiva y subsidiaria, cuando concurran los presupuestos de la norma, por las consecuencias dañosas de los delitos y faltas de sus empleados– y art. 121 –que con-

sabilidad patrimonial de la Administración previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPA), mientras que en la segunda hipótesis entrarán en juego los regímenes de responsabilidad civil, contractual o extracontractual según los casos, contenidos en el Código Civil; no obstante, ya aquí hay que indicar que en la práctica se recurre sistemáticamente a la normativa del Código Civil aun en los supuestos de daños fruto de la asistencia sanitaria pública, en detrimento de la citada normativa administrativa. Lo primero que a continuación hemos de analizar es el tipo de relación que puede vincular al paciente con quien le presta asistencia, para deducir de ahí el régimen de responsabilidad aplicable.

II. LA RELACIÓN ENTRE EL PACIENTE Y QUIEN LE PROCURA LA ASISTENCIA SANITARIA: SUPUESTOS

La atención médica puede prestarse dentro o fuera del marco de una relación contractual o afín entre el paciente y quien le atiende; a su vez, cuando existe una relación de ese tipo, el paciente aparece vinculado con muy diversas personas, físicas o jurídicas, públicas o privadas (uno o varios facultativos, un centro hospitalario, una sociedad médica, la Seguridad Social). A continuación tratamos de ordenar los supuestos que pueden darse en la práctica.

2.1 SUPUESTOS DE ASISTENCIA ESPONTÁNEA EN LOS QUE FALTA CUALQUIER CONTRATO

Nos referimos aquí a la hipótesis, poco frecuente en la práctica, de asistencia prestada espontáneamente y sin la autorización pero también sin la oposición del enfermo, por un facultativo que obra por razones humanitarias en un caso de urgencia que requiere de su intervención, fuera del marco habitual de la consulta o del centro en que presta sus servicios (por ejemplo, atiende a una persona que ha perdido el conocimiento por haber sufrido un accidente en la misma calle por la que él pasaba de manera casual).

Con frecuencia, la responsabilidad médica basada en el régimen del Código Civil se ordena atendiendo únicamente a los moldes contractual y extracontractual³; este planteamiento obligaría, en principio, a cali-

sagra la responsabilidad civil, objetiva y subsidiaria, de la Administración por los daños resultado de los delitos cometidos por sus funcionarios y contratados cuando la lesión sea consecuencia del funcionamiento del servicio público que tuvieran confiado).

³ Así, por ejemplo, la STS 22 de abril de 1997 señala que la responsabilidad médica «puede ser una responsabilidad contractual, cuando se ha producido un daño por incumplimiento total o parcial de un contrato que contempla el artículo 1101 del Código

ficar de aquiliana a la responsabilidad del facultativo en las hipótesis que ahora interesan, de asistencia espontánea, por cuanto en ellas no existe relación contractual alguna entre dañante y dañado previa a la causación del daño, y éste no puede ser consecuencia de la infracción de una obligación contractual (que no existe), sino de la del principio general *neminem laedere* plasmado en el artículo 1902 del Código Civil.

Sin embargo, frente a ello cabría entender que en estos casos existe un cuasi contrato, concretamente de *gestión de negocios ajenos sin mandato* (arts. 1888 y ss. del Código Civil)⁴. De ahí que el médico deba continuar asistiendo al enfermo «hasta el término del asunto», si es que por el estado en que se encuentra no puede requerirle para que le sustituya (art. 1888 del Código Civil), que esté obligado a indemnizar al lesionado los daños que le irroge por culpa o negligencia (art. 1889 del Código Civil), y que tenga derecho al reembolso de los gastos necesarios y útiles hechos así como de los perjuicios que él mismo haya sufrido (art. 1893 del Código Civil); en cuanto a si tendría derecho a una retribución, hay que tener en cuenta que, según el artículo 1892 del Código Civil, si el paciente ratifica lo hecho se producen los efectos del mandato expreso y el mandato es, en principio, esencialmente gratuito, a no ser que el mandatario tuviera por ocupación el desempeño de los servicios a que se refiere el mandato (art. 1711 del Código Civil), circunstancia que se daría en nuestro caso; parece, pues, que en esta situación el médico sí tendría derecho a la retribución de sus servicios⁵.

Pocas son las ocasiones en que el TS ha podido referirse a la calificación como cuasi contrato de una relación médico-paciente. A este respecto cabe citar su Sentencia de 24 de mayo de 1995, en la que simple-

Civil..., o “extracontractual”, cuando el daño no deriva de la ejecución del contrato, sino que se ha producido al margen de la relación contractual o el profesional no ha contratado con la víctima, como es el caso del médico dependiente del Instituto Nacional de la Salud [el Supremo alude concretamente a este caso, porque era el planteado en esta ocasión], cuya responsabilidad derivada de acto ilícito (principio *alterum non laedere*) se contempla como principio en el artículo 1902 del Código Civil...; o, por último, responsabilidad civil derivada de delito cuando... se ha incurrido en un tipo delictivo y la responsabilidad civil deriva de éste, como prevén el artículo 1092 del Código Civil y los artículos 116 y siguientes del Código Penal...».

En sentido similar, *vid.* por ejemplo, FERNÁNDEZ COSTALES, *La responsabilidad civil sanitaria (médica y de enfermería)*, Madrid 1995, pp. 49 ss., y RIVERA FERNÁNDEZ, *La responsabilidad médico-sanitaria y del personal sanitario al servicio de la Administración Pública (Análisis doctrinal y jurisprudencial)*, Valencia 1997, pp. 32 ss.

⁴ En este sentido, SANTOS BRIZ, «La responsabilidad civil de los médicos en el Derecho español», *RDP* 1984, p. 667 (con cita de autores de distinta opinión en la nota 14) y, siguiéndole de forma literal, MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, *La responsabilidad civil médico-sanitaria*, Madrid 1992, pp. 20 y 21.

Sobre los argumentos barajados en pro y en contra de esta configuración cuasi contractual, *vid.* ALONSO PÉREZ, *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos*, Barcelona 1997, pp. 193 ss.; esta autora distingue los casos en que el profesional actúa a requerimiento de un tercero de aquéllos en que obra *motu proprio*.

⁵ SANTOS BRIZ («La responsabilidad...», *cit.*, p. 667) llega a la misma conclusión, aunque basándose en el artículo 1893.1, en cuanto permite considerar al paciente «responsable de las obligaciones contraídas en su interés».

mente apunta la irrelevancia que en el supuesto resuelto tenía la consideración que mereciese la relación entre paciente y médico como contractual, cuasicontractual o extracontractual; en cualquier caso, procedía –a juicio del Supremo– estimar la responsabilidad del médico que había atendido en el embarazo y en el parto a una mujer que, aun sin tener derecho estricto a ser atendida por ese doctor en particular, lo había elegido por ser colega suyo de trabajo, así como por pertenecer al INSALUD, de cuyos servicios era beneficiaria.

En realidad, desde el momento en que un profesional de la medicina atiende a una persona surgen para él ciertas obligaciones que van más allá del *neminem laedere*, aunque no haya contratado con el enfermo, y ello lo mismo si lo trata espontáneamente como –con más razón aún si cabe– si lo hace porque trabaja para la Administración sanitaria, un centro privado o una entidad aseguradora que sí están vinculados al paciente, contractualmente o de otra forma en cierto modo similar: no es sólo que el facultativo esté obligado a no irrogar daños, sino que en el tratamiento del paciente no puede incurrir en negligencia ni en impericia, debiendo observar la *lex artis ad hoc*. De ahí la conveniencia de aplicar a la responsabilidad de los médicos, aun en los casos en que no les une al paciente ningún contrato, algunas de las reglas propias de la responsabilidad contractual, como el artículo 1104 del Código Civil, para determinar la diligencia exigible ⁶, o el artículo 1107 del Código Civil, en cuanto a la extensión de los daños resarcibles. Extendemos, por tanto, esta observación a todos aquellos casos en los que, en las páginas que siguen, nos refiramos a la responsabilidad *extracontractual* de los médicos que no hayan contratado con el paciente ⁷. Pero es que, además, hay que recordar que el mismo TS ha admitido –no sin apoyo doctrinal– la aplicación del régimen de la responsabilidad contractual a supuestos en los que entre dañante y dañado no existía previamente un contrato, sino una relación jurídica distinta (como una relación de Derecho público similar a un contrato de Derecho privado, relaciones de vecindad o una comunidad de bienes) ⁸; y, en esta misma línea, diversos autores han entendido que no hay inconveniente en considerar que es contractual la responsabilidad derivada de un cuasi contrato ⁹, con lo que se llegaría al resultado

⁶ De hecho, veremos cómo el TS admite comúnmente la aplicación de este precepto en el ámbito de la responsabilidad extracontractual (*vid. infra* apart. 2 epígrafe 4.2.1).

⁷ En una línea similar se expresa, siguiendo a Ataz López, REBOLLEDO VARELA, en «Responsabilidad civil del personal sanitario en centros asistenciales: sus presupuestos básicos», *RGLJ* núm. 5, mayo 1986, pp. 675 y 676.

⁸ A propósito de esta doctrina jurisprudencial, *vid.* PANTALEÓN PRIETO, «Comentario a la STS 26 de enero de 1984», *CCJC* n.º 4, 1984, pp. 1262 y 1263, «Comentario a la STS 19 de junio de 1984», *CCJC* n.º 6, 1984, p. 1876; y «Comentario al artículo 1902 del Código Civil», *Comentarios del Código civil*, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid 1993, p. 1977, con mención de sentencias del Supremo en este sentido.

⁹ Así lo observa García Valdecasas, citado por CAVANILLAS MÚGICA, quien comparte idéntica opinión (en *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal*, obra conjunta con Tapia Fernández, Madrid, 1992, pp. 8 y 9).

opuesto al que apuntábamos al inicio de estas consideraciones (consideración de la responsabilidad como extracontractual por la ausencia de un contrato previo).

2.2 SUPUESTOS DE CONTRATO ENTRE PACIENTE Y MÉDICO

1. Existe un *contrato médico-paciente* cuando éste acude como cliente particular a la consulta privada de un facultativo solicitándole la prestación de sus servicios. Para la perfección del contrato no es preciso ningún requisito formal, de modo que también así, verbalmente, puede quedar válidamente concluido ¹⁰.

Ese contrato se califica, por regla general, de *arrendamiento de servicios* ¹¹, por lo que genera para el facultativo una obligación de actividad o de medios; tan sólo excepcionalmente, en supuestos muy concretos, se entiende que el contrato es de obra, imponiéndole consecuentemente al médico la obligación de obtener un determinado resultado. A este respecto es de cita obligada la STS 26 de mayo de 1986, conforme a la cual «la naturaleza jurídica de la obligación contractual del médico... no es la de obtener en todo caso la recuperación de la salud del enfermo (obligación de resultado), sino una «obligación de medios», es decir, se obliga no a curar al enfermo, sino a suministrarle los cuidados que requiera según el estado actual de la ciencia médica»; esta misma doctrina se ha reiterado después en innumerables sentencias, en muchas de las cuales se extiende la calificación de obligación de medios también a la obligación extracontractual de los profesionales sanitarios

¹⁰ Así lo destaca, por ejemplo, la STS 15 de febrero de 1993.

¹¹ En este sentido se pronuncian, entre muchas, las SSTs 25 de abril y 29 de julio de 1994, 11 de febrero, 22 de abril, 27 de junio y 2 de octubre de 1997.

La STS 7 de febrero de 1990 califica de «simplista» la tesis de la doctrina y la jurisprudencia según la cual «el médico, en el ejercicio de su profesión, se halla sometido a la normativa reguladora del contrato de arrendamiento de servicios»; mas esta crítica se hace porque se está pensando en el hecho de que el médico también puede prestar sus servicios espontáneamente y sin que medie contrato alguno (esto es, en los casos que, unas líneas atrás, considerábamos de gestión de negocios ajenos sin mandato); por eso la sentencia señala que la reducción de «la intervención facultativa al aspecto contractual, omite la especial circunstancia de que el médico no ejerce su profesión solamente en vista de un enfermo concreto y a petición de él..., sino también en casos de urgencia, como siniestro, cumpliendo un imperativo deontológico, por lo que la múltiple relación fáctica que ello pueda originar puede también ser rica en matices...»; más adelante, sin embargo, tras destacar que existen «claras diferencias entre el clásico contrato de arrendamiento de servicios y la relación jurídica médico-enfermo», el TS acaba calificándolo de «contrato de obligación de medios adecuados».

Para un análisis de las diferentes teorías propuestas acerca de la naturaleza jurídica del contrato que celebran los profesionales –en referencia a médicos, abogados y arquitectos– para el desenvolvimiento de sus actividades, *vid.* ALONSO PÉREZ, *Los contratos...*, cit., pp. 14 ss.

en general ¹². Sin embargo, esa extensión es discutible pues si la distinción entre obligación de medios y obligación de resultado se basa, en esencia, en el distinto alcance del compromiso asumido por el deudor ¹³, parece que sólo puede tener sentido en el ámbito contractual y no en el extracontractual, en el que por hipótesis falta cualquier compromiso entre dañante y dañado previo a la causación del daño; de ahí que, como pone de manifiesto Lobato Gómez ¹⁴, la mayoría de la doctrina considere que la distinción es aplicable sólo a las obligaciones contractuales; y así lo ha entendido también recientemente el propio TS en sus Sentencias de 16 de diciembre de 1997 y 19 de febrero de 1998 (ambas del mismo Ponente, Excmo. Sr. Martínez-Calcerrada), al señalar, en alusión a la responsabilidad extracontractual, que «es obvio que en esta responsabilidad huelga la distinción entre la obligación de medios y de resultado (antes del *factum* dañoso ni existe un destinatario de la acción ni, menos, aún, una concreta prestación, salvo el genérico *alterum non laedere*), más propia del contexto o diseño de la responsabilidad contractual».

El TS justifica el que la obligación de los profesionales médicos no pueda considerarse de resultado por el carácter aleatorio de la medicina, que no puede garantizar el resultado de la sanación, tanto por sus propias limitaciones, como por la naturaleza del organismo humano, esencialmente mortal y de reacciones que pueden ser imprevisibles ¹⁵.

Varias sentencias explicitan el *contenido de esta obligación de medios*, siendo la precursora de todas ellas la STS 25 de abril de 1994, que, sin ánimo de exhaustividad, apunta los siguientes deberes a cargo del médico ¹⁶:

¹² Así, en las SSTS 12 de julio de 1988, 8 de mayo de 1991, 20 de febrero de 1992, 13 de octubre de 1992, 23 de marzo y 15 de noviembre de 1993, 26 de septiembre de 1994, 5 de diciembre de 1994, 15 de octubre de 1996 (Ar. 7112 [cuando se indica la referencia al lugar de publicación de una sentencia es porque citamos más de una con idéntica fecha y, por tanto, para diferenciarlas]), 22 de abril, 24 de junio y 13 de diciembre de 1997 y 29 de mayo de 1998; en otras sentencias se establece la misma doctrina, aunque hablando en general de la responsabilidad o de la obligación del médico, sin especificar «contractual» o «extracontractual» (por ejemplo, en las SSTS de 13 de julio de 1987, 14 de noviembre de 1994, 25 de enero, 9 de junio de 1997 –Ar. 4734–, 20 de junio, 27 de junio y 10 de noviembre de 1997, entre muchas).

¹³ Sobre esta cuestión, que volvemos a tratar *infra* en el apartado 4 del epígrafe 4.3, *vid.* más ampliamente el detallado trabajo de LOBATO GÓMEZ, «Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado», *ADC* 1992, pp. 681 ss. y 713 ss.; básicamente, mientras que quien asume una obligación de medios cumple con desarrollar diligentemente la actividad encaminada a conseguir el resultado pretendido por el acreedor, aunque finalmente no lo logre, quien tiene una obligación de resultado se compromete a la consecución del mismo, de modo que si no lo obtiene habrá incumplido.

¹⁴ «Contribución...», cit., pp. 692 y 693.

¹⁵ *Vid.*, v. gr., las SSTS de 7 de febrero de 1990, 23 de febrero, 25 de abril, 1 de junio y 12 de julio de 1994 y 11 de febrero y 27 de junio de 1997.

¹⁶ La misma doctrina se repite en las SSTS de 11 de febrero y 7 de mayo de 1997.

a) «Utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en el que se produce el tratamiento, de manera que... [su] actuación... se rija por la denominada *lex artis ad hoc*»¹⁷.

b) Informar al paciente (o, en su caso, a sus familiares), siempre que sea posible, del diagnóstico, pronóstico, riesgos del tratamiento, especialmente si es quirúrgico, y eventual insuficiencia de medios en el lugar donde se aplica el tratamiento; tratándose de enfermedades recesivas, crónicas o evolutivas, ha de informarse también de los análisis y cuidados precisos para evitar su agravamiento o repetición¹⁸.

¹⁷ Así, por ejemplo, sobre la obligación del cirujano, no sólo de llevar a cabo correctamente la intervención quirúrgica, sino de controlar asimismo la fase del postoperatorio, *vid.* la STS 28 de junio de 1997. La STS 7 de mayo de 1997 apunta que dentro de las prestaciones incluidas en este primer apartado se encuentra, en el caso de internamiento hospitalario, «el seguimiento directo al enfermo por facultativos en ciclos temporales derivados de la evolución de su estado, cuyos períodos no pueden ser interrumpidos durante un fin de semana para dejar la vigilancia a cargo de enfermeras»; de ahí que en el caso resuelto apreciara omisión organizativa culposa en el centro hospitalario, que no había establecido un turno de visitas a los pacientes, a realizar por médicos.

En cuanto al significado de la *lex artis ad hoc* nos remitimos a lo dicho *infra*, en el apartado 2 del epígrafe 4.2.1.

¹⁸ Según la STS 16 de diciembre de 1997, el deber de información «abarcaría como mínimo..., por un lado, la exposición de las características de la intervención quirúrgica que se propone, en segundo lugar, las ventajas o inconvenientes de dicha intervención, en tercer lugar, los riesgos de la misma, en cuarto lugar, el proceso previsible del postoperatorio e, incluso en quinto lugar, el contraste con la residual situación ajena o el margen a dicha intervención».

Esta obligación de información, que se ha considerado por el propio TS elemento esencial de la *lex artis ad hoc* y núcleo esencial del contrato de arrendamiento de servicios médicos (STS 2 de octubre de 1997), se plasma en el artículo 10.5 de la Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986, conforme al cual el paciente o sus familiares tienen derecho a que, en términos que les sean comprensibles, se les dé información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativa de tratamiento.

Esto es así por la necesidad de contar con su consentimiento para la intervención médica: es decir, que *el consentimiento ha de ser, como destaca la misma STS 2 de octubre de 1997, informado*. La Ley General de Sanidad (art. 10.6) prevé la necesidad de consentimiento escrito del paciente para la realización de cualquier intervención, salvo en los siguientes supuestos: a) cuando exista riesgo para la salud pública; b) haya urgencia que no admita demoras; y c) el paciente no esté capacitado para decidir, en cuyo caso serán sus familiares y allegados los que tendrán que hacerlo. El TS hubo de pronunciarse sobre si concurría alguna de estas circunstancias en su Sentencia de 24 de mayo de 1995; en ella estimó la responsabilidad de un médico que, con ocasión de realizar una cesárea, había practicado una ligadura de trompas sin contar con el consentimiento de la paciente; es más, habiéndole preguntado el doctor a la mujer en el pasillo previo al quirófano si le efectuaba la ligadura, ella había contestado negativamente y fue durante la práctica de la cesárea, estando ya inconsciente la mujer, cuando el mismo médico le señaló al marido la conveniencia de la ligadura, puesto que se había producido la rotura del útero, a fin de evitar los riesgos futuros inherentes a un nuevo embarazo; el marido entonces consintió; con buen criterio el TS destaca que dicha intervención tuvo por objeto evitar un riesgo futuro, no un riesgo urgente, por lo que, a la vista del artículo 10.6 de la Ley General de Sanidad, tenía que haber contado necesariamente con el consentimiento de la paciente; este aspecto de la sentencia es tratado por ALONSO PÉREZ, «Responsabilidad civil derivada de una actuación médica arbitraria en el seno de una relación trilateral (a propósito de

c) Continuar el tratamiento hasta el alta médica, advirtiendo al enfermo de los riesgos de su abandono.

2. La regla general conforme a la cual la obligación del profesional sanitario se considera de medios ha sido excepcionada o relativizada en algún caso por el TS ¹⁹. Así ocurre, por ejemplo, cuando el médico se compromete a obtener un determinado resultado. En un supuesto de este tipo, de cirugía estética ²⁰, en el que el cirujano no obtuvo la mejoría que había asegurado a la paciente, la STS 16 de abril de 1991 destacó que «o bien [el facultativo] incurrió en un error profesional culposo al comprometerse a mejorar a la paciente o, si esto era en realidad lo previsible, no realizó correctamente la operación y, por tal razón, no se obtuvo el resultado esperado, sin que lo dicho signifique... que la actividad médica haya de obtener en todo caso la recuperación o mejoría del enfermo –obligación de resultado– sino que lo rechazable es que se comprometa un buen fin de la operación y ésta no sólo no lo consiga sino que incluso empeore la situación del paciente...».

Abundando en esta línea y con un afán más sistemático, la Sentencia del TS de 25 de abril de 1994 distingue los casos de medicina curativa, en los que considera clara la calificación del contrato como de arrendamiento de servicios, de los de *medicina voluntaria*, en los que –según destaca la sentencia– el interesado acude al médico, no para curar una dolencia, sino «para el mejoramiento de un aspecto físico o estético o... para la transformación de una actividad biológica

la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1995)», *ADC* 1997, pp. 922 ss., y por GAVIDIA SÁNCHEZ en su comentario a la sentencia, en *CCJC* número 39, 1995, pp. 1070 y 1071.

Como sentencias en las que el TS tuvo en cuenta la infracción de los deberes de información del médico al estimar su responsabilidad cabe citar las de 23 de abril de 1992 y 1 de julio de 1997, además de la de 25 de abril de 1994, relativa a un supuesto de medicina voluntaria y a la que en seguida nos referiremos en el texto. En cambio, dichos deberes se consideraron cumplidos en los casos resueltos por las SSTS de 7 de junio de 1994, 31 de julio de 1997 y 2 de octubre de 1997, absolutorias de los médicos por no apreciarse en ellos negligencia de ninguna clase (ni en cuanto a la obligación de informar ni en lo relativo a la asistencia prestada).

Sobre «el consentimiento informado», puede consultarse, por ejemplo, la ponencia del mismo título, de LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, publicada en las Actas del Seminario sobre «Responsabilidad del personal sanitario» que tuvo lugar en Madrid los días 14 y 16 de noviembre de 1994, convocado por el CGPJ y el Ministerio de Sanidad y Consumo, pp. 273 ss.; también el «Comentario a la STS 12 de julio de 1994», de SÁNCHEZ GÓMEZ, *CCJC* n.º 38, 1995, pp. 476 ss., ROMERO COLOMA, «El Derecho español ante la relación médico-paciente (Deber de información y consentimiento)», *La Ley* 1996-4, pp. 1251 ss., y VIANA CONDE y SAS FOJÓN, «El consentimiento informado del enfermo», *La Ley* 1996-2, pp. 1330 ss., además de la reciente monografía de GALÁN CORTÉS, *El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios*, Madrid, 1997.

¹⁹ También la doctrina ha subrayado el distinto alcance que tiene la obligación de los médicos según la especialidad practicada: *vid.*, *v. gr.*, FERNÁNDEZ COSTALES, «La responsabilidad civil médica», *La Ley*, 1986-3, p. 638 y, más ampliamente, en *La responsabilidad...*, cit., pp. 56 ss., y LLAMAS POMBO, «Comentario a la STS 25 de abril de 1994», *CCJC* n.º 36, 1994, pp. 1014 a 1016.

²⁰ En particular sobre las responsabilidades exigibles en la práctica de esta especialidad, *vid.* MARTÍNEZ PEREDA RODRÍGUEZ, *La cirugía estética y su responsabilidad*, Granada, 1997.

–la actividad sexual–, en forma tal que le permita practicar el acto sin necesidad de acudir a otros medios anticonceptivos»; para el Supremo, en estos últimos casos «el contrato, sin perder su carácter de arrendamiento de servicios..., *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, repetimos, es todavía de medios, se intensifica, haciendo recaer sobre el facultativo... con mayor fuerza aún [que en los supuestos de medicina curativa] las [obligaciones] de informar al cliente –que no paciente–, tanto del posible riesgo que la intervención... 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 precisas para el mayor aseguramiento del éxito de la intervención» [la cursiva, lo mismo en ésta que en las demás sentencias citadas en el trabajo es nuestra]²¹. Idéntica doctrina se reitera en las SSTs 11 de febrero de 1997²², 27 de junio de 1997²³ y 28 de junio de 1997²⁴.

Finalmente, no faltan las sentencias que señalan que el contrato puede ser de obra en cirugía estética, odontología o vasectomía, como las del TS de 7 de febrero de 1990, 22 de abril y 13 de diciembre de 1997 y 19 de febrero de 1998, en las que, sin embargo, esta declaración constituye un mero *obiter dicta*, siendo los casos resueltos de medicina curativa. No así, en cambio, en el supuesto de la STS 2 de

²¹ En el caso de esta Sentencia de 25 de abril de 1994, un hombre, después de haberse sometido a una vasectomía, había engendrado gemelos. Aunque la operación se había realizado correctamente, se apreció culpa en el médico por no haber informado adecuadamente al paciente sobre la posibilidad de que la vasectomía no garantizase de forma absoluta la esterilización, cuando dicha posibilidad existe (por recanalización espontánea de la vía seminal), y de la necesidad de someterse a controles posteriores para asegurarse del éxito de la operación.

²² Caso en el que el matrimonio actor aducía que la esposa había quedado embarazada después de que el marido se hubiera sometido a una vasectomía; la sentencia, sin embargo, fue desestimatoria, porque se consideró probado el logro de la esterilización.

Es de subrayar que en esta sentencia el TS no sólo reitera la doctrina de la de 25 de abril de 1994, sino que también se hace eco de la distinción entre cirugía asistencial y cirugía satisfactiva, para identificar la prestación del médico en el último caso con una *locatio operis*, «esto es –dice el Supremo–, con el plus de responsabilidad que... comporta la obtención del buen resultado»; aquí incluye las operaciones de cirugía estética y de vasectomía. RAGEL SÁNCHEZ (en su comentario a esta sentencia, CCJC n.º 44, 1997, pp. 670 y 671) destaca cómo con esta calificación del contrato como de obra, el TS da un paso más respecto de la Sentencia de 1994; sin embargo, critica tal calificación respecto de la vasectomía porque no es una operación absolutamente segura, aunque se realice correctamente; en consecuencia, entiende que el médico no puede garantizar su buen fin. Como apuntamos en la siguiente nota, algo similar ocurre con la ligadura de trompas.

²³ En esta ocasión se desestimó la demanda de una mujer que había quedado embarazada después de someterse a una ligadura de trompas, porque fue debidamente informada del riesgo (de uno a tres por mil) de fracaso de la operación y decidió asumirlo.

²⁴ Esta sentencia, dictada en un caso de fallecimiento de un hombre que se había hecho un *lifting*, señala, además, que la responsabilidad del cirujano era clara tanto si el *lifting* se considera como un contrato de arrendamiento de obra, pues «es evidente que dicho resultado de mejoramiento estético... no se ha obtenido», como si se califica de arrendamiento de servicios, pues «tampoco aparece diligentemente cumplido».

diciembre de 1997²⁵, en el que una joven se había sometido a una intervención quirúrgica de alargamiento tibial para aumentar su estatura; esto llevó al Supremo a afirmar tajantemente que el tratamiento del caso «se comprende en la llamada medicina voluntaria, que se califica de contrato de obra y... la obligación del médico es de resultado, no de actividad»²⁶.

3. Cuando el médico ha celebrado un contrato con el paciente al que daña, es evidente que se le puede exigir responsabilidad contractual. Mas como en el tratamiento pueden intervenir, aparte del médico contratado, otros sujetos e instituciones, podemos diferenciar las siguientes hipótesis:

1.^a El médico puede valerse, para la prestación de asistencia, de *otros facultativos o de sanitarios*, sean o no dependientes suyos. Si el daño procede de la actuación de alguno de éstos, el perjudicado podrá exigirle al médico la consiguiente responsabilidad contractual por sus auxiliares pues, estando obligado por un contrato, habrá de responder de su correcto cumplimiento lo mismo si es él quien asume su ejecución como si para ello se vale de otras personas.

Pero si el perjudicado prefiere actuar (únicamente o a la vez que lo hace contra el médico contratado) contra el personal auxiliar, dado que con él no ha celebrado contrato alguno ni le une una relación previa de otro tipo, sólo podrá hacerlo por vía de responsabilidad extracontractual. Así lo destaca la STS 28 de julio de 1997 cuando indica: «Si bien es cierto que el fallecido señor G. T. contrató directa y personalmente los servicios del cirujano señor R. C. para que le hiciera la operación de... “lifting”..., lo que hace encajar este supuesto, en lo que respecta exclusivamente a dicho cirujano, en el ámbito de las relaciones contractuales, también lo es que no consta que hubiera concertado contrato alguno con el anestesista, ni con el intensivista, y, como contra éstos, los demandantes (hijos del señor G. T.) también han dirigido su pretensión resarcitoria, la posible responsabilidad de los mismos... es más bien de índole extracontractual, lo que entraña un supuesto de yuxtaposición de ambos tipos de responsabilidades (contractual y extracontractual)...»²⁷.

2.^a En ocasiones los médicos privados necesitan disponer de la infraestructura de una clínica o un sanatorio (piénsese, por ejemplo, en el ginecólogo que ha de atender un parto o en el oftalmólogo que debe practicar una operación de cataratas); el médico no tiene por qué depender del centro, sino que simplemente se vale de sus medios, enviando allí a los pacientes que requieren asistencia hospitalaria; éstos son quienes, por su parte, perfeccionan con el centro un

²⁵ Del mismo ponente que las sentencias de 22 de abril y 13 de diciembre de 1997 que acabamos de citar en el texto, Excmo. Sr. O'Callaghan Muñoz.

²⁶ Según la misma sentencia, como en el caso el resultado no se obtuvo y, en cambio, se produjo un daño (graves secuelas en la operada), había que presumir la culpa del médico.

²⁷ Otros supuestos similares, en los que los actores exigieron al mismo tiempo responsabilidad contractual a uno de los médicos y extracontractual a otros, fueron los resueltos por las SSTS 11 de febrero y 9 de junio de 1997 (Ar. 4734).

contrato que se puede denominar *de hospitalización*, distinto del que les une al médico cuyos servicios han contratado, y por cuyo incumplimiento también pueden exigir la consiguiente responsabilidad contractual.

A un supuesto de este tipo se refiere la STS 11 de noviembre de 1991: A una mujer que, para dar a luz, había ingresado en una clínica privada por indicación de su ginecólogo (también privado y sin relación alguna de dependencia laboral o profesional con la clínica), se le detectó una hemorragia después del parto, por lo que su médico hubo de practicarle una histerectomía; la mujer demandó por ello al ginecólogo, la comadrona y la clínica. La Audiencia condenó únicamente a la clínica (por apreciar negligencia en los encargados de sus servicios sanitarios) y el recurso interpuesto por ésta hizo que el Supremo tuviera que pronunciarse sobre el alcance de sus obligaciones frente a la paciente: «El llamado por la doctrina “contrato de clínica” o “contrato de hospitalización” –señala la sentencia– (concertado directamente por el paciente con una Clínica privada, sin mediación de la Seguridad Social, ni de ningún otro contrato de seguro, como es el caso que nos ocupa), carente de regulación legal, aparece como un contrato atípico y complejo, que puede abarcar la prestación de distintas clases de servicios, según la modalidad bajo la que se haya estipulado».

Así, continúa el Supremo, el contrato comprende en todo caso los servicios *extramédicos* (de hospedaje o alojamiento) y los *asistenciales o paramédicos* ²⁸; entre estos últimos incluye, sin duda, «la administración de los medicamentos prescritos, inyecciones, control de temperatura, guarda y seguridad del paciente»; en cambio, entiende que el control del postoperatorio puede tener diversa naturaleza, según la índole de la intervención practicada y «sobre todo, de las instrucciones específicas que, al respecto, haya dado el médico que realizó la intervención» ²⁹. En cuanto a los servicios *pura y estrictamente médicos*, el TS indica que el contrato de hospitalización puede abarcarlos o no «según que, respectivamente, el paciente haya confiado a la clínica dichos actos médicos por medio de sus propios facultativos (dependientes laboral o profesionalmente de la clínica) o haya elegido libremente a un médico ajeno a los del referido establecimiento». Como destaca el propio tribunal, esta última era la modalidad concurrente en el caso resuelto, que es el que en este epígrafe nos interesa y en el cual, por tanto, hay que concluir que los actos puramente médicos incumben en principio únicamente al facultativo contratado y no a la clínica.

²⁸ Indica también estos servicios como contenido del «contrato hospitalario» la STS 15 de febrero de 1993.

²⁹ En el concreto caso de autos, estima que, puesto que el parto había sido normal y el estado de la parturienta después era bueno, no estaba dentro de las obligaciones asistenciales del sanatorio la de examinarla permanentemente, y dado que la hemorragia se había detectado hora y media escasa después del parto, siendo entonces tratada convenientemente la paciente, se estimó el recurso de la clínica, que fue absuelta.

2.3 SUPUESTOS EN QUE MEDIA CONTRATO ENTRE EL PACIENTE Y LA INSTITUCIÓN QUE LE PROCURA LA ASISTENCIA MÉDICA

Trataremos aquí tanto los casos de contratación de un seguro de asistencia médica como aquellos en que el paciente contrata directamente los servicios de un centro médico.

2.3.1 Contrato entre paciente y centro médico

1. Acabamos de referirnos a la definición y descripción de contenido que el TS hace del llamado *contrato de hospitalización* en su Sentencia de 11 de noviembre de 1991³⁰; veámos cómo el mismo puede celebrarse con ocasión del ingreso hospitalario de un paciente que previamente ha contratado con un médico privado (existirían, pues, dos contratos celebrados por el enfermo: por un lado con su médico, por otro con el centro), pero también se apuntaba la posibilidad de que el de hospitalización fuese el único contrato suscrito por el particular; en este último caso, que es el que aquí interesa, el paciente se dirige a un centro asistencial, sea privado o público³¹, en demanda de sus servicios estrictamente médicos (no sólo, en su caso, de los llamados servicios extramédicos y paramédicos); en palabras de la STS 11 de noviembre de 1991, confía a la clínica los actos médicos por medio de sus propios facultativos, dependientes laboral o profesionalmente del centro; por ello –y tal como destaca la STS 22 de febrero de 1991 en un supuesto de la misma índole– lo habitual es que sea el centro el que designe al médico que haya de atender al paciente.

En su momento hicimos referencia a la consolidada doctrina jurisprudencial que considera como *obligación de medios* la de los profesionales sanitarios. Aunque con una frecuencia mucho menor, el TS ha reiterado la misma doctrina respecto de la obligación de los centros asistenciales de prestar servicios médicos. Así, en términos muy similares a los de su conocida Sentencia de 26 de mayo de 1986, en la de 7 de julio de 1993 destaca: «la obligación contractual o extracontractual del personal e *instituciones médico-quirúrgicas* no es la de obtener en todo caso un resultado positivo en la recuperación del enfermo, es decir no es una obligación de resultados, sino de medios, es decir proporcionarle todos los cuidados que requiera según el estado de la Ciencia...»; en términos similares, la STS 10 de octubre de 1994 subraya 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

³⁰ En la misma sentencia también se alude a él como contrato de clínica o de servicios hospitalarios.

³¹ En efecto, un paciente que no esté afiliado a la Seguridad Social ni sea beneficiario de ella puede acudir, como particular ajeno a la misma, a un hospital de titularidad pública y contratar sus servicios; un supuesto de este tipo fue el resuelto por el TS en su

pudieran aportar los médicos, sino más bien se refiere a la procura 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».

2. No cabe duda que en estos casos cabe exigir responsabilidad contractual *al titular del centro contratado por los daños ocasionados al paciente y que resulten imputables al mismo titular, a sus dependientes o, más en general, a sus auxiliares para el cumplimiento, dependan o no del centro*³².

3. En cuanto a el o los *profesionales al servicio del centro* que sean causantes directos del daño, en principio creemos que sólo podrá exigírseles responsabilidad extracontractual, puesto que no les une al paciente contrato o relación previa de ningún tipo; a no ser que hubieran suscrito con la clínica u hospital en que prestan sus servicios un contrato en favor de tercero, siendo el beneficiario el paciente^{33, 34}.

Sentencia de 15 de marzo de 1993 (comentada por DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ en *CCJC* núm. 31, 1993, pp. 293 ss.), en el que la acción de responsabilidad civil contractual ejercitada por el paciente contra el médico que le había tratado y contra el INSALUD no prosperó porque no se apreció en los demandados negligencia de ninguna clase.

³² Así lo destaca la ya citada STS 22 de febrero de 1991, a propósito de un caso en el que a una mujer que había acudido a una clínica privada a realizarse una endodoncia, hubo de extraérsele un canino para recuperar un trozo de lima que se había incrustado en él después de que al facultativo se le rompiera el utensilio mientras practicaba aquella operación. Demandados el médico y la entidad propietaria de la clínica, el tribunal *a quo* condenó a ambos: al primero con base en los artículos 1101 y 1104 del Código Civil y a la segunda con apoyo en el artículo 1903 del Código Civil; centrándonos por el momento en lo relativo a la responsabilidad de la última, ésta adujo en su recurso de casación que, habiendo sido estimada la responsabilidad contractual del doctor, a ella no se le podía declarar responsable por el artículo 1903, porque éste sólo era aplicable a los supuestos de responsabilidad extracontractual; el TS desestimó el motivo señalando, entre otras razones, que «la demandante no recabó directamente los servicios de un médico concreto y determinado, sino que acudió a la Clínica Janos, que fue la que, después de señalarle día y hora para la consulta, designó al médico que había de atenderla, de entre los que en la misma prestan sus servicios, por lo que la responsabilidad de la... propietaria de la meritada Clínica, *también participa de la responsabilidad por culpa contractual declarada respecto del médico a su servicio*».

³³ Con dicha configuración –posible conforme al artículo 1257.II del Código Civil– el beneficiario (paciente) dispondría de una pretensión *contractual* frente al promitente (médicos y demás personal sanitario), pudiendo exigirle el cumplimiento de la promesa estipulada en su beneficio, así como la responsabilidad –contractual– consiguiente a su inobservancia (*vid. sobre este punto* DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, Madrid 1993, pp. 403 y 404). A falta de previsión legal atribuyendo este carácter al contrato entre los centros sanitarios y los profesionales que prestan el servicio, habría que estar a la voluntad de las partes para establecer si han contratado en favor de tercero; mas, si con la doctrina mayoritaria en nuestro país y ante el silencio del Código Civil, se entiende que el promitente no puede oponer frente al beneficiario las excepciones que él mismo pueda ostentar frente al estipulante (el centro), en concreto la excepción de contrato no cumplido y la compensación de un crédito del promitente frente al estipulante (a este respecto *vid.* DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, vol. I, cit., p. 415), parece poco probable que los profesionales médico-sanitarios estén dispuestos a configurar de este modo sus contratos con los centros.

No lo vio así, sin embargo, SANTOS BRIZ («La responsabilidad...», cit., pp. 668 y 678), para quien «es bastante admisible» considerar que entre ambas partes se celebra un contrato en favor de terceros; a SANTOS BRIZ le sigue MARTÍNEZ-CALCERRADA, en «La responsabilidad...», cit., p. 21.

Por su parte, ALONSO PÉREZ (*Los contratos...*, cit., pp. 176 ss.) ha defendido recientemente la ineptitud del contrato en favor de tercero para encuadrar las relaciones existentes en estos casos, buscando su acomodo jurídico en el instituto de la delegación.

³⁴ Por ello nos parece criticable que en el caso de la STS 22 de febrero de 1991, a la que nos referíamos dos notas más atrás, la responsabilidad del médico al servicio de la clí-

2.3.2 La prestación de asistencia a través de un seguro médico

1. Parte de la asistencia sanitaria se canaliza por medio de seguros médicos privados con entidades o sociedades (como ASISA, Adeslas, Sanitas, etc.) que ofrecen un cuadro de centros médicos, facultativos de las distintas especialidades y personal sanitario, a los que el particular asegurado puede acudir cuando lo precise. A su vez, esos centros y personal médico-sanitario pueden ser o no propios de la aseguradora; esto es, ésta puede contar con hospitales de su titularidad y con un personal que dependa directamente de ella o, si no dispone de medios propios, contratar los servicios de hospitales y profesionales independientes, que así se comprometen a atender a los asegurados.

2. Sea como fuere, *el particular sólo contrata con la aseguradora* por lo que, a la hora de exigir responsabilidades civiles por los daños que sean consecuencia de un tratamiento, el incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato únicamente podrá hacerse valer contra esa entidad (y no contra los médicos y los centros que no sean de su titularidad, a los que nos referiremos más adelante). Esto no quiere decir que la contractual sea la única responsabilidad civil exigible a la entidad; y ello por la reiterada doctrina jurisprudencial que permite optar por la responsabilidad aquiliana aun cuando medie un contrato entre las partes³⁵; de ahí que, por ejemplo, en el caso resuelto por la STS 12 de febrero de 1990, la aseguradora demandada fuera condenada con base en el artículo 1903.IV del Código Civil, por la actuación negligente de un médico que dependía de ella.

Tal relación de dependencia no es precisa, en cambio, si contra la entidad aseguradora se ejercita la acción de responsabilidad civil contractual, pues entonces el deudor ha de responder de la actuación de todas aquellas personas de las que se valga para cumplir con sus obligaciones contractuales, esto es, de sus auxiliares para el cumplimiento, sean o no dependientes suyos; así, la independencia funcional de un médico respecto de una aseguradora podría ser, quizá, una circunstancia apta para eximir a ésta de responsabilidad extracontractual (*ex art. 1903.IV del Código Civil*), mas no de responsabilidad contractual. Ahora bien, para fijar el alcance de esta última cuando de la asistencia sanitaria prestada resulten daños, es preciso determinar *cuál es el contenido de la obligación que las entidades aseguradoras asumen en virtud del contrato celebrado con el particular*.

A tales efectos interesa la STS 27 de septiembre de 1994. Los hechos fueron los siguientes: un niño de dos años, que había sufrido unos desgarros en un dedo al manipular un enchufe eléctrico, fue sometido a una intervención quirúrgica en un Centro de Quemados de la Cruz Roja,

nica se calificara de contractual, pues en absoluto se menciona que entre ambos hubiera un contrato en favor de terceros; y los mismos argumentos que emplea el Supremo para justificar la posible calificación como contractual de la responsabilidad del titular de la clínica (transcritos en la nota 32) avalan la tesis de que la responsabilidad del médico no podía ser más que extracontractual.

³⁵ Sobre dicha doctrina *vid. infra* epígrafe III.

durante la cual se produjo un accidente anestésico que le dejó graves consecuencias neurológicas determinantes de una incapacitación de por vida. El Centro era propiedad de la Cruz Roja, de la que dependían los médicos intervinientes en la operación, y a él acudió el padre del menor en su calidad de afiliado a ASISA, ya que ésta tenía concertada con la Cruz Roja la utilización del mencionado Centro. El padre demandó en representación de su hijo a cuatro médicos, Cruz Roja y ASISA, aunque la petición de condena se limitaba a la responsabilidad civil de los dos anestesistas que intervinieron en la operación y a Cruz Roja. Esta limitación hizo que la Audiencia sólo condenara al pago de la compensación pecuniaria a uno de los anestesistas y a Cruz Roja, a pesar de haber apreciado también negligencia en ASISA³⁶. Con todo, la aseguradora recurrió la sentencia, lo mismo que Cruz Roja.

El TS, apreciando culpa en los médicos que trataron al menor³⁷ e insistiendo en que los mismos dependían del Centro, confirmó la condena de Cruz Roja basándose en la existencia de culpa *in eligendo e in vigilando* a los efectos del artículo 1903.IV del Código Civil. En cambio, la independencia de los facultativos respecto de la aseguradora excluía cualquier responsabilidad aquiliana de ésta conforme al artículo 1903.IV del Código Civil. Lo que ocurre es que el TS, estimando el recurso de ASISA, descartó también su responsabilidad contractual, entendiendo que la misma había cumplido «los contratos que tenía concertados, por un lado, con el particular asociado..., y, por otro, con la entidad médica (Cruz Roja Española) directamente encargada de aquella asistencia sanitaria».

A nuestro juicio, este último punto relativo a la responsabilidad contractual resulta criticable, pues comporta una concepción muy limitada de las obligaciones contractuales asumidas por ASISA frente al asegurado. Según la sentencia, entre ambas media un «contrato de prestación de servicios médicos, mediante el cual el centro médico (en el caso discutido la entidad aseguradora) se obliga a suministrar al asociado o afiliado un servicio médico por intermedio de facultativos, clínicas, laboratorios, personal paramédico, etc., que pone a su disposición a cambio de dinero, que se abona en forma periódica, y que puede hacerse mediante pago por prestación o acto médico, o de una cantidad fija (sistema de iguales o de primas de seguro)»³⁸. Si en este caso el TS entiende que ASISA había cumplido frente al asegurado es, como acertadamente observa Jordano Fraga³⁹, porque el Alto Tribunal considera que su obligación no es la de *prestar asistencia sanitaria* a los beneficia-

³⁶ Sobre esta peculiar situación procesal *vid.* el comentario a la sentencia de JORDANO FRAGA, *CCJC* n.º 37, 1995, pp. 241, 244 y 245.

³⁷ En la sentencia se habla varias veces de la negligencia de los facultativos, en plural, aunque sólo uno de ellos resultó condenado.

³⁸ Esta definición se encontraba ya en un artículo («La responsabilidad...», cit., p. 678) en el que quien fue ponente de la sentencia del Supremo, Excmo. Sr. Santos Briz, recogía la noción de otro autor (A. J. BUERES, *La responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos*, Buenos Aires, 1981, pp. 26 ss.) acerca del contrato de prestación de servicios médicos.

³⁹ «Comentario a la STS 27 de septiembre de 1994», cit., pp. 246 y 247.

rios de su cobertura, sino simplemente la de *procurarles* los profesionales y los centros encargados de prestar tal asistencia; desde esta perspectiva –señala Jordano–, no puede apreciarse incumplimiento por parte de la aseguradora mientras no incurra en *mala electio* (elección o designación negligente de profesionales o centros sanitarios); y en el caso de autos no podía considerarse que la elección por ASISA del Centro de Quemados de la Cruz Roja, al parecer uno de los mejores en su campo, constituyera *mala electio*.

Sin embargo, si se tienen en cuenta las atribuciones que se arrojan las entidades aseguradoras en cuanto a la prestación de los distintos servicios médicos y el determinante papel de las mismas en su organización, así como la forma en que publicitan sus servicios en el mercado ⁴⁰, es difícil admitir que se trata de simples intermediarias entre el usuario y el prestador del servicio médico y que ellas mismas no asumen la obligación de prestar la asistencia, aunque sea valiéndose de centros y personal ajenos. En este sentido, coincidimos plenamente con Jordano cuando señala que «nos hallamos, simplemente, ante un deudor que, en vez de cumplir por sí... o con sus dependientes, utiliza a (otros) terceros (autónomos) para la realización de la prestación (sanitaria) por él debida. Y estos terceros, por el simple hecho de ser utilizados, por voluntad del deudor... en la realización del cumplimiento de la obligación de aquél, son auxiliares de dicho cumplimiento, lo que es suficiente para que el deudor responda *contractualmente* por ellos –responsabilidad contractual indirecta: por hecho ajeno–, *aunque no resulten ser sus empleados o dependientes*» ⁴¹. De aceptarse este planteamiento, que compartimos, las entidades aseguradoras responderían contractualmente de la actuación de todos los centros y todos los profesionales, propios o ajenos, dependientes suyos o no, de que se sirvieran para prestar la asistencia sanitaria a sus beneficiarios.

3. En cuanto a los *auxiliares para el cumplimiento*, dado que entre ellos y el paciente no media contrato alguno y que el existente entre ellos y las aseguradoras difícilmente se configurará como contrato en favor de tercero ⁴², se entiende comúnmente que la única responsabilidad civil que se les puede exigir, en su caso, es la extracontractual ⁴³.

⁴⁰ Efectivamente, editan sus propios folletos, catálogos y listines; redactan las reglas de utilización de los servicios, a veces atribuyéndose funciones importantes de supervisión de las prestaciones; se ofrecen al público como empresa avalada por la profesionalidad del personal con que cuenta –dependiente o no– y la calidad de sus instalaciones –propias o no–, etc.

⁴¹ Comentario citado, p. 247. Observa el mismo autor –y también creemos que con razón– que la doctrina que el Supremo refiere a ASISA es aplicable a Mutualidades que, como MUFACE (la Mutualidad de los funcionarios), ofrecen a sus mutualistas una o varias entidades aseguradoras de asistencia médica para que elijan una: «su cumplimiento se agota en la *bona electio* y su responsabilidad sólo se desencadena con la *mala electio*» (*op. cit.*, p. 248).

⁴² Y ello por las mismas razones expuestas *supra* (en nota 33), al referirnos al personal médico-sanitario que presta sus servicios en centros asistenciales y al contrato existente entre ellos.

⁴³ Así, JORDANO FRAGA, «Comentario a la STS 27 de septiembre de 1994», cit., pp. 239 y 242 (en alusión a médicos y titular del centro asistencial), e YZQUIERDO

2.4 RELACIÓN DE AFILIACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL

1. Cuando el paciente perjudicado por un tratamiento médico o sanitario es un afiliado a la Seguridad Social y opta por hacer valer la *responsabilidad civil del órgano competente para la gestión y administración de esa asistencia sanitaria* (que será, según la Comunidad Autónoma de que se trate, el INSALUD, el Servicio Andaluz o el Servicio Valenciano de Salud –SAS o SAV, respectivamente–, el Instituto Catalán de la Salud, etc.) en lugar de la responsabilidad patrimonial administrativa ⁴⁴, es preciso determinar *qué clase de relación genera la afiliación a la Seguridad Social* para concretar el tipo de responsabilidad, contractual o extracontractual, exigible de dicho órgano ⁴⁵.

El TS no sigue un criterio unívoco a este respecto, de modo que sus sentencias se adscriben a dos líneas contradictorias:

1.^a En varias sentencias el TS mantiene que la acción a ejercitar frente al órgano gestor de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social es la de *responsabilidad extracontractual*. Así, en la de *20 de febrero de 1981*, tras negar que la relación entre el beneficiario de la Seguridad Social y el personal al servicio de ésta sea contractual, e indicar que los resultados dañosos de las prestaciones recibidas dan lugar a «una responsabilidad civil para cuya efectividad habrá de ejercitarse la acción por culpa extracontractual o aquiliana que sanciona el artículo 1902 y en su caso el 1903 del Código Civil», se añade que lo mismo es aplicable respecto del Instituto Nacional de Previsión, a quien considera correctamente aplicado el artículo 1902 del Código Civil; esta doctrina se reitera después en otros fallos de la Sala 1.^a del TS, en los que se trata de justificar la competencia de la jurisdicción civil para conocer de las pretensiones indemnizatorias dirigidas contra la Administración (así, por ejemplo, en las *SSTS 21 de septiembre de 1988* y *16 de julio de 1991* y, aun con diferente formulación, en la de *22 de junio de 1988* ⁴⁶).

TOLSADA, «Comentario a la STS 31 de enero de 1990» (en realidad se trata de la STS 12 de febrero de 1990), *CCJC* n.º 22, 1990, p. 284 (refiriéndose a un médico dependiente de una aseguradora).

En las SSTS 12 de febrero de 1990 y 27 de septiembre de 1994, un médico dependiente de Adeslas (primer supuesto) y otro de la Cruz Roja (segundo caso) resultaron condenados con base en los artículos 1902 y 1903.IV del Código Civil, respectivamente; también la STS 12 de mayo de 1988 declaró la responsabilidad extracontractual ex artículo 1902 del Código Civil del dueño de una clínica privada (por deficiencias en determinado material quirúrgico), en la que había ingresado una paciente por su vinculación a un Igualatorio Médico Quirúrgico. En cambio, la STS 25 de abril de 1994 estimó la responsabilidad contractual, ex arts. 1101 y 1104 del Código Civil, de un médico de Sanitas que había practicado una vasectomía al beneficiario de una póliza con dicha entidad.

⁴⁴ Sobre ésta última, *vid. infra*, epígrafe 4.1.1.

⁴⁵ Caso distinto es el de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a personas no afiliadas que carezcan de recursos económicos suficientes, a las que el Real Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre, extendió la cobertura asistencial; en tal hipótesis, parece que la responsabilidad civil no puede ser sino aquiliana.

⁴⁶ En todos los casos se estimó la responsabilidad civil extracontractual del INSALUD.

2.^a Otras sentencias prefieren calificar de *contractual* la responsabilidad del INSALUD (u órgano análogo) frente a los afiliados a la Seguridad Social. Así, por ejemplo, la *STS 29 de octubre de 1992* afirma con rotundidad que «no cabe duda que la relación existente entre una persona afiliada a la Seguridad Social y el Centro Hospitalario que, integrado en la misma, le presta asistencia médica, viene configurada como propiamente contractual, no obstante los matices y las peculiaridades que le caracterizan»⁴⁷. La misma línea sigue la *STS 18 de febrero de 1997*, que confirmó la calificación que el tribunal de segunda instancia había hecho de la relación entre afiliado y Seguridad Social como contractual, para estimar la responsabilidad del mismo orden del Instituto Catalán de la Salud; es más, en esta ocasión el Supremo llega a considerar el contrato como de adhesión y a apreciar la existencia de una relación contractual de hecho o derivada de una conducta social típica, cual era en el caso la utilización de un servicio público, no pareciéndole ilógica la interpretación que la Sala de instancia hizo de la relación jurídica enjuiciada. También la *STS 31 de diciembre de 1997* se adscribe a esta línea, en un supuesto en el que una beneficiaria de la Seguridad Social había hecho valer en su demanda contra el Servicio Andaluz de Salud tanto la culpa contractual como la extracontractual, con carácter alternativo; el Supremo negó que conforme al artículo 1968.2.º del Código Civil la acción hubiese prescrito, tal como pretendía el SAS; pero, además y a mayor abundamiento, recuerda su doctrina sobre la yuxtaposición de las responsabilidades contractual y extracontractual cuando el hecho dañoso «es violación de una obligación contractual y, al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro» para indicar que, dado que en la demanda se alegaban ambas culpas, «producida una situación de culpa contractual, la acción para su ejercicio está afectada por el plazo prescriptivo de quince años» fijado en el artículo 1964 del Código Civil. Por su parte, la *STS 19 de febrero de 1998*, reiterando la doctrina ya establecida en la *STS 16 de diciembre de 1997*, destaca cómo la responsabilidad médica es «por lo general, de tipo contractual, tanto porque haya un contrato de asistencia, directo o a través de Entidad o Seguridad Social, tanto porque se integre merced al mismo acto médico». Finalmente, la *STS 6 de mayo de 1998*, para justificar la condena del INSALUD por responsabilidad contractual, destaca, entre otros argumentos, que «hay razones para admitir que la relación que une al INSALUD con los enfermos atendidos en sus clínicas y hospitales tiene un componente contractual, y concretamente de arrendamiento de servicios»⁴⁸.

⁴⁷ Por ello el TS confirmó la condena del INSALUD (titular del hospital en que se trató al paciente) que la Audiencia había basado en el incumplimiento de sus obligaciones contractuales.

⁴⁸ La *STS 5 de mayo de 1988* parece inscribirse en este segundo grupo cuando, al resolver el recurso interpuesto por el INSALUD contra la sentencia condenatoria de la Audiencia, señala: «es indudable que... concurren los requisitos generales de la culpa contractual, que determinan para la entidad recurrente la responsabilidad civil que dimana del artículo 1101 del Código Civil, al ser consecuencia del defectuoso cumplimiento de un

Al parecer, nuestra doctrina se inclina mayoritariamente por negar que en estos casos exista una relación contractual ⁴⁹. Sin embargo, habría que tener en cuenta cómo el TS, para aplicar las reglas de la responsabilidad contractual, se ha conformado en diversas ocasiones con que existiera una relación jurídica previa entre dañante y dañado, aunque no fuera contractual, como, por ejemplo, una relación de Derecho público similar a un contrato de Derecho privado ⁵⁰. A nuestro modo de ver, esa relación previa es clara en la hipótesis de afiliación a la Seguridad Social, y justificaría la aplicabilidad del régimen de responsabilidad civil contractual ⁵¹.

2. Desde cualquiera de las dos posiciones indicadas, podrá justificarse –si se dan los presupuestos para ello– la responsabilidad del órgano gestor de la asistencia frente al afiliado a la Seguridad Social, por lo que ocurra en los centros de su titularidad y, en concreto, por la actuación del personal dependiente de la Administración. Mas la asistencia sanitaria de la Seguridad Social también puede dispensarse en centros privados, ya sean *concertados*, ya sean *vinculados* al Sistema Nacional de Salud mediante un convenio singular ⁵²; el titular de estos centros ya no es el INSALUD u órgano análogo, sino una persona física o jurídica distinta e independiente de aquél; dicha independencia funcional determinaría, en principio, la imposibilidad de hacer responder al INSALUD *ex* artículo 1903.IV del Código Civil por los daños ocasionados a los pacientes asistidos en uno de esos centros, mientras que no habría problema alguno, en cambio, para exigirle responsabilidad contractual. Ahora bien, tal diferencia desaparecería si entendemos que, aun a falta

contrato de asistencia médica»; sin embargo, los términos de la sentencia resultan un tanto contradictorios cuando a continuación añade: «si bien respecto de la entidad recurrente, *al no haber contratado directamente con los demandantes* y recurridos, pueda decirse, como hace la sentencia impugnada, que se basa en la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del mismo Cuerpo legal»; apreciando que hubo negligencia en el INSALUD, el TS insiste después en que de la admisión de su responsabilidad *ex* arts. 1902 y 1903.IV del Código Civil derivaban «consecuencias jurídicas similares a las obtenidas con base en una responsabilidad contractual reconocida en los artículos 1101 y 1106 del mismo Código»; de ahí (esto es, dada la identidad de los resultados a que se llegarían, fuera cual fuera el fundamento de la condena) que el TS desestimara los motivos del recurso en que se aducía aplicación incorrecta de los artículos 1902 y 1903.IV del Código Civil.

⁴⁹ Así lo señala RIVERA FERNÁNDEZ, con cita de varios autores, y tomando él mismo posición en este sentido, en *La responsabilidad...*, cit., pp. 35 y 36.

⁵⁰ A este supuesto hacía referencia la STS 26 de enero de 1984 y a él aludió la Audiencia en el caso finalmente resuelto por la STS 18 de febrero de 1997, citada *supra*; según la Audiencia, el caso (en que el paciente estaba afiliado a la Seguridad Social) era de responsabilidad contractual pues se daba el requisito de «la existencia de relación jurídica preestablecida inter partes, sea propiamente contractual o análoga, como es la relación de Derecho público similar a un contrato de Derecho privado».

A la doctrina jurisprudencial apuntada en el texto, ya nos referimos *supra*, al final del epígrafe 2.1 y en la nota 8.

⁵¹ Ésta parece ser también la opinión de PANTALEÓN PRIETO, en «Comentario al artículo 1902 del Código Civil», cit., p. 1980.

⁵² Sobre ambas modalidades de gestión indirecta de los servicios sanitarios públicos *vid.* VILLAR ROJAS, *La responsabilidad de las Administraciones sanitarias: fundamento y límites*, Barcelona 1996, pp. 103 a 107.

de contrato, cuando un sujeto tiene un especial deber de cuidado frente a otro, más allá del genérico deber de no ocasionarle daños, debe responder frente a él del cumplimiento de ese deber, aunque se lo haya encargado a sujetos que no sean dependientes suyos; en este sentido observa Miquel González ⁵³ que «si la *responsabilidad contractual* se impone al deudor también por los auxiliares *independientes*, porque el deudor no puede descargarse de su obligación por servirse de terceros para cumplirla, puede admitirse que lo mismo sucederá en los supuestos en que una persona tenga un deber específico de cuidado a su cargo más allá del genérico *alterum non laedere*». Y es evidente que el INSALUD tiene frente a los afiliados a la Seguridad Social algo más que el deber de no dañarles, en concreto el de prestarles una asistencia sanitaria correcta y conforme al estado actual de la ciencia y a las concretas circunstancias del caso.

El propio TS también ha admitido en diversas ocasiones la responsabilidad extracontractual por hecho ajeno en casos en que no había dependencia, basándose en que el responsable se había reservado la dirección y vigilancia de los trabajos ⁵⁴; y en las dos modalidades indicadas anteriormente de gestión indirecta de los servicios sanitarios públicos, la Administración controla el servicio prestado en el centro privado: si es concertado, ejerciendo funciones de inspección, entre otros, de los servicios sanitarios, siendo la intervención administrativa mayor si se trata de un centro vinculado, cuya organización entonces se publica ⁵⁵. De hecho, aun sin mencionar para nada el control administrativo de la actividad, el TS no tuvo reparo alguno, en su Sentencia de 6 de octubre de 1994, para estimar la responsabilidad aquiliana del INSALUD en un caso en que la asistencia sanitaria defectuosa se había prestado en una clínica privada concertada (cuyo dueño también fue condenado *ex artículos 1902 y 1903 del Código Civil*).

3. También en este ámbito de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social ha subrayado el Supremo la *inexistencia de una obligación de resultado* a cargo de los centros en que la misma se presta; así, en su Sentencia de 29 de octubre de 1992 destaca cómo la relación entre el centro y el afiliado a la Seguridad Social «no comporta la ineludible obligación de obtener la curación del paciente, sino la de aportar cuantos medios fuesen necesarios y estuviesen dentro de las posibilidades dispositivas del centro en punto a la consecución de la misma».

4. En cuanto al *personal, funcionario o contratado, al servicio del INSALUD* u órgano autonómico paralelo, parece claro que la única responsabilidad civil que podrá exigirle el beneficiario de la Seguridad Social que haya sufrido los efectos dañosos de su actuación negligente es la extracontractual, pues no media entre ambos relación contractual

⁵³ «La responsabilidad contractual y extracontractual; distinción y consecuencias», *Jornadas sobre Responsabilidad Civil organizadas por el CGPJ*, Madrid 1993, pp. 77 y 78 (77).

⁵⁴ Vid. a este respecto CAVANILLAS MÚGICA, *La concurrencia...*, cit., p. 32. y MIQUEL GONZÁLEZ, «La responsabilidad...», cit., p. 77.

⁵⁵ Sobre estas cuestiones, vid. VILLAR ROJAS, *La responsabilidad...*, cit., pp. 105 y 107.

alguna; el facultativo atiende al paciente porque a ello le obliga su relación, funcional o laboral, con el INSALUD ⁵⁶.

El TS sigue esta posición, condenando –en su caso– a dicho personal con base en el artículo 1902 del Código Civil en incontables fallos ⁵⁷. Además la defiende de manera expresa en sentencias como las de 20 de febrero de 1981 (a la que ya nos referimos unas líneas atrás ⁵⁸) y, más recientemente, en la de 22 de abril de 1997; según esta última, la responsabilidad médica es extracontractual «cuando el daño no deriva de la ejecución del contrato, sino que se ha producido al margen de la relación contractual o el profesional no ha contratado con la víctima, como es el caso del médico dependiente del Instituto Nacional de la Salud...».

III. TRASCENDENCIA PRÁCTICA DE LA DISTINCIÓN ENTRE LOS SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y LOS DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

En las páginas precedentes hemos tratado de delimitar los supuestos en que cabe exigir responsabilidad contractual respecto de aquellos en que la única responsabilidad invocable es la aquiliana. Sin embargo, la trascendencia de tal delimitación se ve considerablemente reducida en la práctica, ante todo por dos razones:

1.^a En primer lugar, porque en la práctica *los regímenes de una y otra se han aproximado sensiblemente*, desdibujándose las diferencias que tradicionalmente se establecían entre ambas. No profundizaremos en este tema, que ya ha sido tratado con detalle en la doctrina ⁵⁹, aunque sí analizaremos, en el siguiente epígrafe, similitudes y diferencias entre los criterios de imputación de responsabilidad que operan en cada uno de los ámbitos, contractual y extracontractual; anticipamos ya, sin embargo, que las diferencias allí señaladas son, más que nada, resultado

⁵⁶ Y tampoco aquí parece haber un contrato en favor de tercero.

No obstante, hay quien entiende que con la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de 26 de noviembre de 1992, ya no existe siquiera la responsabilidad civil del personal médico y sanitario del INSALUD frente a los perjudicados, porque ha sido sustituida por la responsabilidad directa del propio INSALUD (así, PANTALEÓN PRIETO, *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración*, Madrid 1995, pp. 55 ss.); mas la doctrina mayoritaria no comparte esta opinión (sobre este punto *vid. infra*, nota 97).

⁵⁷ Como simple muestra cabe citar las SSTs 13 de octubre de 1992, 25 de noviembre de 1993, 15 de octubre de 1996 (Ar. 7110) y, entre las más recientes, las de 20 de marzo, 7 de abril, 6 de junio, 9 de junio (Ar. 4731) y 28 de julio de 1997.

⁵⁸ *Vid. supra*, al comienzo de este epígrafe 2.4.

⁵⁹ *Vid. v. gr.*, CAVANILLAS MÚGICA, *La concurrencia...*, cit., pp. 19 ss., y MIQUEL GONZÁLEZ, «La responsabilidad...», cit., pp. 61 ss.

de un análisis teórico atento a la letra de la Ley y, en su caso, de una revisión crítica de lo que ocurre en la práctica, en la que en realidad pocas diferencias se aprecian.

Por lo demás, la diferencia más llamativa, y desde luego subsistente, es el distinto plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad contractual (el general de quince años del artículo 1964 del Código Civil) y extracontractual (el año previsto en el art. 1968.2.º del Código Civil).

2.^a Cuando el hecho dañoso sea subsumible en el supuesto de hecho de las normas de uno y otro régimen, el TS admite que *el perjudicado puede optar por la acción, contractual o extracontractual, que prefiera* ⁶⁰. Esto es, no hay opción cuando entre dañado y dañante no hubiese ninguna relación jurídica previa, de origen contractual o no ⁶¹: la única responsabilidad civil exigible es entonces la extracontractual ⁶². En cambio, según observa el Supremo, «cuando un hecho dañoso sea violación de una obligación contractual y, al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro, hay una yuxtaposición de las responsabilidades contractuales y extracontractuales, que da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente u optando por una o por otra, e incluso proporcionando los hechos al juzgador para que éste aplique las normas en concurso de ambas responsabilidades que más se acomoden a aquéllos; todo en favor de la víctima y para el logro de un resarcimiento del daño lo más completo posible» (así, la STS 15 de febrero de 1993, que cita la de 6 de octubre de 1992, y cuya doctrina reproducen, entre otras, las SSTS de 1 de febrero y 27 de septiembre de 1994, 18 de febrero, 28 de junio y 31 de diciembre de 1997 y 21 de abril de 1998) ⁶³.

Esta opción sería útil, por razones de economía procesal, si se entendiera que en los casos descritos (hecho dañoso subsumible en los dos regímenes jurídicos) hay dos *causae petendi* distintas, la basada en las normas de responsabilidad contractual y la basada en las de la extracontractual, de tal modo que el Juez no podría variar la *causa* invocada sin incurrir en incongruencia ⁶⁴; si esto fuera así y el actor no pudiera

⁶⁰ Sobre las vacilaciones apreciables en la doctrina del Supremo a propósito de la admisibilidad o no de esta opción *vid.* PANTALEÓN PRIETO, «Comentario a la STS 26 de enero de 1984», cit., pp. 1266 y 1267, y «Comentario al artículo 1902 del Código Civil», cit., p. 1979; no obstante, ya en 1984 observaba el mismo autor («Comentario a la STS 10 de mayo de 1984», *CCJC* n.º 5, 1984, p. 1653.) cómo el Alto Tribunal se inclinaba por la posibilidad de opción cuando mediaba un arrendamiento de servicios profesionales. Véase también el análisis doctrinal y jurisprudencial de CAVANILLAS MÚGICA, *La concurrencia...*, cit., pp. 81 a 84 y 87 ss.

⁶¹ Sobre la posibilidad de calificar de contractual la responsabilidad en casos en que preexiste una relación jurídica aunque no sea estrictamente contractual, *vid.* lo apuntado *supra*, al final del epígrafe 2.1 y la nota 8.

⁶² Aparte de la posibilidad, indicada en su momento, de apreciar en determinados casos la existencia de un cuasi contrato.

⁶³ Confiere también al perjudicado la elección entre unas y otras normas en estos casos la STS 7 de febrero de 1990, que, sin embargo, no menciona la posibilidad de limitarse a proporcionar al Juez los hechos fundamentadores de la demanda.

⁶⁴ Véase a este respecto PANTALEÓN PRIETO, «Comentario a la STS 10 de mayo de 1984», cit., pp. 1658 y 1659, y «Comentario al artículo 1902 del Código Civil», cit., p. 1981.

optar, su pretensión no podría estimarse cuando hubiera ejercitado la acción «equivocada», por muy justificada que aquella fuera: así, si en el caso de que hubiese una relación contractual preexistente se entendiera que el perjudicado tiene que ejercitar necesariamente la acción de responsabilidad contractual y en su lugar hubiese ejercitado la extracontractual, la misma nunca podría estimarse, teniendo que iniciarse un nuevo proceso en el que se hiciera valer la *causa petendi* procedente. En cambio, admitiendo la opción o, como también se ha denominado, la «tesis de la acumulación», no existiría ese peligro pues aunque hubiese un contrato entre las partes, el dañado siempre podría elegir la acción de responsabilidad que quisiera.

Ahora bien, ¿es éste el punto de vista del Supremo en las sentencias citadas? En ellas no sólo se reconoce la opción del damnificado, sino que, además, se le permite limitarse a proporcionar los hechos al Juez para que sea éste el que aplique las normas que procedan. Y esto último –parece– presupone entender que la *causa petendi* en estos casos es una sola: la que configura el relato fáctico que justifica el *petitum*, mas no la fundamentación jurídica del mismo⁶⁵; concretar dicho fundamento es tarea del Juez, en virtud del principio *iura novit curia*; el propio TS admite esto en su ya citada Sentencia de 18 de febrero de 1997, al señalar que cuando el mismo hecho dañoso configura tanto un supuesto normativo como otro (el de la responsabilidad contractual y el de la extracontractual), ello «determina, en términos procesales, un concurso de normas coincidentes en una misma pretensión, fijada en lo sustancial por la unidad de los acontecimientos históricos que justifican el *petitum indemnizatorio*»⁶⁶. Y en unos términos muy similares a los del texto antes citado de Pantaleón Prieto⁶⁷, continúa: «Con excepciones, la doctrina civilista actual sostiene que sería erróneo considerar que si el per-

Revisando planteamientos anteriores, PANTALEÓN PRIETO («Comentario al artículo 1902 del Código Civil», cit., p. 1978) subraya la necesidad de distinguir la pretensión en sentido procesal de la pretensión en sentido material, en lo que nos centraremos aquí brevemente, para comprender mejor lo que se expone a continuación en el texto. Destaca este autor (y la idea, como en seguida veremos, se acoge también por el TS) que la *causa petendi* que, junto al *petitum*, define la pretensión procesal, viene configurada por los hechos en que se basa la demanda (no por su fundamentación jurídica); esos hechos pueden, al mismo tiempo, configurar los supuestos de hecho de varias pretensiones en sentido material. Para PANTALEÓN, las normas de responsabilidad contractual y extracontractual fundamentan dos pretensiones –añadimos: materiales– distintas; pero pretensión en sentido material no es lo mismo que pretensión en sentido procesal; pretensión procesal (que es –observa PANTALEÓN– la que marca los límites de la incongruencia, la litispendencia y la cosa juzgada), entendida como hemos visto, hay sólo una, y *causa petendi* también.

Ahora nos referimos en el texto a las consecuencias a que conduciría precisamente el planteamiento contrario a éste que acabamos de exponer: esto es, la consideración de que, no sólo hay dos pretensiones (materiales) distintas, sino también dos causas de pedir diferentes.

⁶⁵ Así también RIVERA FERNÁNDEZ, *La responsabilidad...*, cit., p. 34.

⁶⁶ Se habla, por tanto, de pretensión en sentido procesal y no de pretensión material.

⁶⁷ El «Comentario al artículo 1902 del Código Civil», cit., p. 1978, al que aludíamos en la nota 64.

judicado ha fundamentado su demanda de indemnización sólo en normas de responsabilidad extracontractual o sólo en normas de responsabilidad contractual, el órgano jurisdiccional incurre en incongruencia por cambio de la causa de pedir si funda la decisión en normas de culpa distintas de las invocadas. La *causa petendi* que con el *petitum* configuran la pretensión procesal se define por el relato de hechos y no por la fundamentación jurídica, que, en casos de culpa, no vincula al Tribunal ni en la calificación de la relación jurídica controvertida, ni en las normas de aplicación, de manera que el órgano jurisdiccional actúa dentro de los límites de la congruencia, aunque cambie el punto de vista jurídico. La jurisprudencia de esta Sala se ha decantado en esta línea, conforme al concepto de unidad de culpa»⁶⁸. Más adelante, reiterando la doctrina sentada por la STS 1 de febrero de 1994, el Supremo añade: «... amparada una determinada pretensión procesal en unos hechos constitutivos de la *causa peten-*

⁶⁸ En efecto, ya en 1993 observaba PANTALEÓN PRIETO («Comentario al artículo 1902 del Código Civil», cit., p. 1978) que esa era la línea en que se movía la jurisprudencia, citando sentencias del TS fechadas entre 1985 y 1989.

Lo que ocurre es que si la *causa petendi* viene determinada sólo por el relato fáctico que sirve de base a la demanda, y esto justifica que la fundamentación jurídica no vincule al tribunal, desde este planteamiento parece que lo mismo habría que entender respecto del propio actor, quien, por tanto, debería poder variar a lo largo del proceso dicha fundamentación siempre que los hechos alegados permanecieran inalterados. Tal posibilidad de cambio fue negada por la STS 9 de junio de 1997 (Ar. 4731), que, tras admitir la yuxtaposición de responsabilidades contractual y extracontractual en los casos a que venimos refiriéndonos, así como la posibilidad de optar por una u otra acción, añade: «En el caso presente la recurrente ejercitó... la acción extracontractual del artículo 1902 del Código Civil, la que enjuició la sentencia recurrida. *Al haber optado por ella no procede desplazar la cuestión al ámbito de la culpa contractual*, conforme reiterada doctrina jurisprudencial»; parece, pues, que esta sentencia no concibe la *causa petendi* en el sentido que antes indicábamos; no obstante, esta decisión no perjudicó a la actora, cuyo recurso de casación fue estimado por otros motivos, declarándose así finalmente la responsabilidad extracontractual de los demandados (un médico y el INSALUD). La STS 7 de abril de 1997, citada por ésta de 9 de junio de 1997, acoge la misma tesis (ambas son del mismo Ponente, Excmo. Sr. Villagómez Rodil), aunque también sin mayores consecuencias para la demandante; en este caso fue el médico condenado *ex artículo 1902 del Código Civil*, quien en su recurso de casación adujo aplicación indebida del mismo y no aplicación del artículo 1104 del Código Civil: según el Supremo, al ser la extracontractual la única acción planteada, «no se permite desplazar la cuestión al ámbito de la culpa contractual del artículo 1104...».

Este diverso planteamiento se encuentra también en otras sentencias del TS, dictadas fuera del ámbito de la responsabilidad médica, como la de 29 de noviembre de 1994 y las recientes de 24 y 26 de diciembre de 1997, entre otras. Esta última, por ejemplo, subraya que la doctrina jurisprudencial consagrada en la STS 6 de octubre de 1992 y otras posteriores a propósito de la yuxtaposición de responsabilidades (y que reproducíamos *supra*, en la sección 2.ª de este epígrafe III) «carece de aplicación al supuesto en el que la propia parte, de manera expresa y categórica, opta por ejercitar única y exclusivamente la acción correspondiente a una de esas dos clases de responsabilidad, pues en ese caso... *el juzgador solamente puede resolver la acción ejercitada conforme a las normas propias de la clase de responsabilidad invocada, sin que le sea posible aplicar las específicas y privativas normas de la otra clase de responsabilidad...*, ya que, si así lo hiciera, cambiando la única y exclusiva acción ejercitada, vendría a alterar, sustancialmente, la *causa petendi* de la demanda y a dejar a la otra parte en una situación de evidente... indefensión».

Sobre las cuestiones aquí apuntadas y las diferentes formas de concebir la *causa petendi*, *vid.* TAPIA FERNÁNDEZ, *La concurrencia...*, obra conjunta con Cavanillas Múgica, ya citada, pp. 207 ss.

di en términos tales que admitan... calificación jurídica por culpa, bien contractual, bien extracontractual o ambas conjuntamente, salvado –por iguales hechos y sujetos concurrentes– el carácter único de la indemnización, no puede absolverse de la demanda con fundamento en la equivocada o errónea elección de la norma de aplicación aducida sobre la culpa, pues se entiende que tal materia jurídica pertenece al campo del *iura novit curia* y no cabe eludir por razón de la errónea o incompleta elección de la norma el conocimiento del fondo, de manera que el cambio del punto de vista jurídico en cuestiones de esta naturaleza no supone una mutación del objeto litigioso». Idéntica doctrina se reitera en las SSTs de 6 de mayo y 9 de junio de 1998.

Observa Pantaleón Prieto⁶⁹ que, así concebida la pretensión en sentido procesal, el TS puede desestimar los recursos de casación en que el demandado aduzca la indebida aplicación de las normas de una u otra responsabilidad; para ello le bastará argumentar que, aplicando las reglas de la otra responsabilidad, se llegaría al mismo resultado, con lo que implícitamente estará diciendo que el juzgador puede aplicar las normas de la otra responsabilidad sin incurrir en incongruencia por cambio de la causa de pedir. En efecto, la misma STS 18 de febrero de 1997 se vale de este argumento; en el caso, un afiliado a la Seguridad Social había ejercitado la acción de responsabilidad extracontractual, entre otros, contra el Instituto Catalán de la Salud; éste fue condenado por la Audiencia, que aplicó el régimen de la responsabilidad contractual; el Instituto adujo, de un lado, incongruencia de la sentencia recurrida por cambio de la *causa petendi* (lo que el Supremo desestimó con los argumentos transcritos *supra*) y, de otro, aplicación indebida, por parte de la Audiencia, del régimen contractual dado que faltaba cualquier relación previa entre las partes; a este respecto el Tribunal Supremo no sólo considera lógica la interpretación hecha en la sentencia recurrida sino que, además, señala: «si por un fundamento jurídico distinto hubiera de llegarse al mismo resultado condenatorio, ninguna influencia tendría ello sobre la suerte del recurso de acuerdo con la doctrina notoria de esta Sala que entiende que, en supuestos de esta naturaleza el cambio de fundamentación no produce la casación de la sentencia».

Si se admite que el Juez puede variar la fundamentación jurídica, no importaría entender que la opción entre las acciones no es posible y que, siendo el daño consecuencia de la infracción de una obligación contractual, habría que ejercitar en todo caso la acción de responsabilidad contractual: porque si el dañado, equivocadamente, ejercitara la aquiliana, el Juez podría justificar la condena en la normativa procedente (contractual) sin incurrir por ello en incongruencia, pues la *causa petendi* no se habría alterado; de este modo quedaría ya suficientemente protegido el interés del dañado, de no tener que iniciar un nuevo proceso por el simple hecho de haber invocado la normativa incorrecta⁷⁰. Sin embar-

⁶⁹ «Comentario al artículo 1902 del Código Civil», cit., p. 1978.

⁷⁰ En este sentido, PANTALEÓN PRIETO, «Comentario al artículo 1902 del Código Civil», cit., p. 1979; también RIVERA FERNÁNDEZ, *La responsabilidad...*, cit., pp. 34 y 35.

go, como hemos visto, el TS admite en diversas sentencias tanto la opción entre ambas acciones como la idea de que lo que configura la *causa petendi* es únicamente el relato fáctico que fundamenta la demanda.

Para terminar, podríamos preguntarnos si, en esta situación, *supone alguna ventaja para el perjudicado la posibilidad de optar* por el régimen de responsabilidad extracontractual cuando el hecho dañoso sea subsumible en su supuesto normativo a la vez que en el de la responsabilidad contractual ⁷¹.

Como podremos comprobar en la exposición que sigue, ninguna ventaja se aprecia en orden a los *criterios de imputación* de responsabilidad en la práctica ⁷². Tampoco en lo que se refiere al *plazo de prescripción*, mucho más breve conforme al artículo 1968.2.º del Código Civil que de acuerdo con el artículo 1964 del Código Civil. En cuanto a la posibilidad de exigir una *reparación íntegra* del daño, no sujeta a las limitaciones del artículo 1107 del Código Civil, no es ya sólo que, como observa Pantaleón ⁷³, el proporcionar esa ventaja sería ya un fuerte argumento en contra de la tesis de la acumulación, sino que, si contemplamos los casos de responsabilidad médico-sanitaria, lo habitual es que en las sentencias se omita cualquier referencia a los criterios tenidos en cuenta para calcular la indemnización; y ni siquiera cuando la declaración de responsabilidad se basa en la normativa contractual se hace alusión alguna al artículo 1107 del Código Civil ⁷⁴. Por último, cuando son *varios los responsables* del mismo daño, la ventaja que para el demandante resultaría de la doctrina jurisprudencial favorable a la solidaridad en el ámbito extracontractual frente al principio contrario de que parte el artículo 1137 del Código Civil, en la práctica puede no apreciarse, pues la jurisprudencia también tiende a «corregir» el citado precepto en favor de la solidaridad ⁷⁵; en la misma hipótesis de pluralidad, si la responsabilidad de unos es contractual y la de otros extracontractual, el TS también tiende a admitir la solidaridad entre ellos ⁷⁶.

⁷¹ Cuestión que ya se plantea, en términos generales y no pensando en el concreto caso de los servicios médicos, PANTALEÓN PRIETO en su «Comentario a la STS 10 de mayo de 1984», cit., pp. 1654 ss., y, después, en «Comentario al artículo 1902 del Código Civil», cit., pp. 1980 y 1981.

⁷² Otra cosa es el planteamiento dogmático o, en su caso, la crítica que a la misma pueda hacerse, a la vista del tenor de la Ley.

⁷³ «Comentario al artículo 1902 del Código Civil», cit., p. 1981.

⁷⁴ También CAVANILLAS MÚGICA (*La concurrencia...*, cit., p. 34) subraya la escasa aplicación del artículo 1107 del Código Civil como fundamento efectivo del fallo en los casos de responsabilidad contractual en general.

⁷⁵ Vid. al respecto CAVANILLAS MÚGICA, *La concurrencia...*, cit., pp. 40 ss., y MIGUEL GONZÁLEZ, «La responsabilidad...», cit., pp. 72 y 73, con cita de sentencias del Supremo en esta línea.

⁷⁶ Sobre este punto vid. PANTALEÓN PRIETO, «Comentario al artículo 1902 del Código Civil», cit., p. 1980.

IV. CRITERIOS DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL ÁMBITO MÉDICO-SANITARIO. EN PARTICULAR, LA VIRTUALIDAD DE LA CULPA COMO CRITERIO DE IMPUTACIÓN

4.1 LA RESPONSABILIDAD DEL TITULAR DEL CENTRO SANITARIO

4.1.1 Responsabilidad patrimonial de la Administración

1. Puesto que la asistencia sanitaria de la Seguridad Social es un servicio público ⁷⁷, cuando de su prestación resulten daños para el paciente entrará en juego la llamada responsabilidad patrimonial de la Administración, esto es, en nuestro caso, la del órgano competente para su gestión y administración ⁷⁸. Dicha responsabilidad se encuentra regulada en la actualidad en los artículos 139 y ss. LRJPA. En consonancia con el artículo 106.2 CE, el artículo 139.1 LRJPA consagra el mismo principio que ya plasmara el artículo 40.1 LRJAE (derogado, entre otros preceptos de la misma Ley, por la LRJPA): «Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos».

⁷⁷ Con frecuencia, la Sala 1.ª del TS no lo ha entendido así, con el argumento de que «cuando las entidades gestoras de la prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social... realizan actuaciones de atención médica-sanitaria respecto a los particulares, no lo hacen en el marco de una relación jurídico-pública, pues ni se hallan dotados de *ius imperium*, ni ejercitan actividad de prestación de servicios públicos, sino en el de una relación de Derecho privado, a modo de empresarios obligados a procurar la curación de un lesionado o enfermo, con aplicación de... el artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado...» (STS 18 de febrero de 1997; en idéntica línea, aparte de las que menciona esta misma sentencia o RIVERA FERNÁNDEZ en la nota 16 de su ya citada obra *La responsabilidad...*, las SSTs de 12 de febrero de 1990 [AC, ref. 181/91], 16 de julio de 1991, 12 y 24 de junio de 1997). Con ello la Sala 1.ª del TS lo que pretende es, en definitiva, justificar la competencia de la jurisdicción civil para conocer de las pretensiones indemnizatorias dirigidas contra la Administración, sacando el supuesto del ámbito del –hoy ya derogado– artículo 40 LRJAE (lo que hacía precisa una interpretación restrictiva de la expresión de su párrafo primero «funcionamiento del servicio público») para incardinarlo en el del artículo 41 LRJAE (que, antes de ser derogado por la LRJPA, remitía a los tribunales ordinarios los supuestos de responsabilidad de la Administración cuando el Estado actuara en relaciones de Derecho Privado).

Esta tesis ha sido severamente criticada por alguna doctrina, que no duda en calificar de servicio público la asistencia sanitaria de la Seguridad Social (así, por ejemplo, PANTALEÓN PRIETO, *Responsabilidad...*, cit., p. 20 y RIVERA FERNÁNDEZ, *La responsabilidad...*, cit., pp. 19 y 20, este último con cita de otros autores de idéntica opinión en la nota 18 de su monografía); *vid.* asimismo VILLAR ROJAS, *La responsabilidad...*, cit., pp. 80 a 84 y la sentencia citada en la siguiente nota de este trabajo.

⁷⁸ En este sentido afirma la STS (Sala 4.ª) de 5 de junio de 1991: «es claro que la asistencia sanitaria prestada por el INSALUD a los beneficiarios de la Seguridad Social, está

Se consagra así una *responsabilidad objetiva* para cuya exigencia basta, según la interpretación común del precepto, con acreditar la *relación de causalidad* entre la actividad administrativa y el resultado dañoso ⁷⁹, esto es, en lo que aquí interesa, entre la asistencia sanitaria prestada por el INSALUD u órgano equivalente y los daños padecidos por quien la recibió; como criterio de imputación de la lesión (entendida como daño inferido al particular «que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley»: artículo 141.1 LRJPA) a la Administración de que se trate opera tanto el funcionamiento normal o anormal del servicio público como la idea del riesgo ⁸⁰. A los efectos de liberarse de responsabilidad, de nada le servirá a la Administración probar que la asistencia prestada fue irreprochable y que ni de parte del centro ni de la del personal a su servicio hubo negligencia alguna.

2. Lo único que puede eximir a la Administración de su obligación de responder es acreditar la concurrencia de un suceso de *fuerza mayor*, esto es, un suceso ajeno a su actividad, absolutamente imprevisible o que, aun pudiendo preverse, sea inevitable ⁸¹. Como tal cabría conside-

englobada en el servicio público de protección a la salud, servicio público que como tal, y máxime si está regido por el principio de eficacia, es responsable de la lesión que por su funcionamiento normal o anormal sufra todo particular, lesión que ha de ser indemnizada salvo que sea debida a fuerza mayor, como previene el artículo 40.1 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado en concordancia con el artículo 106.2 de la CE».

⁷⁹ Así lo destacan, entre muchas, las sentencias del TS (Sala 3.ª) 16 de diciembre de 1997 y 4 y 20 de mayo de 1998, con cita de otros fallos de la misma Sala en idéntico sentido.

⁸⁰ En este sentido y, en general, sobre las características de este régimen de responsabilidad *vid.* MARTÍN REBOLLO, «Responsabilidad de la Administración», *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. IV, Madrid 1995, p. 5927 y la bibliografía que cita en la p. 5932.

Crítico frente a la interpretación dominante del régimen legal de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas se muestra PANTALEÓN PRIETO (*Responsabilidad...*, cit., pp. 65 ss., en especial 75 ss.); mantiene PANTALEÓN (pp. 81 ss.) que la responsabilidad por funcionamiento normal de los servicios públicos ha de circunscribirse a los que denomina «daños cuasixpropiatorios o de sacrificio», que serían la consecuencia directa y connatural de actuaciones administrativas lícitas, pero que al perjudicarlo no le es exigible soportar; a su juicio, de los «daños producto de accidentes» sólo debe responder la Administración si son consecuencia del anormal funcionamiento de un servicio público, debiendo limitarse su responsabilidad objetiva por riesgo a los supuestos en que así lo dispongan leyes especiales, igualmente aplicables a los particulares (como la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor), respecto de lo cual nada viene a decir el artículo 139.1 LRJPA.

⁸¹ A la fuerza mayor habría que añadir *cualquier otra circunstancia que rompa el nexo causal* entre la asistencia prestada y el daño, como la culpa exclusiva de la víctima (v. gr., por automedicarse –*vid.* la STS 5 de diciembre de 1994– o por no seguir las indicaciones médicas; a esta cuestión y su tratamiento judicial –sobre todo por las Audiencias Provinciales –se refiere RIVERA FERNÁNDEZ, en *La responsabilidad...*, cit., pp. 65 y 66–; en cambio, para VILLAR ROJAS –*La responsabilidad...*, cit., pp. 157 y 158–, la conducta del paciente no puede llegar a exonerar de responsabilidad a la Administración, sino que, todo lo más, podrá valorarse como causa concurrente en la producción del daño), o la intervención de un tercero (por ejemplo, porque los padres del menor enfermo no acceden a que se le haga a su hijo la prueba propuesta por el médico y con la cual se habría podido diagnosticar y tratar convenientemente la dolencia; un supuesto de este tipo fue resuelto por la STS 31 de julio de 1997, que, no obstante, plantea el tema desde el punto

rar, por tanto, una imprevisible anomalía anatómica del paciente ⁸², o una reacción extraña del organismo humano que fuera imprevisible o que, aun siendo previsible, resultara inevitable.

Como ejemplo de lo dicho en último lugar puede citarse el caso resuelto por la STS 27 de junio de 1997; una mujer había quedado embarazada después de someterse a una ligadura de trompas; demandó, en exigencia de responsabilidad civil extracontractual, a dos médicos y al INSALUD; desestimada la demanda en primera y segunda instancia, en el recurso de casación invocó, junto a otros motivos, la responsabilidad objetiva del artículo 106.2 CE; el TS lo desestimó apuntando, entre otras razones, que *«el resultado no fue consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos (normal o anormal), sino de la imprevisible naturaleza humana o, mejor aún, con la previsión advertida a la paciente de que, según la literatura médica, a pesar de la operación se producen de 1 a 3 por 1.000 de embarazos, lo que lleva a considerar el caso como asumido por ella y de fuerza mayor, pues, previsto el posible resultado, fue inevitable, presentándose como irresistible e insuperable»* ⁸³.

de vista de la ausencia de culpa en el médico que aconsejó la prueba no consentida por los padres, absolviendo al médico y al INSALUD con base en los artículos 1902 y 1903.IV del Código Civil).

Esta idea es apuntada por la Sala 3.^a del TS, entre otras, en su Sentencia de 6 de febrero de 1996, cuando indica: «... la responsabilidad patrimonial de la Administración requiere la existencia de un nexo causal, directo e inmediato, entre el acto imputable a la Administración y la lesión causal... habiendo precisado constantemente la jurisprudencia, como han puesto de manifiesto las Sentencias de 20 octubre 1980 y 10 junio 1981, que *el nexo de causalidad ha de ser exclusivo, sin interferencias extrañas procedentes de terceros o del propio lesionado*». Por su parte, la STS (Sala 3.^a) 16 de diciembre de 1997 subraya que incumbe a la Administración la prueba de la circunstancia determinante de la ruptura del nexo causal (sea fuerza mayor, sea –en términos de la sentencia– dolo o «gravísima negligencia» de la víctima en la producción del daño).

⁸² En un caso de lesión del nervio ciático con motivo de la administración de una inyección, la STS 20 de febrero de 1992 confirmó la sentencia absolutoria recurrida por el demandante; lo hizo reiterando la clásica doctrina de que «en la conducta de los profesionales sanitarios queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva», pero los mismos hechos cuya consideración le llevaron a concluir la ausencia de culpa del demandado podían haberle servido para exonerarle de responsabilidad, aunque ésta hubiera sido objetiva, por concurrir una circunstancia de fuerza mayor; tales hechos fueron, tal y como consta en la misma sentencia, que «la punción en el nervio ciático se produjo por estar éste situado *fuera del lugar en que anatómicamente era previsible su ubicación*; y... el demandante no advirtió al demandado la existencia de esta anomalía anatómica, (quizás por ignorarla) y sin que, en cualquier caso, fuera apreciable de un modo directo la misma, motivo por el cual el evento dañoso se produjo de un modo imprevisible».

⁸³ Nótese que para la exoneración de responsabilidad fue determinante el que se hubiese informado debidamente del riesgo de fracaso de la operación a la paciente (a la relevancia de la obligación de información, sobre todo en los casos de medicina voluntaria, ya aludimos *supra*, en los apartados 1 y 2 del epígrafe 2.2).

Un supuesto similar al de la sentencia citada en el texto fue el resuelto por la STS de 11 de febrero de 1997 (si bien en el ámbito de la medicina privada), en el que un matrimonio demandó al cirujano que había practicado una vasectomía al marido (por responsabilidad contractual) y a los dos analistas (por vía extracontractual) que posteriormente habían practicado los espermogramas que habían constatado el éxito de la operación, cuando la esposa quedó embarazada poco después de que el cirujano, a la vista de los aná-

Existen, no obstante, sentencias en las que el requisito del nexo causal se afirma con que medie un mero concatenamiento mecánico causa-efecto entre actuación médica y resultado dañoso, sin atenderse a las extrañas reacciones del organismo del paciente como circunstancias constitutivas de fuerza mayor exoneratoria; como muestra de ello puede servir la STS (Sala 3.^a) 14 de junio de 1991⁸⁴, a propósito de un supuesto en que una mujer operada en una Residencia de la Seguridad Social sufrió graves secuelas a resultas de la intervención, aunque en todo el tratamiento se había observado la diligencia debida; el TS estimó la pretensión indemnizatoria y condenó al INSALUD, subrayando –en cita de la Sentencia de la misma Sala de 28 de mayo de 1991– que «alegar en estos casos ausencia de dolo o culpa, impericia o negligencia resulta intrascendente y por ello para nada hemos de profundizar en las concretas acciones u omisiones de los intervinientes, porque, en definitiva,... se está en presencia de un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración que... tiene carácter objetivo tal, que hace... innecesaria la justificación de que el hecho desencadenante del resultado que la determina no radique, propiamente, en el ejercicio de un servicio público...»; el Tribunal confirmó la sentencia apelada, considerando incontestables las consideraciones del tribunal de apelación, para quien la intervención del médico tan sólo debía contemplarse desde «la estricta objetividad mecánica de un comportamiento que se inserta, junto con otros eventos, en la causalidad material,... en la producción de un resultado. Lo único relevante para la Sala ha de ser la incidencia, a efectos de causalidad, de la intervención quirúrgica llevada a cabo en un centro de la Seguridad Social... La decisión de atender prioritariamente a la resolución del aneurisma del lado derecho (opción legítima desde las reglas de la *lex artis*) resultó *a posteriori*... desacertada, convirtiéndose en una de las concausas relevantes a la hora de valorar, desde una pura perspectiva de la causalidad material de los actos, las consecuencias lesivas de la operación». Si el daño se produjo a pesar de que el médico obró

lisis, informara a la pareja de que no existía riesgo de embarazo; la demanda fue desestimada en todas las instancias y el TS, aludiendo a la concurrencia del caso fortuito previsto en el artículo 1105 del Código Civil, subrayó que si «mediante los análisis espermio-gráficos necesarios se dictamina la infertilidad del varón de acuerdo con las reglas de la ciencia médica... no puede imputarse al médico un fallo que tenga por causa *un comportamiento extraordinario y no previsible de la fisiología del sujeto*» (ante la contundencia de los resultados analíticos, el propio TS parece poner en duda la paternidad del marido, pues a lo anterior añade cómo, además, aquélla no se había probado por los demandantes, siendo como era hecho constitutivo de la demanda); el TS razona sobre todo en términos de ausencia de culpa para desestimar el recurso, aun cuando en él se invocó también la responsabilidad objetiva consagrada en los artículos 25 a 29 LGDCU; a este respecto, el TS se conformó con reafirmar el carácter subjetivo de la responsabilidad médico-sanitaria, sin tener, por tanto, que aducir falta de nexo causal a los efectos de excluir también una eventual responsabilidad de orden objetivo.

⁸⁴ PANTALEÓN PRIETO (*Responsabilidad...*, cit., pp. 73 a 75) juzga negativamente esta resolución, que, a su entender, aplica la interpretación dominante (también criticada por él: *vid. supra*, nota 80) del régimen legal de la responsabilidad de la Administración; desde nuestro punto de vista, sin embargo, creemos que aun desde esa interpretación, el fallo debería haber sido otro, de haberse apreciado la concurrencia de fuerza mayor.

correctamente, o si –como dice la sentencia– la legítima opción del médico resultó desacertada *a posteriori* porque la reacción del organismo de la operada no fue la que era de esperar, ¿no habría que considerar esa extraña reacción de la paciente como evento de fuerza mayor que rompe el nexo causal entre la intervención y el daño?

3. Esto no significa que siempre que el tratamiento médico sea el correcto por ajustarse a la *lex artis ad hoc* tenga que descartarse la existencia de nexo causal entre el mismo y el resultado dañoso, porque deba entenderse que este último es el fruto de la propia dolencia o de una imprevisible reacción del organismo del paciente. El daño puede no ser resultado ni de una reacción de este tipo, ni de la dolencia misma, ni de una negligencia médica o asistencial, sino de riesgos que, cuando la responsabilidad es objetiva, quedan dentro de la órbita de la asistencia sanitaria, en nuestro caso, del servicio público de la asistencia sanitaria; se trataría de *eventos imprevisibles pero que, por no ser ajenos o extraños a la actividad o el servicio, no pueden considerarse constitutivos de fuerza mayor* exoneradora cuando, como aquí, estamos ante una responsabilidad de carácter objetivo.

3.1 La *transmisión del virus de inmunodeficiencia adquirida por vía sanguínea* nos ofrece un ejemplo de lo que queremos decir. Antes de conocerse el virus mismo y las vías de contagio, el empleo en medios hospitalarios de sangre y hemoderivados que después resultaron estar contaminados, produjo los desgraciados efectos que todos conocemos; algo similar ocurrió con la hepatitis C. Es evidente que los contagios así producidos no podían imputarse a negligencia alguna en la intervención médico-sanitaria mientras nada se conocía de estos virus ni se podía sospechar cuáles eran sus vías de transmisión; en esta medida, una responsabilidad civil basada en la culpa quedaría descartada; no así, en cambio, la responsabilidad objetiva pues, por mucho que fuera imprevisible la transmisión de la enfermedad a aquel al que se le practicaba la transfusión, ésta es una eventualidad que no es extraña al servicio prestado, sino un riesgo propio del mismo. De igual modo que el conductor de un vehículo no puede quedar exonerado de su responsabilidad objetiva aduciendo que el accidente no se debió a culpa suya sino al fallo mecánico del coche ⁸⁵, o que el cazador tampoco se librará del mismo tipo de responsabilidad aduciendo que fue su escopeta la que falló ⁸⁶, porque en ambos casos estamos ante «acontecimientos que ocurren dentro de su círculo de actuación» ⁸⁷ o riesgos propios de la actividad que estaban

⁸⁵ Según dispone el artículo 1.2 de la Ley sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor, no se consideran casos de fuerza mayor a efectos de quedar exonerado de la responsabilidad que la Ley establece, los defectos del vehículo «ni la rotura o fallo de algunas de sus piezas o mecanismos».

⁸⁶ Según el artículo 35.6.ª) del Reglamento de la Ley de Caza, quedan excluidos de la fuerza mayor a que alude el artículo 33.5º de la Ley de Caza para liberar al cazador de responsabilidad, «los defectos, roturas o fallos de las armas de caza y sus mecanismos o de las municiones».

⁸⁷ DIEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Madrid, reimpresión de la 6.ª ed., de 1989, pp. 605 y 606 (606).

desarrollando, el titular del servicio médico-asistencial llamado a responder objetivamente no podrá exonerarse por que el daño sea resultado de un fallo o un defecto detectado en los medios (sean sustancias, instrumental o maquinaria) que emplea en su actividad, por muy imprevisible que el fallo fuera.

Por ello, cuando se ha demandado a la Administración en casos de transmisión del virus del SIDA con ocasión de una intervención practicada en un centro público, haciéndose valer su responsabilidad patrimonial, el TS ha estimado la pretensión⁸⁸. Sirva de ejemplo la STS (Sala 3.ª) de 6 de febrero de 1996; la viuda y los hijos de un hombre que había fallecido de SIDA cinco años después de que en una transfusión (verificada en noviembre de 1984) se le transmitiera el virus en la UCI de un hospital dependiente del Servicio Andaluz de Salud, demandó a la Junta de Andalucía en petición de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública; habiendo condenado el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía a la Junta al pago de una indemnización de 20 millones de pesetas, la demandada recurrió al Supremo aduciendo que la causa de la infección fue un elemento externo a la prestación del servicio, concretamente la existencia en el mercado farmacéutico de un producto debidamente registrado (el hemofactor que contenía el VIH que se le había transfundido al paciente) y que había pasado los controles sanitarios exigidos; puesto que ni la Junta ni su Servicio de Salud habían fabricado, autorizado ni registrado ese medicamento –mantenía la recurrente–, no podían imputársele sus deficiencias cuando, confiados en los productos sanitarios de los fármacos registrados, los utilizó. El TS, en cambio, no consideró el acontecimiento como un suceso externo al servicio apto para romper el nexa causal: «Aun cuando este razonamiento es estimable –señala– y pudiera dar lugar a que la Junta de Andalucía y su Servicio de Salud formularan las reclamaciones que estimaran oportunas, *es obvio que no rompe la relación de causalidad entre los daños... infringidos a don Francisco... y la transfusión de hemofactor...* que le transmitió el virus de la inmunodeficiencia humana»; en consecuencia, confirmó la sentencia recurrida⁸⁹.

⁸⁸ De ahí también que la Administración tratara de evitar la avalancha de demandas de responsabilidad promulgando el Real Decreto-Ley 9/1993, de 28 de mayo, en el que, a cambio de la renuncia previa a la correspondiente acción judicial, establecía un sistema de ayudas para las personas contaminadas con VIH (o determinados sujetos próximos a ellas) por transfusiones practicadas dentro del sistema de sanidad pública o que, dentro del mismo, hubieran recibido tratamiento con hemoderivados antes de que se estableciera la obligatoriedad de las pruebas de detección del VIH.

Obviamente, en caso de ejercicio de la correspondiente acción, los tribunales pueden fijar la indemnización que tengan por conveniente sin que les vinculen las cuantías previstas en esta normativa; así lo ha subrayado el TS, por ejemplo en sus Sentencias de 11 y 26 de febrero de 1998, destacando, además de que el *quantum* indemnizatorio se rige por el arbitrio judicial, que el referido Real Decreto-Ley no es de aplicación obligatoria por los Tribunales, puesto que regula la concesión de «ayudas públicas».

⁸⁹ Vid. asimismo la STS (Sala 4.ª) de 5 de junio de 1991, estimatoria también de la responsabilidad patrimonial de la Administración en un caso de contagio de hepatitis C por transfusión practicada antes de que se hubiera aislado el virus.

3.2 Un supuesto similar al de la sangre contaminada es el de los medicamentos defectuosos⁹⁰ o con efectos secundarios o incompatibilidades desconocidas al momento de su aplicación. *Cuando el medicamento sea defectuoso* (por ejemplo, porque una partida se haya elaborado deficientemente o se haya deteriorado), ocasionando así daños al paciente al que se le aplica, creemos que la solución ha de ser la

A pesar de las ventajas que ofrece al demandante un régimen de responsabilidad objetiva como éste, varios supuestos similares a los que acabamos de comentar se han llevado por la vía civil, resolviéndose con la normativa del Código Civil y entrando en el examen de la concurrencia de la culpa en el caso concreto. Así, por ejemplo, el TS (Sala 1.ª) halló argumentos para apreciarla en varios casos de este tipo resueltos recientemente (y eso que, como en seguida veremos, en el primero de ellos, la transfusión causa del contagio se practicó con bastante anterioridad a la del supuesto de la STS –Sala 3.ª– de 6 de febrero de 1996: por tanto, cuando aún era menos lo que podía saberse sobre el virus en cuestión):

1.º En primer lugar, la *STS 18 de febrero de 1997* condenó al Instituto Catalán de la Salud a pagar una indemnización de 40 millones a la viuda de un hombre (demandante inicial que, a su muerte, fue sustituido por aquélla) que falleció de cirrosis hepática seis años después de que, en marzo de 1983, se le transmitieran los virus de la hepatitis C y del SIDA al transfundírsele productos hemoderivados (procedentes, por cierto, de los mismos laboratorios que habían suministrado el hemofactor en el caso resuelto por la STS –Sala 3.ª– de 6 de febrero de 1996, comentada *supra*). El Instituto, que ya había sido condenado por la Audiencia Provincial de Barcelona con base en las reglas de la responsabilidad civil contractual, adujo en su defensa, y entre otros motivos del recurso de casación, que no había habido negligencia de su parte, al utilizar un producto sometido a las comprobaciones legalmente exigidas. Sin embargo, de la prueba pericial practicada resultó que ya en el primer semestre de 1983 (esto es, en la época en que se practicó la transfusión) se conocía la existencia de un alto porcentaje de contagios de hepatitis no-A, no-B y de SIDA por vía de transfusión de sangre; en consecuencia, a juicio del TS, los servicios médicos tendrían que haber reducido las transfusiones a los supuestos de riesgo vital en que no hubiera tratamiento alternativo, informando, en todo caso, al enfermo de los riesgos de dicha transfusión; dado que no quedó acreditado ni lo uno ni lo otro, el TS basó la responsabilidad del Instituto Catalán de la Salud en el «actuar y omitir culposo, con culpa profesional... de sus facultativos».

2.º La *STS 24 de junio de 1997* (contagio de SIDA en centro público por transfusión verificada en noviembre de 1984) condenó a la Generalitat de Cataluña basándose, con una argumentación un tanto confusa, en los artículos 1902 del Código Civil y 41 LRJAE, y en que la dirección del hospital no obró diligentemente porque, conociendo la posible contaminación de la sangre, no adoptó medida alguna para evitar el contagio ni informó al paciente, lo que llevó al TS a afirmar que la muerte del sujeto la produjo «el funcionamiento anormal del servicio».

3.º La *STS 11 de febrero de 1998* justifica la culpa del INSALUD –a los efectos de afirmar su responsabilidad extracontractual– en el incumplimiento, por parte del Hospital en que se verificó la transfusión de sangre infectada, de la normativa vigente sobre control de sangre donada por terceros.

4.º Finalmente, la *STS 26 de febrero de 1998* condena al Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalitat de Cataluña por no haber establecido a tiempo la obligatoriedad de los *test* ya existentes de detección del SIDA (no lo hizo hasta una Orden de 10 de octubre de 1986, mientras que al demandante se le transfundió sangre portadora del virus de febrero a abril del mismo año); a diferencia de la Sentencia de 18 de febrero de 1997 a que aludíamos unas líneas atrás, en ésta el TS considera irreprochable la actuación de los médicos codemandados porque la Generalitat «no (les) proveyó de los medios adecuados, económicos o en su materialidad», de donde resulta que «actuaron sin la culpa contemplada en los artículos 1101 ó 1902 del Código Civil, incidiendo en la misma, por el contrario, la Administración sanitaria catalana, que no proveyó a tiempo su adquisición».

⁹⁰ De hecho, también la sangre podría considerarse un medicamento.

misma que en los casos anteriores: es exigible la responsabilidad objetiva del ente que gestiona el servicio público de asistencia sanitaria porque el evento no puede considerarse ajeno al servicio, sino que ocurre dentro de su círculo de actividad, de donde resulta que no es constitutivo de fuerza mayor por muy imprevisible que fuera para el llamado a responder (o el personal a su servicio) el mal estado del material empleado (a estos efectos daría igual que fuese un medicamento que se trata-se de instrumental médico)⁹¹.

Cuando los medicamentos tienen efectos secundarios o incompatibilidades no descritas al momento de aplicarse, nos hallamos ante uno de los llamados *riesgos del desarrollo médico*⁹². De este modo, se traslada al ámbito de la medicina la expresión utilizada en el de la responsabilidad por daños por productos para referirse a los riesgos desconocidos cuando uno de ellos se pone en circulación, por la limitación de los conocimientos científicos y técnicos existentes en ese momento (riesgos del desarrollo)⁹³. Así, los riesgos del desarrollo médico serían aquellos riesgos excepcionales que son desconocidos porque la literatura médica, dadas sus limitaciones, aún no los ha explicado⁹⁴; por tanto, la noción comprendería, además de los casos apuntados al comienzo del párrafo, los de sangre o hemoderivados contaminados por los virus del SIDA o de la hepatitis C a que antes nos referimos, cuando aún se desconocía su existencia y su presencia en esos productos. Entendemos, por tanto, que tampoco el desconocimiento de las contraindicaciones de un medicamento es constitutivo de fuerza mayor a efectos de liberar de responsabilidad objetiva a la Administración pues, como hemos venido subrayando, es un acontecimiento que queda dentro de su círculo de actividad⁹⁵. Sin embargo, el TS, en Sentencia de 25 de enero de 1997, absolvió al INSALUD en un supuesto de este tipo, basándose en la falta de negligencia. En el caso resuelto, una mujer que padecía asma había fallecido a resultas del *shock* anafiláctico que le había provocado la administración de un medicamento prescrito por la doctora que la había atendido; ésta conocía la dolencia de la paciente, mas no se le informó de que era alérgica a diversos medicamentos (entre los que, no obstan-

⁹¹ La STS 17 de abril de 1998 absolvió al Servicio Vasco de Salud de toda responsabilidad por los daños ocasionados a una paciente por la rotura de la jeringa utilizada para extraerle cerumen de un oído; el accidente se debió a un defecto de fabricación de la jeringa, por lo que el Supremo negó que hubiese mediado culpa alguna por parte del Servicio de Salud a los efectos de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil; lo cual es lógico en el marco de una responsabilidad subjetiva como la que consagran dichos preceptos; mas, a nuestro juicio, la conclusión debería haber sido otra de haberse aplicado la normativa rectora de la responsabilidad patrimonial de la Administración, extremo en el que la sentencia no entró, por estimar que en la vía civil no correspondía la «declaración de responsabilidad, si la hubiera, por los daños causados en la prestación de un servicio público».

⁹² Así lo entiende también GUTIÉRREZ BARRENGOIA, en su «Comentario a la STS 25 de enero de 1997», *CCJC* n.º 44, 1997, p. 581.

⁹³ PARRA LUCÁN, *Daños por productos y protección del consumidor*, Barcelona, 1990, p. 396.

⁹⁴ VILLAR ROJAS, *La responsabilidad...*, cit., p. 140.

⁹⁵ En el mismo sentido, GUTIÉRREZ BARRENGOIA, *Comentario cit.*, p. 582 y VILLAR ROJAS, *La responsabilidad...*, cit., p. 141.

te, no estaba el prescrito); además, en la fecha en que el medicamento fue administrado, su ficha técnica no señalaba ningún efecto secundario en pacientes con asma, advirtiéndose por primera vez del riesgo de *shock* en este tipo de pacientes en la ficha que se elaboró más de un año después del suceso que dio lugar a esta sentencia. Ambas circunstancias fueron determinantes para que el TS absolviera a los tres demandados (doctora, INSALUD e Instituto Social de la Marina) por no apreciar culpa en ninguno de ellos. Y ello aunque el demandante y recurrente (el viudo de la víctima) había basado uno de los motivos de su recurso, además de en la transgresión de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil (un error, puesto que estas reglas presuponen culpa), en la del artículo 40.1 LRJAE; sin embargo, el TS se limita a señalar que dichos preceptos no se habían infringido por cuanto no había «dato probatorio alguno para atribuir *responsabilidad por negligencia* al Instituto Nacional de la Salud y al Instituto Social de la Marina».

3.3 Para terminar, aun cuando en casos como los descritos la Administración tenga que reparar el daño padecido por el usuario del servicio público de asistencia sanitaria, luego podrá actuar contra quien en último término sea responsable del producto defectuoso. A estos efectos hay que recordar que la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, consagra la responsabilidad objetiva de fabricante e importador, quienes, tratándose de medicamentos, han de responder aun de los riesgos de desarrollo [artículo 6.3 en relación con el art. 6.1.e) de la citada Ley].

4. A pesar de que un régimen de responsabilidad objetiva como el descrito facilita la reclamación de indemnizaciones, en cuanto que al perjudicado le basta con probar que el daño es consecuencia del tratamiento médico-sanitario, sin tener que acreditar además la concurrencia de culpa alguna, *son muchas más las pretensiones dirigidas contra el INSALUD (o equivalente) con base en la normativa del Código Civil (en especial la de la responsabilidad civil extracontractual) que las fundadas en el régimen de responsabilidad patrimonial descrito. Ello se explica porque, en muchos casos, el demandante prefiere la jurisdicción civil a la contencioso-administrativa* ⁹⁶, lo que quizá se deba a la sospecha de que la última pueda conceder indemnizaciones más reducidas ⁹⁷. Lo

⁹⁶ A propósito de la complicada cuestión de los conflictos de jurisdicción en esta materia (no sólo entre la jurisdicción civil y contencioso-administrativa, sino también la del orden social) *vid.* PANTALEÓN PRIETO, *Responsabilidad...*, cit., pp. 15 ss. y, más recientemente, RIVERA FERNÁNDEZ, *La responsabilidad...*, cit., pp. 15 ss.

⁹⁷ Durante mucho tiempo esa preferencia ha tenido un efecto negativo para los facultativos al servicio del INSALUD o equivalente: que el demandante, con el fin de asegurarse de que el tribunal civil iba a considerarse competente para conocer del asunto, les demandaba junto con el INSALUD (también así lo sugiere DÍAZ ALABART, «Comentario a la STS 29 de octubre de 1992», *CCJC* n.º 30, 1992, p. 978); ello, habida cuenta de la doctrina de la Sala 1.ª del TS en el sentido de admitir la competencia de la jurisdicción civil para conocer de las demandas de responsabilidad civil dirigidas conjuntamente contra un particular y la Administración a fin de no quebrar la continencia de la causa y de evitar el riesgo de fallos contradictorios (en este sentido, entre las sentencias más recientes, la del TS de 24 de junio de 1997, con cita de otras muchas). No obstante, es de subrayar cómo

cierto es, en cualquier caso, que esa elección no debería condicionar el Derecho aplicable ni, por tanto, impedir a los tribunales civiles aplicar, en su caso, las reglas de la responsabilidad patrimonial de la Administración⁹⁸; de hecho, así lo ha admitido ya últimamente la Sala 1.^a

últimamente han proliferado los pronunciamientos de la Sala 1.^a del TS favorables a la jurisdicción civil aun en supuestos en los que sólo aparece demandada una Administración Pública (*vid.*, *v. gr.*, SSTS 18 de febrero de 1997 y 26 de mayo de 1997 –Ar. 4115–; *vid.* también las SSTS 15 de octubre de 1996 –Ar. 7112–, 26 de mayo de 1997 –Ar. 4114–, 20 de junio de 1997, 9 de marzo de 1998 y 6 de mayo de 1998, en cuyos casos ni siquiera se suscitó el tema de incompetencia, aunque sólo el INSALUD había sido demandado), justificándose entonces su competencia con otros argumentos (sobre las razones barajadas por la Sala 1.^a del TS para justificar el que la jurisdicción civil pueda conocer de la responsabilidad patrimonial de la Administración *vid.* PANTALEÓN PRIETO, *Responsabilidad...*, cit., pp. 17 ss.; los mismos argumentos que este autor apunta se han venido repitiendo en las sentencias pronunciadas después por la Sala 1.^a (así, además de en las sentencias ya citadas de 18 de febrero de 1997 y 26 de mayo de 1997 –Ar. 4115–, en las de 6 y 12 de junio de 1997, entre otras muchas; entre las resoluciones más recientes sobre el tema cabe citar la STS 30 de mayo de 1998, aunque no se refiere a un supuesto de responsabilidad en el ámbito médico-sanitario).

¿Ha de cambiar esta situación con la entrada en vigor de la LRJPA? Esta ley consagra el sistema de unidad jurisdiccional a favor de los tribunales de lo contencioso-administrativo en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea el tipo de relación, pública o privada, de que derive la responsabilidad (artículos 144 y 142.6 LRJPA); la jurisdicción exclusiva de dichos tribunales parece clara cuando la única demandada sea la Administración (por lo que al amparo de la LRJPA no podrán pronunciarse fallos como los que comentábamos unas líneas atrás); en cambio, la situación no parece tan clara cuando con ella sea codemandado un particular, lo que hace previsible que en tales casos sigan considerándose competentes los tribunales civiles, con el argumento, ya apuntado, de no quebrar la continencia de la causa (*vid.* a este respecto, RIVERA FERNÁNDEZ, *La responsabilidad...*, cit., pp. 26 y 27); y, así, volverá a ocurrir que la demanda contra el facultativo sea un mero pretexto para asegurarse el conocimiento del caso por los tribunales civiles. Esta última hipótesis, de demanda conjunta contra la Administración y el personal médico-sanitario funcionario o contratado, no se daría si, como entiende PANTALEÓN PRIETO (*Responsabilidad...*, cit., pp. 55 ss.), tras la LRJPA, la responsabilidad civil de la Administración hubiera venido a sustituir a la del personal a su servicio; mas la mayoría de la doctrina no interpreta así la LRJPA, en concreto sus artículos 145 y 146, de los que deduce que el perjudicado sigue pudiendo demandar tanto a la Administración como a su personal (*vid.* a este respecto RIVERA FERNÁNDEZ, *La responsabilidad...*, cit., pp. 22 y 23).

Finalmente, el artículo 2.e) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa atribuye al orden jurisdiccional contencioso-administrativo el conocimiento de las cuestiones que se susciten en relación con «la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandada aquélla por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social»; ¿querrá esto decir que, en asuntos de responsabilidad patrimonial, la Administración no podrá ser demandada *nunca* ante la jurisdicción civil, ni siquiera cuando aparezca codemandada con un particular?, ¿deberá entonces el particular optar por demandar sólo a la Administración o, si quiere demandar también al médico implicado, iniciar al mismo tiempo dos procesos ante dos jurisdicciones diferentes? (sobre lo absurdo de esta última situación, *vid.* las consideraciones que hacía PANTALEÓN PRIETO a propósito del Anteproyecto de Ley Reguladora del Proceso Contencioso-Administrativo que se barajaba a mediados de 1994, en *Responsabilidad...*, cit., pp. 40 y 41); ¿o el citado artículo podrá interpretarse en el sentido de que la exclusión de la jurisdicción civil no opera en los casos de demanda conjunta contra particular y Administración?

⁹⁸ En este sentido también PANTALEÓN PRIETO, *Responsabilidad...*, cit., p. 33, PARRA LUCÁN, Comentario a la STS 16 de julio de 1991, *CCJC* n.º 27, 1991, p. 883 y RIVERA FERNÁNDEZ, *La responsabilidad...*, cit., pp. 26 y 27.

del TS en varias ocasiones ⁹⁹. Mas no cabe ignorar que la tesis contraria ha sido acogida después por varias sentencias de la misma Sala ¹⁰⁰. Y, de

⁹⁹ Así, por ejemplo, en un caso en que la Audiencia ya había condenado al INSALUD y a la Consejería de Sanidad del Principado de Asturias, el TS, desestimando el recurso de casación interpuesto por el Principado, subrayó en Sentencia de 4 de noviembre de 1992: «... en unos organismos sanitarios... montados... sobre los esquemas de la Seguridad Social, son dichos entes los responsables en supuestos... de... defectos del sistema, de la instrumentación y del funcionamiento..., dado que, además los mismos son... personas jurídicas de derecho público..., *razón por la cual es también de tener en cuenta en orden a la atribución de esta responsabilidad los artículos 41, 43, 106.2 de la C.E., así como lo dispuesto en el 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado...*». Esta misma doctrina se reitera en la STS 26 de mayo de 1997 (Ar. 4114), para desestimar el motivo aducido por el INSALUD en su recurso de casación en el sentido de que, siendo la responsabilidad de la Administración objetiva *ex* artículos 106.2 CE y 40 LRJAE, la misma no podía declararse en vía civil y habiéndose ejercitado la acción de responsabilidad extracontractual; con todo, el TS añade que, aunque no se estimasen aplicables al caso ambos preceptos, la casación no procedería, pues de los hechos probados resultaba claramente la responsabilidad extracontractual del INSALUD conforme al artículo 1902 del Código Civil.

También la STS 24 de mayo de 1995 (en un caso en que la demanda, tanto contra el INSALUD como contra el médico, se había basado en la culpa extracontractual) desestimó que el Tribunal *a quo* hubiera aplicado indebidamente los artículos 106.2 CE y 40 LRJAE para condenar al INSALUD; el INSALUD aducía que, dado que la paciente se había puesto de acuerdo con un médico distinto del que le hubiera correspondido de haberse observado las reglas de adscripción aplicadas en el ámbito de la Seguridad Social, entre ella y el facultativo se había suscrito un arrendamiento de servicios al que el INSALUD era ajeno, de modo que no se le podía condenar por funcionamiento anormal de los servicios públicos; el TS, en cambio, consideró que la asistencia había de entenderse prestada dentro del ámbito del Instituto Nacional de la Seguridad Social, dado que paciente y doctor pertenecían a él, lo mismo que el centro en que se practicó la asistencia, por lo que, habiéndose producido las consecuencias lesivas «dentro de la esfera de funcionamiento de un servicio público, anormal...se descarta cualquier aplicación indebida... en torno a los artículos 106.2 y 40 de la Constitución y Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado».

Por su parte, la STS 20 de junio de 1997 habla directamente de la «responsabilidad objetivizada del INSALUD», para indicar que la misma había de producir todos sus efectos en el caso «con base... de lo que preconiza el artículo 106.2 de la Constitución Española, que recoge consecuentemente el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, denominada Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que... aún no estaba vigente en el momento en que acaecieron los hechos..., y que se ha mencionado sólo a los efectos de demostrar la continuidad en el mismo sentido, tendente a objetivizar la responsabilidad directa o indirecta de las Administraciones Hospitalarias, pero por otra parte tenía su antecedente en el artículo 40 de la antigua Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado..., que entonces sí estaba en vigor».

Finalmente, la STS de 24 de junio de 1997 afirma la aplicabilidad tanto del artículo 1902 del Código Civil como del artículo 41 LRJAE para admitir la responsabilidad de la Generalitat de Cataluña.

¹⁰⁰ Tal es el caso de las SSTS de 17 de abril y 19 de junio de 1998, ambas del Excmo. Sr. Gullón Ballesteros como Ponente. En la primera, tras negar la responsabilidad extracontractual del Servicio Vasco de Salud por falta de culpa, el Supremo descarta asimismo la posibilidad de entrar a juzgar su eventual responsabilidad en cuanto prestador de un servicio público, por no proceder –a su juicio– una declaración de este tipo en la vía civil elegida por el actor. En el caso resuelto por la STS 19 de junio de 1998, la Audiencia había fundamentado la responsabilidad objetiva del Servicio Andaluz de Salud en los artículos 139 LRJPA y 28 LGDCU; el TS, en cambio, niega que este último precepto desplace la normativa de la responsabilidad de la Administración por el funcionamiento de los

otro lado, existe una abundante jurisprudencia que considera estos casos de responsabilidad de la Administración sanitaria como asunto «propio del Derecho Civil», no subsumible en el (antiguo) artículo 40 LRJAE ¹⁰¹. Esto explica que sean muchos los supuestos de daños con-

servicios sanitarios (punto sobre el que volvemos en el epígrafe 4.3), y destaca que, siendo la razón de la declaración de responsabilidad del SAS el daño derivado de dicho funcionamiento, la Audiencia tendría que haber apreciado de oficio la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, en lugar de dictar una condena «en vía civil basándose en preceptos de esta naturaleza no aplicables a los hechos que son presupuestos de aquella condena».

¹⁰¹ Efectivamente, en muchas sentencias, al objeto de justificar la competencia de la jurisdicción civil para conocer de las demandas de responsabilidad dirigidas contra el INSALUD, la Sala 1.ª del TS subrayó que el supuesto no podía subsumirse en el artículo 40 LRJAE, sino en el artículo 41 de la misma; este último precepto, sin embargo, no se aplicaba al resolver sobre el fondo del asunto sino que para ello se recurría a las reglas del Código Civil, con el argumento de que, puesto que la Administración había actuado en el supuesto, no como tal, sino como un empresario privado, causando unos daños por culpa de sus funcionarios o empleados, ello «genera una responsabilidad civil para cuya efectividad habrá de ejercitarse la acción de culpa extracontractual del artículo 1902 o, en su caso, del artículo 1903 del Código Civil», considerándose el asunto como «propio del Derecho Civil»; esta doctrina se plasma, entre otras, en las SSTs de 21 de septiembre de 1988 (citada, curiosamente, por las de 4 de noviembre de 1992 y 26 de mayo de 1997 –Ar. 4114–, que son representativas de la doctrina opuesta, como hemos visto en la nota anterior), 30 de enero de 1990, 12 de febrero de 1990 –AC, ref. 181/91–, 16 de julio de 1991 y 8 de abril de 1996, todas con cita de otras sentencias en el mismo sentido).

La STS 15 de marzo de 1993 parece situarse en una posición intermedia pues, aunque hace suya la tesis de las sentencias anteriores en cuanto a la ubicación del problema tratado como «propio del Derecho Civil», insiste en la inexactitud del argumento, manejado por la Sala *a quo*, de que los artículos 40 y 41 LRJAE eran «inaplicables en el ámbito del proceso civil»; en su lugar, recuerda la doctrina del TS en el sentido de que cuando el INSALUD actúa como entidad privada es de aplicación el artículo 41 LRJAE, pero no parece pensar en el precepto únicamente a los efectos de justificar la competencia de la jurisdicción civil, pues insiste en que si en el caso concreto no era posible acudir a los artículos 40 y 41 LRJAE «para resolver el asunto litigioso», ello se debía a los términos en que el mismo había sido planteado por el actor, que había ejercitado la acción de responsabilidad contractual; el Supremo subraya cómo el principio *iura novit curia* no le permite alterar la *causa petendi*, lo que a su juicio se produciría de justificar la condena del INSALUD en el régimen de la citada Ley: «si la excepción de la prescripción de la acción,... aducida con base en el número 2.º del artículo 1968 del Código Civil –se lee en la sentencia–, fue desestimada por entender... que la acción ejercitada por el actor es la de responsabilidad por culpa contractual, por lo que el plazo de prescripción de la misma es de quince años..., no cabe la posibilidad (ni el *iura novit curia* lo permite) de que el juzgador..., olvidándose ahora de la naturaleza de la única acción ejercitada (que es la que ha tenido en cuenta... para desestimar la aducida excepción de prescripción), aplique luego unos preceptos (en los que el actor no fundó su acción) distintos, y totalmente ajenos a la responsabilidad por culpa contractual, para resolver el fondo de la cuestión..., pues con ello creó una situación de verdadera indefensión... para el demandado INSALUD, el cual quedó privado de haber podido aducir la excepción de prescripción o caducidad de la acción (también con el plazo de un año) que establece el párrafo 3.º del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado...». Esta forma de concebir la *causa petendi* difiere de la mantenida por el mismo TS en otras sentencias, como, *v. gr.*, la de 24 de junio de 1997: para desestimar el motivo de casación aducido por la Generalitat, que entendía que la sentencia recurrida había cambiado el punto de vista jurídico de la demanda, el Supremo hace hincapié en que la causa de pedir viene determinada por los hechos que soportan la demanda, «a los que el Tribunal puede aplicar el derecho según la

secuencia de la asistencia sanitaria pública resueltos conforme a las reglas del Código Civil; de ahí que en la exposición de los dos siguientes epígrafes, centrada en la determinación de la responsabilidad del centro sanitario de acuerdo con las reglas de dicho Código –aplicables, en principio, a la asistencia privada–, se hagan continuas referencias a casos resueltos por el TS en los que el demandado fue uno de los órganos competentes para la administración y gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social.

4.1.2 Responsabilidad del centro sanitario por actos dañosos propios

1. Conforme al Código Civil, la responsabilidad del titular del centro sanitario, lo mismo si es contractual que extracontractual, puede derivar tanto de actos dañosos propios como de actos dañosos ajenos¹⁰². En el primer caso –actos dañosos propios– el criterio de imputación de responsabilidad es la *propia negligencia en lo que a la organización y dotación del centro se refiere* (art. 1902 del Código Civil) o el hecho de que estas tareas (en general, la correcta organización y el buen funcionamiento del centro) quedan dentro de la *esfera de control de su titular* (art. 1101 del Código Civil); en el segundo caso –actos ajenos–, debiéndose la causación del daño, de forma directa e inmediata, al comportamiento objetivamente negligente del personal médico-sanitario que atiende al paciente, es la *culpa in eligendo* o *in vigilando* respecto de sus dependientes lo que justifica la responsabilidad extracontractual del titular del centro como empresario (art. 1903.IV del Código Civil), mientras que en el ámbito contractual, el tema es de *responsabilidad del deudor por sus auxiliares* para el cumplimiento, tal y como veremos en el siguiente epígrafe. En éste nos centraremos en la responsabilidad del centro por su propio comportamiento directamente dañoso.

2. Efectivamente, los daños sufridos por el usuario de servicios médicos no siempre derivan de una defectuosa actuación del personal médico-sanitario que le atiende (o no sólo de ella), sino que pueden deberse a *circunstancias que dependen directamente de la Dirección o titular del centro*, tales como los defectos organizativos o la falta de eficacia operativa¹⁰³, la carencia o insuficiencia de medios materiales o

regla *iura novit curia*» (a las diferentes formas de concebir la *causa petendi* ya aludimos *supra* en el epígrafe III, al tratar las relaciones entre los regímenes de la responsabilidad civil contractual y la extracontractual).

¹⁰² Ambas posibilidades, que pueden concurrir en un mismo caso, aparecen apuntadas, en las SSTs 5 de mayo de 1988, 6 de octubre de 1994, 13 de octubre de 1995, 15 de octubre de 1996 (Ar. 7110), 26 de mayo de 1997 (Ar. 4114), 9 de junio de 1997 (Ar. 4734), 20 de septiembre y 27 de noviembre de 1997, entre otras muchas.

¹⁰³ Así, *v. gr.*, la STS 15 de octubre de 1996 (Ar. 7110), que, a los efectos del artículo 1902 del Código Civil, apreció dicha falta en el INSALUD por una serie de retrasos en la práctica de pruebas a la paciente; o la STS 7 de mayo de 1997, que condenó al INSALUD *ex artículo 1902 del Código Civil* por culpa *in omitiendo*, al no haber médicos que atendieran a un interno en todo un fin de semana.

personales para la clase de operación o tratamiento requeridos ¹⁰⁴, o las deficientes condiciones de conservación, funcionamiento o higiene del material clínico, el instrumental o las instalaciones con que cuenta el centro ¹⁰⁵. En tales casos, el centro (su titular) es el que con su propio comportamiento culposo ocasiona directamente los daños que ha de reparar tanto con base en el artículo 1101 del Código Civil como *ex artículo* 1902 del Código Civil. Mas así, como conforme al artículo 1902, el titular no tendría que responder si no hubiera de su parte culpa alguna ¹⁰⁶, mediando un contrato sí se le puede exigir que responda, aun sin culpa, del estado de las instalaciones y del material (aparatos, utensilios, medicamentos, etc.) que emplee en su actividad ¹⁰⁷; esto se apoyaría tanto en la consideración de que la culpa no es el único criterio de imputación de responsabilidad conforme al artículo 1101 del Código Civil, como en la interpretación del artículo 1105 del Código Civil en el sentido de que lo que exonera de responsabilidad contractual no es acreditar la falta de culpa, sino la concurrencia de un evento ajeno a la esfera de actividad y ámbito de control del deudor, imprevisible e inevitable (que sería lo que, en esta interpretación, constituiría caso fortuito o

¹⁰⁴ SSTS 7 de junio de 1988, 6 de octubre de 1994 y 26 de febrero de 1998 (responsabilidad *ex artículo* 1902, en el primer caso de un centro del INSALUD por no contar con tubos del calibre adecuado en el carro del anestesista y, en el segundo, del dueño de una clínica concertada también con el INSALUD, por la falta de adecuación del establecimiento para la operación practicada: «son actos propios –señala aquí el TS apreciando asimismo defectos organizativos– los correspondientes a la falta de medios adecuados e incluso organizativos de la operatividad de los mismos, es decir del instrumental técnico con la inmediatez suficiente para la corrección y evitación... de las consecuencias funestas que se producen eventualmente en los episodios postoperatorios...»; en el tercer caso, se afirma la culpa *ex artículos* 1101 y 1902 del Código Civil del Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalitat de Cataluña, por no haber dotado a los médicos dependientes de ella en un hospital público de los medios precisos para practicar los *test* de detección del SIDA).

Vid. asimismo las SSTS 10 de octubre de 1994, 13 de octubre de 1995 y 9 de junio de 1997 (Ar. 4734), que, aunque apuntan la escasez o falta de medios como posible criterio de imputación al titular del centro, acabaron absolviéndolo por no apreciar ese defecto (ni otros) en el caso concreto.

¹⁰⁵ SSTS 5 de mayo de 1988 y 26 de septiembre de 1997 (admite la culpa del INSALUD a los efectos del artículo 1902 del Código Civil por permitir el empleo de aparatos sanitarios deteriorados por el uso, sin suficientes garantías de buen funcionamiento ni medidas de conservación), 12 de mayo de 1988 (responsabilidad *ex art.* 1902 del Código Civil del doctor propietario de una clínica por omisión negligente, al no retirar un hilo de sutura deficiente, que ya antes del caso aquí resuelto, había ocasionado una infección tetánica a otra paciente), 29 de octubre de 1992 (responsabilidad contractual del INSALUD por «falta del máximo control de asepsia y de los medios humanos más adecuados», en un caso de infección hospitalaria tras una operación), 15 de febrero de 1993 y 26 de mayo de 1997 –Ar. 4114– (responsabilidad *ex art.* 1902 del Código Civil, de la Mutua propietaria de una clínica en el primer caso y del INSALUD en el segundo, por deficientes condiciones de asepsia determinantes de una infección hospitalaria).

¹⁰⁶ Otra cosa es que en la práctica pueda ser difícil exonerarse por esta razón, tanto por la inversión de la carga de la prueba de la culpa (estimada por los tribunales también en los casos a que nos estamos refiriendo en algunas ocasiones: *vid. infra*, apartado 4 de este mismo epígrafe) como por el rigor de la diligencia exigida en prevención del daño.

¹⁰⁷ *Vid.* en esta línea PANTALEÓN PRIETO, «Responsabilidad contractual», *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. IV, Madrid, 1995, p. 5923.

fuerza mayor)¹⁰⁸; desde esta perspectiva, no podría considerarse el material empleado en la actividad desarrollada por el centro como algo ajeno a su ámbito de control, sino como uno de los riesgos que corresponde asumir al titular de esa actividad.

3. El recurso a las *deficiencias organizativas o asistenciales* como criterio de inculpación del centro sanitario facilita las cosas (básicamente en lo que se refiere a la individualización de la causa determinante del daño y a la carga de la prueba de la culpa) al paciente perjudicado que pretende la reparación del daño sufrido, cuando ha sido atendido en grandes complejos asistenciales (incluso en varios), en ocasiones en distintos departamentos y, con frecuencia, por una pluralidad de profesionales¹⁰⁹. En este marco no es extraño que se produzcan defectos de coordinación entre los distintos servicios, o que no sea posible concretar quién fue el que atendió negligentemente al enfermo o individualizar la circunstancia o conducta determinante del daño. Pues bien, a juicio del TS, «la existencia de unas negligencias no médica ni instrumentalmente particularizables ni por tanto susceptibles de individualización, sino generalizadas» o, lo que es igual, «el conjunto de posibles deficiencias asistenciales», es imputable a las entidades de las que depende el servicio, «como responsable *in genere* y al menos en último grado, cuando no otra atribución fuere posible existiendo faltas, defectos o negligencias en el funcionamiento (en este caso anormal y reprochable) de sus actividades hospitalarias o sanatorias» (STS 4 de noviembre de 1992¹¹⁰, cuya doctrina se avanzó ya parcialmente en las SSTS 16 de diciembre de 1987 y 12 de julio de 1988¹¹¹, y reiteró recientemente la STS 26 de mayo de 1997 –Ar. 4114–¹¹²).

¹⁰⁸ Tal es la tesis defendida, por ejemplo, por Díez-PICAZO (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, 4.ª ed., Madrid 1993, pp. 577, 589 y 590) y PANTALEÓN PRIETO [«El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», *ADC* 1991, pp. 1064 y ss., y «Responsabilidad contractual», cit., pp. 5922 y 5923].

¹⁰⁹ Así lo apunta también DÍAZ ALABART, en su «Comentario a la STS 29 de octubre de 1992», cit., p. 978.

¹¹⁰ El TS utiliza este argumento para desestimar el motivo aducido por la Administración recurrente (la del Principado de Asturias, de cuya Consejería de Sanidad dependía el hospital en que había sido asistido un beneficiario de la Seguridad Social), para quien la Sala *a quo* había hecho aplicación indebida del artículo 1902 del Código Civil al condenarla.

¹¹¹ Ni en el caso de la STS 16 de diciembre de 1987 ni en el de la de 12 de julio de 1988 fue posible atribuir el daño a la actuación personal de alguno de los profesionales intervinientes, por lo que se hizo responder del «conjunto de posibles deficiencias asistenciales» al INSALUD y a su hospital «como responsables directos del funcionamiento, en este caso anormal y reprochable, de sus actividades sanitarias»; aunque no queda muy claro, en la Sentencia de 1988 dicha responsabilidad parece basarse en el artículo 1903 del Código Civil (en la de 1987 no se ve cuál fue el fundamento jurídico, porque quien recurría era un farmacéutico y no el INSALUD o el centro); el mismo precepto es el que aparentemente sirve de justificación a la STS 20 de septiembre de 1997 para declarar la responsabilidad del SAS en un caso en que se consideró «acreditada... la negligencia del personal médico, si bien no individualizada, del Centro Hospitalario», por haber dado de alta a una interna en lugar de adoptar las medidas precisas para diagnosticarla: el alta incorrecta «entraña –observa el Supremo– una conducta negligente del personal médico y, en consecuencia, la responsabilidad directa del Centro...».

¹¹² *Vid.* también la STS 10 de diciembre de 1997, que no estimó el recurso interpuesto por el INSALUD contra la sentencia de instancia, en la que se reproducía la doctrina jurisprudencial indicada *supra*.

En alguno de estos casos el TS ha justificado la responsabilidad del titular del centro en el artículo 1903 del Código Civil, por cuanto se aprecia una negligencia en el personal a su servicio, aunque no pueda determinarse en cuál o cuáles de sus miembros¹¹³, aunque el TS tampoco descarta la posible subsunción del mismo hecho tanto en el artículo 1903 como en el 1902 del Código Civil¹¹⁴.

4. Cuando la responsabilidad del centro sanitario se fundamenta en el artículo 1902 del Código Civil, en principio debería ser el actor quien aportara la *prueba de la culpa* en el comportamiento del demandado. Sin embargo, dada la tendencia jurisprudencial a invertir la carga de la prueba de modo que sea el demandado quien, para exonerarse de responsabilidad, haya de probar su obrar diligente, interesa determinar si la misma es también apreciable en el orden de responsabilidades que estamos tratando.

Como detallaremos más adelante, el TS ha reiterado hasta la saciedad que en materia de culpa médico-sanitaria la prueba de la misma incumbe a quien la alega; mas esta doctrina suele ir referida a las reclamaciones dirigidas contra el personal médico-sanitario (sea conforme al art. 1902 del Código Civil, sea *ex art.* 1101 del Código Civil). Hay, no obstante, alguna sentencia del TS que aplica a los centros esa misma doctrina; es el caso de la STS 7 de julio de 1993, que destaca cómo «la obligación contractual o extracontractual del personal e *instituciones médico-quirúrgicas* no es la de obtener en todo caso un resultado positivo en la recuperación del enfermo, es decir no es una obligación de resultados, sino de medios, es decir proporcionarle todos los cuidados que requiera según el estado de la Ciencia, y *por ello no se ha avanzado en la objetivación de esta clase de responsabilidades*, por lo que es preciso acreditar firmemente..., que... ha habido negligencia en la aplicación de la *lex artis* propia de tal profesión lo que lleva a la doctrina a aplicar en su estricto sentido el artículo 1902 y 1903, así como el 1104 del Código Civil»; es decir, que se niega la objetivación de la responsabili-

¹¹³ Vid. la nota 111. También las SSTS de 22 de junio de 1988 y 30 de enero de 1990 declararon la responsabilidad del titular del centro *ex artículo* 1903.IV, porque el daño había sido fruto de la negligencia del personal a su servicio, aunque no hubiera sido posible identificar al sujeto en cuestión (en el primer caso, se trataba de una ATS que había administrado incorrectamente una inyección hiriendo el nervio ciático; en el segundo, un paciente había quedado en coma después de que no se corrigiera inmediatamente la extubación producida cuando estaba en la UCI, no siendo posible identificar a los «profesionales, al servicio... del INSALUD, a quienes directamente [procedía] atribuir la negligencia causante del daño»).

¹¹⁴ Así, en la STS 27 de noviembre de 1997 entendió que el daño (muerte de un niño en un quirófano porque, pese a los antecedentes cardiológicos congénitos que padecía y que constaban en su historial, éstos no se le facilitaron al cirujano ni al anestesista, quienes por ello no adoptaron ninguna medida especial) se produjo «por causa de actuaciones omisivas de los servicios sanitarios e ingeniería interna del INSALUD, por lo que este ente ha de asumir las responsabilidades consecuentes a las mismas no personalizadas y que se encuadran en el artículo 1902 del Código Civil... por referirse a conducta propia que no desvirtúa la posible subsunción de la conducta ilícita civil por las actuaciones de los profesionales dependientes de la entidad... (art. 1903)...». Vid. asimismo la STS 9 de marzo de 1998.

dad de las instituciones médicas en términos generales, pero para deducir de ahí la necesidad de que se pruebe la negligencia de los médicos que trabajan para el centro, lo que nos sitúa ante un supuesto (el del art. 1903.IV del Código Civil) diferente del que ahora estamos contemplando.

Tratándose de la responsabilidad del titular de un centro *ex artículo* 1902 del Código Civil, algunas sentencias hablan de presunción de culpa; así, por ejemplo, en un supuesto de infección hospitalaria, el TS aseveró: «Descartada la concurrencia de caso fortuito o fuerza mayor, la inversión de la carga de la prueba obligaba a la Clínica a desvirtuar la presunción de su actuación culposa, demostrando... el haber procedido con toda diligencia y cuidado debidos...» (STS 15 de febrero de 1993, cuya doctrina reitera la STS 26 de mayo de 1997 –Ar. 4114–); en otras, sin embargo, el TS ha basado la desestimación de la pretensión resarcitoria en la falta de prueba de la culpa ¹¹⁵. En cualquier caso, como acabamos de comentar, la posibilidad de justificar la responsabilidad del centro por el «conjunto de posibles deficiencias asistenciales», facilita al actor su tarea de probar la existencia de culpa y de individualizar la causa determinante del daño ¹¹⁶.

4.1.3 Responsabilidad del centro sanitario por actos dañosos ajenos

1. Bajo este epígrafe nos referimos a las hipótesis en que el daño al paciente *deriva directamente de la deficiente asistencia prestada por el personal* de un centro sanitario; la causa inmediata del daño se encuentra en la conducta de uno o varios sujetos distintos al titular del centro. De ahí que hablemos de actos dañosos ajenos; sin embargo, esta termi-

¹¹⁵ Así, la STS 7 de junio de 1994, dictada también en un supuesto de infección hospitalaria, confirmó la dictada por el Tribunal *a quo*, que había basado la desestimación en la falta de prueba sobre la inexistencia de medidas higiénicas y de asepsia por parte de la Clínica, así como en la apreciación de caso fortuito; esto último se apoyaba en que «no existen medidas de asepsia hospitalaria capaces de erradicar la mencionada bacteria de un quirófano»; curiosamente, la bacteria era del mismo género, *clostridium*, que en los dos casos mencionados *supra* en el texto, en los que se llegó a un resultado completamente distinto, por mucho que la propia STS 7 de junio de 1994 insista en que su presupuesto fáctico no era comparable al de la de 15 de febrero de 1993.

Vid. también la STS 10 de octubre de 1994, que apunta la falta de la prueba del funcionamiento incorrecto del centro médico como circunstancia determinante de que no se pudiera declarar la «responsabilidad económica hospitalaria».

La STS 9 de junio de 1997 (Ar. 4734) también parece partir de que la prueba de la culpa incumbe al demandante, al afirmar que «dentro del ámbito hospitalario... la responsabilidad directa sería atribuible *cuando se acredite de forma clara y contundente una "escasez de medios"*... para la clase de operación o tratamiento requerido» (en idéntico sentido se había pronunciado ya antes la STS 13 de octubre de 1995).

¹¹⁶ *Vid.* al respecto el «Comentario a la STS 4 de noviembre de 1992» de LLAMAS POMBO, *CCJC* n.º 30, 1992, pp. 998 ss.

Para RIVERA FERNÁNDEZ (*La responsabilidad...*, cit., pp. 30 y 41), los tribunales se adscriben a una línea de responsabilidad prácticamente objetiva cuando hacen aplicación de la referida idea.

nología ha de matizarse; si en estos casos responde (aparte del agente material del daño) el titular del centro es, en el ámbito extracontractual, porque él mismo ha contribuido culposamente a la causación del daño, normalmente por omisión y, en esa medida, cabe decir que su responsabilidad es *por hecho propio*¹¹⁷; en la esfera de la responsabilidad contractual, que el titular en cuanto deudor deba reparar los daños directamente ocasionados por sus auxiliares se debe a que *él mismo habrá incumplido su obligación* si aquéllos no la cumplen¹¹⁸. Hecha esta matización, nos centramos ya en el estudio de los criterios de imputación de responsabilidad, que, en principio, son distintos en uno y otro ámbito.

2. La *responsabilidad extracontractual* del titular del centro se rige en los casos que ahora interesan por el artículo 1903.IV del Código Civil, conforme al cual habrá de responder de los perjuicios causados por sus dependientes, a no ser que pruebe haber empleado la diligencia debida para prevenir el daño (último párrafo del art. 1903 del Código Civil); el fundamento de esta responsabilidad es la propia culpa *in eligendo* o *in vigilando* del dueño o titular del establecimiento sanitario respecto del personal que depende de él, de donde resulta que sea una responsabilidad directa y no subsidiaria¹¹⁹.

Una jurisprudencia reiteradísima exige, además, como presupuesto de esta responsabilidad del empresario el que la actuación del dependiente hubiera sido culposa¹²⁰; sin embargo, dado que la apreciación de la culpa presupone la imputabilidad civil y que no puede considerarse que el responsable *ex* artículo 1903 del Código Civil pueda exonerarse alegando la inimputabilidad civil de aquél por quien debe responder cuando él mismo ha contribuido con su negligencia a la causación del daño, sería más exacto decir que para que haya deber de responder *ex* artículo 1903 es preciso que el acto del autor material del hecho sea *objetivamente negligente*, esto es, un acto que determinaría también la responsabilidad de su autor material siempre que éste fuera civilmente imputable¹²¹; como lo normal será que el personal médico-sanitario sea civilmente imputable, de su conducta dañosa objetivamente negligente derivará, habitualmente, no sólo la responsabilidad del titular del centro *ex* artículo 1903, sino también la suya propia por culpa *ex* artículo 1902. Pero si quienes atienden al paciente operan diligentemente o, lo que es

¹¹⁷ PANTALEÓN PRIETO, «Responsabilidad por hecho ajeno», *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. IV, Madrid 1995, p. 5955; *vid. asimismo* ÁNGEL YÁGÜEZ, *La responsabilidad civil*, Bilbao, 1989, pp. 81 y 82.

¹¹⁸ MIQUEL GONZÁLEZ, «La responsabilidad...», *cit.*, p. 74.

¹¹⁹ Así, entre muchas (y aparte de las ya citadas en la nota 102), SSTs 22 de junio de 1988, 29 de junio de 1990, 21 de septiembre de 1993, 27 de septiembre de 1994, 7 de abril, 6 de junio, 12 de junio, 22 de julio y 13 de diciembre de 1997 (esta última apunta también la «responsabilidad por riesgo» como fundamento de la del centro en su condición de empresario) y 22 de mayo de 1998.

¹²⁰ En el ámbito que aquí interesa esta jurisprudencia se recoge, por ejemplo, en las SSTs 15 de marzo de 1993, 13 de octubre de 1995, 20 de septiembre, 2 de octubre y 10 de noviembre de 1997.

¹²¹ En este sentido, PANTALEÓN PRIETO, «Comentario a la STS 10 de marzo de 1983», *CCJC* núm. 2, 1983, pp. 454 y 455, y «Responsabilidad por hecho ajeno», *cit.*, pp. 5955 y 5956.

igual, conforme a la *lex artis*, ¿qué culpa *in eligendo* o *in vigilando* determinante del daño va a poder imputarse a quien los contrató? En realidad, cuando el daño se produce a pesar de haberse empleado toda la diligencia debida en el tratamiento –tanto desde el punto de vista de la actuación del personal médico-sanitario como desde el de la organización, dotación y mantenimiento de instalaciones y material del centro sanitario–, habrá que concluir que el mismo ni ha sido *ocasionado* por el personal del centro ¹²² ni le es imputable a su titular conforme al artículo 1902, sino que es el resultado natural de la propia dolencia, o de un evento imprevisible o inevitable constitutivo de caso fortuito, del que ni el autor material del hecho ni el dueño o director del establecimiento tienen por qué responder ¹²³.

Apreciada la inobservancia de la *lex artis ad hoc* o el comportamiento objetivamente negligente del personal médico-sanitario en el caso concreto ¹²⁴, y dada la *inversión de la carga de la prueba de la culpa* que consagra el artículo 1903.VI, incumbe al titular del centro acreditar que empleó toda la diligencia precisa para prevenir el daño; mas en la práctica nunca lo consigue ¹²⁵; en este sentido, la tan comentada objetivación jurisprudencial de la responsabilidad extracontractual del empresario es también apreciable en el ámbito que estamos analizando. El propio TS, en la Sentencia de 21 de julio de 1997 (no exenta de ciertas contradicciones), ha calificado de objetiva la responsabilidad del INSALUD «como empresario», «no sólo por la *objetiva-*

¹²² Faltaría el nexo causal entre la conducta del agente y el daño, lo que impide ya la aplicación del artículo 1903.IV, que se refiere a los daños *causados* por los dependientes.

¹²³ «La inexistencia de cualquier reproche culpabilístico –concluye la STS 9 de junio de 1997 (Ar. 4734)– sitúa las secuelas producidas por la enfermedad en un desgraciado y lamentable suceso»; otros casos en los que el daño se consideró efecto natural de la enfermedad o consecuencia inevitable del tratamiento requerido, con la consiguiente exoneración del centro, fueron los resueltos por las SSTS 12 de julio de 1994 (incapacidad por tratamiento con radiaciones de telecobalto) y 2 de octubre de 1997 (fallecimiento después de trasplante y quimioterapia); *vid.* también la STS 25 de enero de 1997 (dado que la contraindicación de un concreto medicamento en pacientes con asma no se hallaba aún descrita cuando la doctora lo prescribió a una paciente asmática que falleció por una reacción de hipersensibilidad contra el mismo, el TS no apreció negligencia alguna ni en la doctora, ni en el INSALUD, ni en el Instituto Social de la Marina, a los efectos de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil).

¹²⁴ La prueba de estos extremos incumbiría al demandante: *vid.* al respecto, *v. gr.*, las SSTS 7 de julio de 1993 y 10 de octubre de 1994.

¹²⁵ Así lo destaca también JORDANO FRAGA, en su «Comentario a la STS 27 de septiembre de 1994», cit., p. 243.

En efecto, no conocemos una sola sentencia en la que, habiéndose demandado al titular de un establecimiento sanitario con base en el artículo 1903, y estimada la concurrencia de culpa en el personal a su servicio, aquél haya conseguido exonerarse de responsabilidad aportando la prueba que contempla el artículo 1903.VI; de hecho, sus esfuerzos para liberarse de responder se centran habitualmente en tratar de acreditar que sus empleados obraron de forma diligente y no en probar que ellos mismos emplearon la diligencia precisa para prevenir el daño. Así, no es raro que el TS, tras estimar la falta de diligencia del médico en cuestión, añada sin más que la misma entraña la responsabilidad del centro o de su titular conforme al artículo 1903.IV (*vid.*, *v. gr.*, las SSTS 21 de septiembre de 1988, 12 de febrero de 1990 –AC, ref. 181/91–, 16 de julio de 1991, 21 de septiembre de 1993, 22 de abril de 1997, 28 de julio de 1997, 20 de septiembre de 1997 y 13 de diciembre de 1997).

*ción creciente de la responsabilidad extracontractual, sino también por aplicación de la Ley de consumidores y usuarios»*¹²⁶; no entramos por el momento en esta última alusión, sobre la que volvemos más adelante.

3. En el *ámbito contractual*, la falta de una regla del tipo de la del artículo 1903.IV del Código Civil no impide considerar al deudor responsable de la actividad de sus auxiliares; el deudor ha de responder del incumplimiento de su obligación, tanto si él mismo se encarga de cumplir como si para ello se vale de otras personas, sean o no dependientes suyos: si éstas incumplen, él mismo lo habrá hecho frente al acreedor. De ahí que sea defendible afirmar el *carácter objetivo de la responsabilidad del deudor por la actividad de las personas de que se vale para cumplir con su obligación*, en el sentido de que, una vez que resulte acreditado que alguna de esas personas ha incumplido, el deudor no podrá exonerarse aduciendo ausencia de culpa propia¹²⁷; esto es, de nada le serviría probar que había elegido y vigilado correctamente a sus auxiliares¹²⁸. Esto sería aplicable al titular de un centro sanitario cuyos servicios médicos hubieran sido contratados por un paciente.

En cuanto a la actuación del auxiliar, es claro que si en ella hubiera mediado culpa, ese incumplimiento es imputable (aparte de al propio auxiliar) al deudor, que deberá responder¹²⁹. Pero, ¿y si no hubiera sido negligente? Pensemos, por ejemplo, en los casos en que el facultativo emplea una sangre contaminada con un virus de origen aún no determinado o un medicamento con contraindicaciones desconocidas. Si el deudor debe responder de los actos de sus auxiliares igual que si fueran propios, esto es, en los mismos casos y bajo los mismos presupuestos bajo los que respondería de haber sido él el autor del acto¹³⁰, y si se mantiene, como hace un relevante sector de nuestra doctrina, que la culpa no es el único criterio de imputación de respon-

¹²⁶ Ya indicábamos unas líneas atrás cómo la STS 7 de julio de 1993, tras señalar que «la obligación contractual o extracontractual del personal e instituciones médico-quirúrgicas... es... de medios», añade que «por ello *no se ha avanzado en la objetivación de estas responsabilidades*, por lo que es preciso acreditar firmemente... que en ese sentido ha habido negligencia en la aplicación de la «lex artis» propia de tal profesión»; se ve, pues, que la negación de la objetivación se refiere al requisito de la culpa del médico o sanitario como presupuesto de la responsabilidad del empresario, y no a la culpa propia de éste.

¹²⁷ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, vol. II, cit., p. 593; MIQUEL GONZÁLEZ, «La responsabilidad...», cit., pp. 73 a 76; y PANTALEÓN PRIETO, «Responsabilidad por hecho ajeno», cit., p. 5958.

¹²⁸ Esta diferencia respecto del régimen del artículo 1903.VI del Código Civil se desdibuja en la práctica, dada la tendencia jurisprudencial, ya comentada, de no apreciar la prueba de descargo prevista en el citado precepto.

¹²⁹ *Vid.*, por ejemplo, la STS 22 de febrero de 1991 o la de 18 de febrero de 1997, a la que ya nos referimos *supra* en la nota 89.

¹³⁰ En este sentido observa PANTALEÓN PRIETO («Responsabilidad por hecho ajeno», cit., p. 5958): «El deudor que encomienda a otra persona el cumplimiento total o parcial de su programa obligacional responde de todo incumplimiento referible a ésta, que hubiera sido imputable al deudor de haber actuado como su auxiliar en el cumplimiento lo ha hecho».

sabilidad contractual en nuestro Derecho, cabe concluir que *el deudor responde de la actividad de sus auxiliares aunque no haya habido culpa por parte de éstos, salvo el caso fortuito*¹³¹. Desde esta perspectiva, el caso fortuito del artículo 1105 del Código Civil en el campo de la responsabilidad contractual no puede entenderse como sinónimo de ausencia de culpa, sino como un suceso que queda fuera del ámbito de control del deudor (coincidiendo con la noción de fuerza mayor como causa exoneradora en los supuestos de responsabilidad extracontractual objetiva)¹³². Así, como, a nuestro juicio, el empleo de determinadas sustancias o medicamentos por los facultativos no puede considerarse ajeno a la actividad del centro ni a su esfera de control, éste respondería contractualmente de los daños derivados de su utilización aunque la actuación de sus auxiliares no pudiera considerarse negligente.

4.2 LA RESPONSABILIDAD DEL PROFESIONAL SANITARIO CONFORME AL CÓDIGO CIVIL

4.2.1 La doctrina tradicional del Tribunal Supremo

1. Ya vimos en otro punto de este trabajo que el TS califica como obligación de medios –en general y salvo contadas excepciones– la obligación del profesional sanitario, sea contractual o extracontractual; esta idea aparece vinculada a la de que su responsabilidad ha de basarse en una culpa incontestable y patente (SSTS 26 de mayo de 1986¹³³ y 10 de noviembre de 1997), cuya prueba –además de la del nexo causal– incumbe al paciente o a sus herederos o representantes legales (STS 13 de julio de 1987). En este sentido, es reiteradísima la doctrina del TS en el sentido de que «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 o física ha de sumarse el reproche culpabilístico»; así se expresó la STS 12 de julio de 1988, seguida después por innumerables sentencias¹³⁴.

¹³¹ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, cit., p. 219.

¹³² Sobre esta concepción de la responsabilidad contractual, a la que ya aludimos *supra*, *vid.* los autores citados en nota 108.

¹³³ Esta sentencia, no obstante, se refería tan sólo a la obligación contractual del médico.

¹³⁴ Así, por las de 8 de mayo de 1991, 20 de febrero y 13 de octubre de 1992, 15 de marzo, 23 de marzo y 15 de noviembre de 1993; 29 de marzo, 26 de septiembre, 14 de noviembre y 5 de diciembre de 1994, 15 de octubre de 1996 (Ar. 7112), 20 de junio, 27 de junio y 10 de noviembre de 1997 y 29 de mayo de 1998; en la misma línea, aunque con formulaciones diversas, *vid.* las SSTS de 21 de febrero de 1992, 4 de marzo de 1993, 1 de junio y 12 de julio de 1994, 11 de febrero, 22 de abril, 9 de junio (Ar. 4734) y 28 de

2. El carácter de profesional de la medicina que en estos casos tiene el agente determina el grado de diligencia que le es exigible ¹³⁵. A tales efectos, el TS suele recurrir al artículo 1104 del Código Civil, tanto si se trata de determinar si ha habido responsabilidad civil contractual como si lo que está en discusión es la concurrencia de una responsabilidad de orden extracontractual ¹³⁶. En aplicación del artículo 1104 del Código Civil, la diligencia exigible al personal médico-sanitario no puede ser la de «un buen padre de familia» (criterio general del párrafo segundo), sino que, precisamente por las concretas características de esos sujetos (párrafo primero del art. 1104 ¹³⁷), ha de ser más rigurosa: la correspondiente a un profesional, en quien se presuponen ciertos conocimientos teóricos y determinada pericia en el desempeño de su tarea. Así lo destaca el TS en su sentencia de 6 de junio de 1997 (de condena a una ginecóloga *ex art.* 1902 del Código Civil) cuando señala que la «responsabilidad profesional dentro del área de la medicina... tendrá que ver con unas medidas especiales, que no son otras que las derivadas de los llamados “deberes médicos” –*lex artis ad hoc*–, que sobrepasan la medida o patrón de la culpa como delimitada por la diligencia genérica de un “buen padre de familia”» ¹³⁸.

Efectivamente la *lex artis ad hoc* constituye el parámetro conforme al cual han de valorarse las conductas de los profesionales médicos para

julio de 1997. *Vid.* asimismo la larga cita de sentencias que incluye la STS 16 de diciembre de 1997, que, partiendo del artículo 1214 del Código Civil, analiza el tema de la carga de la prueba en los ámbitos contractual y extracontractual para acabar concluyendo que tanto en uno como en otro la prueba de la culpa y de la relación causal incumbe al actor o paciente; la STS 19 de febrero de 1998 reitera la doctrina de esta última sentencia (ambas son del mismo Ponente, Excmo. Sr. Martínez-Calcerrada), aunque añadiendo dos excepciones a la regla general apuntada; aludiremos a ellas en la exposición que sigue.

¹³⁵ En idéntico sentido, por ejemplo, FERNÁNDEZ COSTALES, *La responsabilidad...*, cit., pp. 12 ss.

¹³⁶ *Vid.* STS 19 de febrero de 1998 y, en relación con la responsabilidad aquiliana, las SSTs de 13 de julio de 1987, 7 de julio de 1993 y 1 de junio, 27 de septiembre y 10 de octubre de 1994.

En cambio, el TS adopta la posición contraria en su Sentencia de 7 de abril de 1997 cuando, para desestimar el motivo aducido por un médico en su recurso, en que invocaba la no aplicación del artículo 1104 del Código Civil, señala: «La acción que el actor ejercita en su demanda se funda en la culpa o negligencia del artículo 1902 del Código Civil y, al optar por ella, no se permite desplazar la cuestión al ámbito de la culpa contractual del artículo 1104 de dicho Código...». La misma línea se apunta en la STS 21 de julio de 1997 cuando, habiéndose apreciado responsabilidad extracontractual en el INSALUD y para desestimar la supuesta aplicación indebida del artículo 1104 del Código Civil denunciada por aquél en su recurso, señala que «este artículo se refiere a la responsabilidad contractual y, lógicamente, no ha sido aplicado por la sentencia de instancia, por lo que no puede estimarse que haya habido aplicación indebida del mismo»; en sentido similar a esta última *vid.* también la STS 2 de diciembre de 1997.

¹³⁷ A él alude implícitamente la STS 1 de junio de 1994.

¹³⁸ En sentido similar dice la STS 7 de febrero de 1990: «... la diligencia exigible por el artículo 1104 del Código Civil no será la del común individuo lego en materia, sino la del profesional que las circunstancias exijan, pero con la peculiar característica de que la prueba de la culpa del médico ha de distinguirse y apreciarse según los casos, con base en lo antes indicado (*lex artis ad hoc*)...».

concluir si ha habido o no culpa de su parte¹³⁹; y esto, una vez más, tanto en el orden contractual como en el extracontractual¹⁴⁰. En este sentido el TS ha reiterado cómo la imposibilidad de fijar normas generales de conducta con las que enjuiciar comportamientos concretos, dado, además, el *aleas* inherente a la actuación médica, determina la necesidad de tener muy en cuenta las concretas circunstancias de cada caso¹⁴¹. Así, tras señalar que la *lex artis ad hoc* constituye el sustrato de todo contrato de arrendamiento de servicios médicos, la STS 2 de octubre de 1997 explica que esto «no significa otra cosa que los criterios médicos a tomar han de ceñirse a los que se estimen correctos para una situación concreta, siempre con base a la *libertad clínica* y a la prudencia» y, citando la STS 25 de abril de 1994, cuya doctrina repite en buena medida¹⁴², añade: «la *lex artis ad hoc* es tomar en consideración el caso concreto en que se produce la actuación o intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional, teniendo en cuenta las especiales características del actor 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–, o exógenos –la

¹³⁹ En el marco del Seminario sobre «Responsabilidad del personal sanitario» que ya hemos citado, se señaló como conclusión (pp. 599 ss. de las Actas) la conveniencia de distinguir tres niveles de *lex artis*: a) General (o *lex artis* en sentido estricto): criterios científicos generales de actuación, de acuerdo con el estado de la ciencia médica en cada momento (reflejado en publicaciones científicas, protocolos, conferencias de consenso...); b) *lex artis ad hoc*: teniendo en cuenta las características de tiempo, lugar, disponibilidades y recursos del Centro (según Guías clínicas y decisiones de los Comités hospitalarios); y c) criterios prudenciales de actuación ante un enfermo concreto.

En particular sobre la relevancia de los protocolos médicos a los efectos que aquí interesan, *vid.* GALÁN CORTÉS e HINOJAL FONSECA, «Valoración jurídica de los protocolos médicos, RGD n.º 622-623, 1996, pp. 8171 ss.

¹⁴⁰ *Vid.*, *v. gr.*, la STS 15 de octubre de 1996 (Ar. 7112); además, en relación con casos de responsabilidad extracontractual, *vid.* las SSTs 29 de junio de 1990, 7 de julio, 21 de septiembre y 15 de noviembre de 1993, 12 de julio, 26 de septiembre y 14 de noviembre de 1994 y 2 de diciembre de 1996; al orden contractual se refieren, entre otras, las que citamos a continuación en el texto, de 25 de abril de 1994 y 2 de octubre de 1997.

¹⁴¹ Aunque en el texto nos refiramos a sentencias de la Sala 1.ª del TS, la misma doctrina se acoge por la Sala 2.ª; en este sentido cabe citar su sentencia de 26 de junio de 1980 (seguida después por otras, como la de 15 de enero de 1986), según la cual «la responsabilidad médica a efectos penales ha de ser, en principio, proclamada cuando en el tratamiento médico, terapéutico o quirúrgico, se incida en conductas descuidadas que, olvidando la *lex artis*, provoquen resultados lesivos, sin que sea dable dar como apotegma principios inmutables, debido, de una parte, al progreso constante en este campo y, de otra, a las necesarias mutaciones que impone el tratamiento y experimentación clínica, sin olvidar el carácter preponderante del factor humano sobre el que opera, con la consiguiente individualización de cada sujeto o paciente, comportando tratamientos distintos y dosificaciones diferentes en el arte curativo, obligando así a los Tribunales a un minucioso y ponderado estudio de las causas concurrentes en cada caso para no incidir en tesis maximalistas».

¹⁴² La citada STS 25 de abril de 1994 también se refería a un contrato de arrendamiento de servicios médicos, especificando el contenido de la obligación de medios resultante del mismo.

influencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria-, para calificar dicho acto como conforme o no a la técnica médica normal requerida»¹⁴³.

3. En general, no suele encontrarse en los fallos del TS alusión alguna a la diferencia tradicionalmente establecida entre las responsabilidades contractual y extracontractual, en el sentido de que en esta última se responde también por culpa levísima¹⁴⁴, recurriéndose en ambos casos, como acabamos de ver, a los criterios resultantes del artículo 1104.I del Código Civil y ponderándose la *lex artis ad hoc*. Como excepción a lo dicho cabe citar la STS 26 de mayo de 1986, a propósito de un caso en el que un hombre de 40 años falleció días después de haber sido operado de úlcera, por complicaciones surgidas en el postoperatorio y a pesar de haber sido enviado, a raíz de éstas, a otra residencia que contaba con mejores medios; el TS no apreció negligencia alguna en el cirujano (al que se exigía responsabilidad contractual), entendiendo que puso «todos los medios de que disponía para alcanzar la curación, y cuando se percató de la insuficiencia de aquellos medios solicitó el traslado del paciente a un centro médico con mejores medios disponibles»; y más adelante añade: «teniendo también en cuenta que la acción ejercitada se basa en supuesta culpa contractual, en la que, a diferencia de la extracontractual, con base en el artículo 1902 del Código Civil, no rige el principio de incurrir en ella por culpa levísima». ¿Quiere esto decir que, de haberse basado la acción en el artículo 1902 del Código Civil, sí que se habría apreciado la responsabilidad del médico?¹⁴⁵; si se lee la STS 13 de julio de 1987, cuyo Ponente es el mismo que en la sentencia de 1986 que comentamos (Excmo. Sr. Santos Briz), probablemente haya que responder que no; en el caso de la sentencia de 1987, un niño había padecido, después de la operación de amigdalectomía a que había sido sometido, un paro cardíaco del que le quedó como secuela una parálisis cerebral con tetraplejía espástica; el TS desestimó el recurso del actor, padre del niño, basado en la infracción de los artículos 1105 y 1902 del Código Civil, entendiendo que las consecuencias de la operación constituían caso fortuito por ser imprevisibles e inevitables, y no apreciando negligencia alguna en el cirujano y anestesista demandados; si tenemos en cuenta la línea seguida por el Supremo –y que comentamos unas líneas más abajo– sobre el valor probatorio de los resultados «anormales» de un tratamiento, se ve que, en realidad, estas sentencias a las que ahora estamos aludiendo, se refieran a responsabilidad contractual o extracontractual, responden a una concepción distinta a la mantenida en otras del mismo Supremo, normalmente posteriores, que son más rigurosas a la hora de exigir responsabilidad médica.

¹⁴³ En el mismo sentido, v. gr., las SSTS 11 de marzo de 1991 y 23 de marzo de 1993.

¹⁴⁴ Sobre lo criticable de ese pretendido criterio diferenciador, vid. MIQUEL GONZÁLEZ, «La responsabilidad...», cit., pp. 65 y 66.

¹⁴⁵ Sea como fuere, lo cierto es que sí, como destaca el propio TS en su sentencia, la gravedad de la lesión que padecía el enfermo hizo que el postoperatorio también lo fuera,

4.2.2 En particular, sobre la responsabilidad civil contractual

La doctrina tradicional que ha quedado expuesta merece, a nuestro juicio, una *observación crítica en lo que se refiere a la responsabilidad contractual*, por cuanto el TS parte del enfoque clásico de que se trata de una responsabilidad subjetiva. Frente a este enfoque, hemos de recordar que el artículo 1101 del Código Civil considera responsable, no sólo al que incurra en negligencia (o dolo o morosidad) en el cumplimiento de sus obligaciones, sino también al que «de cualquier modo» contraviniera el tenor de las mismas; por ello, cabe entender que, junto a la culpa-negligencia, es criterio de imputación de responsabilidad contractual el de la «esfera de control del deudor»; si se mantiene –como creemos que hay que hacer– que dentro de esa esfera el deudor responde objetivamente, no será imprescindible que el paciente-acreedor pruebe la culpa del médico con quien contrató cuando ha sufrido determinados daños a consecuencia del tratamiento recibido ¹⁴⁶; probado el incumplimiento del contrato (con culpa o sin ella), el deudor podría exonerarse acreditando la concurrencia de una circunstancia de caso fortuito o fuerza mayor, sinónimos a estos efectos (art. 1105 del Código Civil); mas hemos de reiterar que los riesgos propios de la actividad que desarrolla o que quedan dentro de su ámbito de control (que serían, a nuestro juicio, similares a los que ya apuntamos al analizar la responsabilidad contractual de los centros: la actuación de los auxiliares para el cumplimiento, los daños ocasionados por el instrumental o los materiales empleados, etc.) no pueden considerarse constitutivos de caso fortuito, por imprevisibles o inevitables que fueran.

4.2.3 La responsabilidad civil extracontractual y los síntomas de objetivación apreciables en la jurisprudencia

En cuanto a la *responsabilidad extracontractual* sí que no cabe duda que es de carácter subjetivo, a la vista del artículo 1902 del Código Civil ¹⁴⁷. Pero bien conocida es la tendencia jurisprudencial de objetivación. Es cierto que durante mucho tiempo la responsabilidad extracontractual del personal médico-sanitario ha sido uno de los reductos en que no se había dejado sentir esa tendencia jurisdic-

siendo esperables todo caso de complicaciones, parece razonable entender que el demandado debería haber remitido al paciente desde el principio a un centro que contara con medios suficientes para atender estos casos, absteniéndose él mismo de operarle en otro que no estuviera en tal situación. En este sentido, cabe mantener con FERNÁNDEZ COSTALES («La responsabilidad...», cit., pp. 641 y 642) que hubo negligencia en el cirujano, suficiente para desatar su responsabilidad contractual.

¹⁴⁶ De ahí que tampoco estemos de acuerdo con la calificación de la obligación del médico como de medios, idea sobre la que volvemos más adelante, al analizar el artículo 28.2 LGDCU.

¹⁴⁷ Este es el precepto con el que comúnmente se juzga la responsabilidad extracontractual de los médicos; no obstante, es claro que también puede serles aplicable el artículo 1903.IV, si el daño es directamente ocasionado por sus dependientes (por ejemplo, por el personal auxiliar que tiene empleado).

cial; con todo, y pese a la contundencia de las declaraciones generales que transcribimos *supra*¹⁴⁸, de un tiempo a esta parte son apreciables algunos síntomas que parecen denotar un cierto cambio de actitud en nuestro TS¹⁴⁹. Los mismos se refieren tanto al rigor de la diligencia exigida como a la carga de la prueba de la culpa.

1. En cuanto a la *diligencia exigible*, el TS ha subrayado en un buen número de sentencias que la misma ha de ser extrema, o que basta cualquier negligencia, por mínima que sea, para apreciar responsabilidad en el facultativo o sanitario actuante. En ello inciden, ante todo, dos consideraciones: de un lado, el carácter de profesional del llamado a responder; y, de otra, la importancia de la salud como bien jurídico protegido, amparado incluso constitucionalmente.

1.1 La primera de esas consideraciones (*profesionalidad del agente*) está presente, por ejemplo en las siguientes sentencias:

1.^a STS 29 de abril de 1988. En este caso el médico, demandado ex artículo 1902 del Código Civil, había procedido a la ligadura de un uréter al practicar una histerectomía, lo que ya ponía de manifiesto su obrar negligente. Pero nos interesa destacar las consideraciones que hace el TS, para el cual hubo «una conducta descuidada en el facultativo demandado, máxime en un profesional ginecólogo a quien presuntivamente se le atribuye una pericia en su hacer técnico que aparece truncada en este supuesto específico (...); ante el riesgo señalado, que al demandado debía constarle por ciencia propia, éste no atemperó su conducta con la suficiente diligencia para evitar los daños previsibles, lo que revela una negligencia, aunque sea en un grado mínimo, pero suficiente para atraer hacia él mismo la responsabilidad culposa por el daño inferido a la actora...»

2.^a STS 23 de febrero de 1994. En otro supuesto claro de negligencia (lesión de nervio ciático por introducir incorrectamente una aguja hipodérmica en zona musculosa), en que se apreció la responsabilidad extracontractual de la ATS y el INSALUD, el TS declaró: «si efectivamente la responsabilidad en el ámbito sanitario, no lo es en función del resultado..., sino de la adecuación de medios a emplear..., no es menos cierto que en esa aplicación de medios subyace una necesaria e imperiosa atención en ello, de suerte que *por respeto a la deontología profesional y obediencia a la lex artis ha de extremarse dicha atención* para que no resulte fallido o contraproducente el medio empleado...».

3.^a STS 10 de octubre de 1994. Aunque en este supuesto los demandados con base en el régimen de la responsabilidad aquiliana (médicos y SAS) resultaron absueltos, y aunque en esta sentencia el TS reitera su tradicional doctrina acerca de la necesidad de que medie una culpa

¹⁴⁸ Vid. el primer apartado del epígrafe 4.2.1.

¹⁴⁹ Lo apuntaban, hace ya algunos años, CABANILLAS SÁNCHEZ, en «La responsabilidad por infracción de los deberes profesionales o de *lex artis* y la carga de la prueba (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1990)», ADC 1991, pp. 909 y 912, y PANTALEÓN PRIETO, en «Comentario al artículo 1902 del Código Civil», cit., p. 1997, entre otros.

incontestable y debidamente probada, en ella precisa: «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 *STS 28 de julio de 1997*. El TS apreció la responsabilidad *ex artículo 1902 del Código Civil* de un médico que, en el curso de una operación, había seccionado un uréter a una paciente, aduciendo que se trataba de un riesgo evitable extremando la precaución, «*precaución extrema* –añade el Supremo– *de todo punto exigible a profesionales suficientemente capacitados y preparados* para efectuar este tipo de intervenciones sin tener por qué ocasionar un daño añadido».

1.2 Como sentencias en las que el TS extrema la diligencia exigible a los facultativos en consideración –sobre todo, aunque no únicamente– a la *importancia del bien jurídico protegido (la salud)*, recordando además su tutela constitucional, cabe citar las siguientes:

1.^a *STS 20 de marzo de 1997*. El TS, estimando que el alta médica dada a un enfermo había sido prematura, subraya en relación con la responsabilidad del médico (estimada con base en el artículo 1902 del Código Civil): «No ha de atenderse a la intensidad de la negligencia, *basta que concurra y represente falta de diligencia conveniente, cuando se trata de cuestión tan primordial como es la procura, protección y defensa de la salud de las personas*, que el artículo 43 de la Constitución reconoce como un derecho (...) la actividad de sanar y la propia diligencia médica, ha de prestarse con la aportación profesional más completa, sin regatear medios ni esfuerzos (SS 16 de febrero y 22 de mayo de 1995), y por ello deben de evitarse las decisiones precipitadas y apresuradas, como son las altas injustificadas, al representar una irreflexión o incluso rutina, que en nada favorecen al enfermo, pues, al contrario, repercuten negativamente en su salud»¹⁵⁰.

2.^a *STS 7 de abril de 1997*. En este caso, el neurocirujano-jefe de un hospital y el SAS habían sido demandados, en exigencia de responsabilidad extracontractual, por una paciente que aducía que el retraso en practicársele una operación quirúrgica había reducido los efectos beneficiosos de dicha operación. Para desestimar el recurso interpuesto por el neurocirujano, en el que éste trató de justificar el retraso con la existencia de listas de espera en los hospitales públicos, el Supremo argumentó: «La negligencia la ocasiona, en este caso, el no haber agotado la ciencia médica en tiempo oportuno y con posibilidades muy próximas de alcanzar resultados serios favorables, así como por la falta de empleo de los medios de curación al alcance... para la procura de la mejor salud

¹⁵⁰ Esta doctrina se reitera parcialmente –aun sin invocar el artículo 43 CE– en la *STS 20 de septiembre de 1997*, que también apreció negligencia médica en el alta de una interna a la que se había diagnosticado una gastroenteritis, cuando en realidad tenía una peritonitis, de la que hubo de ser operada, en grado de extrema gravedad, unos días después del alta.

del recurrido, pues la importancia de este derecho humano primordial –que la Constitución en su artículo 43 proclama como derecho ciudadano– no puede supeditarse a una deficiente organización burocrática hospitalaria o a meros formalismos, desgraciadamente muy usuales en los ámbitos sanitarios, para eludir los deberes de prestar cuidado eficaz a los pacientes, sin condicionamientos, disculpas ni aplazamientos más o menos convencionales o acomodados a otros intereses ajenos a los que impone la completa asistencia a los enfermos, que confían en el médico y le entregan el don tan preciado como es el cuidado de su salud».

En la sentencia no queda del todo claro cuál es la razón por la que, a fin de cuentas, se viene a hacer responder de «la deficiente organización burocrática hospitalaria» al médico demandado, mientras que al SAS se le condenó por culpa *in vigilando* o *in eligendo* respecto de aquél, con base en el artículo 1903 del Código Civil; tan sólo se apunta en una ocasión que el doctor «propició» el retraso; esto y, sobre todo, el hecho de que fuera demandado en su condición de neurocirujano-jefe del hospital, hace pensar que la razón por la que se le consideró responsable fue que era él el encargado de organizar las listas de espera, debiendo dar prioridad a los casos que lo precisaran; y el de la actora era uno de ellos, pues se acreditó que «las lesiones que padecía... requerían intervención quirúrgica, cuyos resultados favorables se presentaban más satisfactorios cuanto antes se practicase»; con todo, el TS debería haber sido algo más preciso al puntualizar estos extremos pues, en principio, a un médico que no sea jefe de servicio no se le podrán reprochar los defectos de organización del mismo.

3.^a STS 9 de junio de 1997 (Ar. 4731). El TS apreció culpa en un médico demandado con base en el artículo 1902 del Código Civil porque, habiendo atendido a una enferma en el servicio de urgencias de un hospital, ni reclamó el resultado de una prueba de recuento plaquetario cuya práctica había solicitado por ser ello elemental y habitual en dicho servicio, ni remitió a la enferma al correspondiente especialista, limitándose a enviarla a su domicilio con recomendaciones rutinarias y produciéndose el óbito un día después. Según el Supremo, «la responsabilidad en el ámbito sanitario... exige la necesaria e incluso concentrada y máxima atención al enfermo, por no resultar de recibo satisfactorio las precipitaciones ni los diagnósticos inadecuados, incompletos, rutinarios o apresurados, *al tratarse la salud de un derecho fundamental de las personas*, que les hace acreedores de obtener todas las prestaciones sanitarias precisas e idóneas, sin regateos u omisiones injustificadas, para el logro de su restablecimiento».

Es llamativo que en los tres casos que acabamos de comentar los daños aparezcan vinculados, más que a una positiva actuación negligente de los facultativos, a una omisión de las medidas precisas, sea total como en la hipótesis de las altas inoportunas que dejan al paciente sin la necesaria atención, sea parcial como en el caso de la demora en el tratamiento. En tales supuestos resulta especialmente conflictiva la determinación del nexo causal entre omisión y daño, pues éste es resultado directo de la enfermedad o dolencia, de modo que la abstención lo único que hace es no evitar o no aminorar al menos los efectos propios

del mal que aqueja al enfermo. Con todo, el TS admite la existencia de nexo causal en los casos comentados; en los de las Sentencias de 20 de marzo y 9 de junio de 1997 (Ar. 4731), porque entiende que la omisión negligente podía considerarse, no como causa eficiente del daño, mas sí como causa suficiente o coadyuvante¹⁵¹; y en el de la Sentencia de 7 de abril de 1997, porque, además de que las pruebas habían acreditado que el efecto beneficioso de la operación aumentaría cuanto antes se practicara, el médico no había probado «como le incumbía, que el retraso que propició para que el recurrido fuera operado, no tuviera ninguna clase de influencia en el empeoramiento de su salud y secuelas que le afectan»¹⁵².

En cambio, en otras sentencias del TS la referencia al artículo 43 del Código Civil probablemente ha servido para eludir los problemas de determinación del nexo causal entre la omisión asistencial y el daño consistente en la muerte del enfermo. Es el caso de las Sentencias de 19 de junio de 1990¹⁵³ y 7 de mayo de 1997, en las que en supuestos de falta de atención médica el Supremo consideró conculcado el derecho a la protección de la salud consagrado en el artículo 43 CE, deduciéndose de ello la causación de un daño moral a quienes se vieron privados de tal derecho; para el TS, ese daño es indemnizable al amparo del artículo 1902 del Código Civil. Por tanto, la relación de causalidad no se establece entre la omisión culposa y el fallecimiento, sino entre aquella y el daño moral insito a la privación de asistencia¹⁵⁴.

¹⁵¹ Señala la STS 20 de marzo de 1997: «La calificación de actuación culposa que hace el Tribunal de instancia resulta así correcta..., aunque no se hubiera determinado que fuera la causante directa de la muerte del paciente de que se trata, en cuanto representa una situación concurrente y de coadyuvancia por la ruptura que se produjo en su tratamiento y hasta dejadez, al imponerle el abandono del centro hospitalario en que estaba internado, sin la certeza de que su recuperación se había producido satisfactoriamente»; en términos similares se pronuncia la STS 9 de junio de 1997 (Ar. 4731): «... si bien las omisiones constatadas no acreditan que hubieran desencadenado directamente el resultado de muerte... tampoco lo descartan (...) si no se precisó la causa concreta que desencadenó el óbito, tampoco se probó que se hubieran empleado los conocimientos y técnicas sanitarios más adecuados y precisos. No procede, consecuentemente, descartar la ausencia total de relación causal, ya que si bien la causa eficiente puede resultar imprecisa, sí cabe apreciar suficiencia de la misma... El enfermo espera una actuación sujeta a estos parámetros (de corrección y conformidad a las leyes médicas) y efectivo empleo de los medios técnicos procedentes y cuando así no sucede, las omisiones probadas han de reputarse contributivas en forma muy decisiva e influyente en la conformación causal. La propia negligencia considerada en su totalidad resulta determinante del daño, ya que no convergen causas suficientes para poder decretar su total desconexión».

La STS 20 de septiembre de 1997, citada en la nota 150, también en un caso de alta inoportuna, afirma sin más la existencia de nexo causal entre la negligencia médica y el daño producido.

¹⁵² Vejamos en la nota precedente que la misma idea, en cuanto a la prueba de la falta de nexo causal, aparece apuntada en la STS 9 de junio de 1997 (Ar. 4731).

¹⁵³ *Vid.*, en el sentido que acabamos de apuntar, el comentario a esta sentencia de PARRA LUCÁN, *CCJC* n.º 24, 1990, pp. 861 ss., en particular, pp. 869 a 872.

¹⁵⁴ En el caso de la STS 19 de junio de 1990, la ATS de un hospital, que había recibido orden de no admitir ningún ingreso por falta de camas, remitió a otra residencia a un enfermo que venía, trasladado en una ambulancia, con un volante de ingreso exten-

2. Por lo que respecta a la *carga de la prueba de la culpa*, en la práctica es evidente que el TS ha relativizado su tradicional doctrina¹⁵⁵, según la cual dicha prueba incumbe al paciente o a sus herederos. Efectivamente, no cabe duda que a éstos puede resultarles muy complicado acreditar que hubo negligencia en la asistencia recibida¹⁵⁶; y ello

dido por el médico del servicio de urgencias de la Seguridad Social; lo hizo por propia iniciativa, sin avisar a ningún médico de guardia y pensando que era un enfermo bronquítico, aunque no llegó a descifrar completamente el volante; el enfermo dejó de respirar poco después, falleciendo ya en la segunda residencia. Su viuda e hijos demandaron al hospital donde se negó el ingreso, que fue absuelto en las dos primeras instancias; la Audiencia, aunque apreció negligencia en la ATS empleada del hospital y en éste mismo, por no tener un médico de puerta, entendió que los actores no habían probado suficientemente la relación de causalidad entre la omisión negligente y el daño. Como sabemos, el TS elude el problema valiéndose del artículo 43 CE, cuya infracción (además de la de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil) habían denunciado los recurrentes: «su conculcación –dice la sentencia– produce, al menos, un daño moral a aquellos que se ven privados de tal derecho, con la consiguiente obligación de repararlo por parte de quienes lo infringen, extremo perfectamente incardinable en el artículo 1902 del del Código Civil...». La STS 7 de mayo de 1997 se valió prácticamente del mismo argumento para estimar la responsabilidad del INSALUD en un caso en que un paciente con neumonía falleció en un hospital, después de que durante todo un fin de semana no le visitara ningún médico. Eso sí, la sentencia de 1990 precisa con mayor detalle dónde radica el daño moral indemnizable: «la impotencia, la zozobra, la ansiedad, la angustia hasta llegar al centro médico y, después, la tragedia en el traslado de uno a otro (dejó de hablar y respirar, murió) y la duda, la eterna duda, de si el esposo y padre subsistiría de haberse cumplido y no vulnerado el derecho constitucionalmente reconocido, todo lo cual conlleva sufrimiento, daño moral y enlace directo con la omisión ilícita, como su causa directa, inmediata, adecuada y eficiente».

¹⁵⁵ Vid. a este respecto, aparte de los autores que citamos en las siguientes notas, RIVERA FERNÁNDEZ, *La responsabilidad...*, cit., pp. 57 ss., con otras referencias bibliográficas, además de a la práctica judicial.

¹⁵⁶ Así lo destacan, por ejemplo, CABANILLAS SÁNCHEZ («La responsabilidad...», cit., p. 909) y SÁNCHEZ GÓMEZ («Comentario a la STS 12 de julio de 1994», cit., p. 485, y «Comentario a la STS 2 de diciembre de 1996», *CCJC* n.º 43, 1997, pp. 348 y 349); CABANILLAS alude, además, al estado de la cuestión en los tribunales de diversos países, sobre todo de nuestro entorno europeo, en los que, por distintas vías, se ha atemperado la atribución de la carga de la prueba de la culpa al paciente (*op. cit.*, pp. 909 a 912). ÁNGEL YÁGÜEZ (*Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil*, Madrid, 1995, p. 41, y «La responsabilidad civil de los profesionales y de las Administraciones sanitarias», en *La responsabilidad de los profesionales y de las Administraciones sanitarias*. Libro de ponencias del II Congreso *Derecho y Salud*, Junta de Andalucía, 1994, pp. 47 ss.) apunta diversas propuestas que facilitarían la prueba de la culpa, muchas de las cuales se comentan en la exposición que sigue, como la utilización de la prueba de presunciones o la culpa virtual, además de la inversión misma de la carga probatoria.

Algo que al actor puede resultarle especialmente difícil de probar es que el médico no cumplió correctamente con su deber de información hacia el paciente (o sus familiares). Dado que probar una omisión es enormemente complicado y que, en cambio, al obligado a informar le es relativamente sencillo acreditar que ha cumplido con su obligación (por ejemplo, mediante formularios que el paciente o sus familiares han de firmar), lo más razonable en estos casos sería atribuir al médico (o, en su caso, el centro sanitario) la carga de la prueba (así lo entiende la doctrina mayoritaria, tal y como observa SÁNCHEZ GÓMEZ, en su «Comentario a la STS 12 de julio de 1994», cit., p. 483; más recientemente se manifiesta conforme a esa doctrina también RIVERA FERNÁNDEZ, en *La responsabilidad...*, cit., p. 56); la STS 25 de abril de 1994, por ejemplo, sigue esta línea (eso sí, en un caso de responsabilidad civil contractual), confirmando la condena *ex* artículos 1101 y 1104 del Código Civil del médico demandado porque «no acreditó haber hecho llegar al actor recurrido la información necesaria» acerca de la posibilidad de que

por diversos factores: básicamente, porque estamos en un sector altamente especializado, que requiere conocimientos profesionales para determinar si el tratamiento ha sido o no el correcto o el más idóneo, y porque con frecuencia los elementos que pueden servir para valorar la corrección de la intervención médica (la historia clínica, por ejemplo) se encuentran en poder de aquellos a los que se pretende exigir responsabilidades¹⁵⁷.

De ahí que, como decíamos, el TS haya matizado ya en repetidas ocasiones su planteamiento inicial. Así, en su Sentencia de 19 de febrero de 1998, tras reiterar su tradicional doctrina de que es el demandante el que ha de probar la negligencia médica y el nexo causal, añade que la misma se excepciona en dos supuestos: 1.º, cuando el acto médico es una *locatio operis*, siendo la obligación de resultado; y 2.º, cuando el daño del paciente es desproporcionado, o la falta de diligencia, u omisión o falta de cooperación del médico, ha quedado constatado por el Tribunal.

Efectivamente, centrándonos en este último aspecto, son abundantes las sentencias que consideran que *la concurrencia de culpa se deduce del resultado* producido, más precisamente, de la anormalidad de ese resultado¹⁵⁸. Así, por ejemplo, aparte de otras que en seguida apuntaremos, la STS 12 de julio de 1988 afirma que «el clamoroso resultado» (atrofia cerebral, entre otras muchas graves e irreversibles secuelas, des-

la vasectomía a que se había sometido no lograrse el fin de la esterilización. Sin embargo, otras sentencias imponen al paciente la carga de probar que no se le informó (*v. gr.*, las SSTS 12 de julio de 1994 y 16 de diciembre de 1997, ambas basadas en el régimen de la responsabilidad aquiliana).

¹⁵⁷ Por ello la STS 20 de marzo de 1997 (en cuyo caso no se pudieron practicar en la primera instancia las pruebas solicitadas por la demandante, precisamente porque el material hospitalario preciso no se había remitido oportunamente) destaca cómo médicos y centros hospitalarios se encuentran en ocasiones en una mejor posición probatoria, «tanto por las dificultades con que tropiezan los particulares afectados a la hora de encontrar peritos especializados y neutrales, como para acceder a la documentación médica necesaria (historia clínica) y así lo advirtió esta Sala en la reciente Sentencia de 2 diciembre de 1996»; a esta sentencia nos referimos en el texto. En otro caso, el de la STS 20 de septiembre de 1997, incluso se había destruido el historial clínico, circunstancia que, según destacó con acierto el Supremo, «no puede hacer recaer sobre la actora la carga de la prueba de ser erróneo tal diagnóstico».

¹⁵⁸ La culpa —señala YZQUIERDO TOLSADA («Comentario a la STS 31 de enero de 1990», en realidad STS 12 de febrero de 1990, cit., p. 287)— se deduce «de determinados hechos que *prima facie* permiten presumirla, según las reglas del criterio humano, que no son otras que las de la lógica. Es la técnica deductiva que se resume en el brocardo *res ipsa loquitur*»; éste, como observa CABANILLAS SÁNCHEZ a propósito de su aplicación por los tribunales ingleses y norteamericanos, se aplica cuando el mismo hecho del accidente justifica «la conclusión de que lo más probable es que el demandado fue negligente y que esta negligencia causó el daño»; de modo similar opera la noción de *faute virtuelle* empleada por los tribunales franceses, también comentada por CABANILLAS («La responsabilidad...», cit., pp. 910 y 911).

En línea diferente a la que comentamos en el texto *vid.*, *v. gr.*, la STS 7 de febrero de 1990 (a propósito de las secuelas en un ojo de una operación en la nariz), que subraya que la culpa no radica «en no haberse alcanzado la curación deseada, o en no haberlo sido con las consecuencias normales de dicha intervención quirúrgica, sino en la inobservancia de la conducta ofrecida...».

pués de una operación de apendicitis) «en sí mismo, constituye la prueba de la culpa o negligencia de que depende»¹⁵⁹.

En este sentido, juega un papel especial la *prueba de presunciones* prevista en el artículo 1253 del Código Civil¹⁶⁰. En su Sentencia de 12 de febrero de 1990 (AC, ref. 489/90), el TS, tras recordar que incumbe al paciente probar la culpa del médico y la relación causal, precisa: «a falta de pruebas directas, la utilización de la de presunciones exigirá una relación concorde entre el efecto dañoso y el tratamiento anterior, de manera que dicho efecto no pueda aplicarse a varias circunstancias»¹⁶¹; y esa relación se daba en el caso, a juicio del tribunal de instancia y del mismo TS: «aunque la intervención se desarrollaba en las proximidades del nervio facial no incidía ni tenía que incidir sobre él directamente... dado que no se ha acreditado en absoluto el concurso de alguna otra causa externa o una anómala e imprevisible reacción orgánica del paciente, susceptibles de producir tal efecto, *puede sentarse la conclusión presuntiva de que hubo en el acto operatorio algún descuido, por leve que pudiera haber sido, originador del edema que dañó el nervio*».

En parecida línea, la STS 2 de diciembre de 1996 (cuya doctrina reiteran las de 18 de febrero de 1997 y 22 de mayo de 1998) reconoce cómo un mal resultado puede generar una presunción desfavorable cuando «por su desproporción con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revele inductivamente la penuria negligente de los medios empleados, según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, o el descuido en su conveniente y temporánea utilización». La misma idea se plasma en las SSTS 22 de abril, 12 de junio, 21 de julio y 2 y 13 de diciembre de 1997¹⁶². En definitiva, si el daño producido permite presumir la existencia de negligencia, es el demandado el que habrá de acreditar su obrar diligente para exonerarse de la responsabilidad por culpa.

La misma STS 2 de diciembre de 1996 a la que acabamos de aludir apunta la idea de que, en determinados casos, *también los demandados pueden tener que colaborar en materia de prueba*. En el caso resuelto por esta sentencia, no sólo se había producido un resultado desproporcionado

¹⁵⁹ No obstante, en esta ocasión no fueron condenados los médicos demandados porque, habiendo intervenido muchos facultativos a lo largo del tratamiento, se consideró que a aquéllos no se les podía imputar personalmente una conducta determinante del resultado, siendo condenado sólo el INSALUD por el conjunto de posibles deficiencias asistenciales.

¹⁶⁰ Sobre la relación existente entre la prueba de presunciones y la prueba *prima facie* vid. LLAMAS POMBO, «Comentario a la STS 4 de noviembre de 1992», cit., p. 1002, YZQUIERDO TOLSADA, «Comentario a la STS 22 de febrero de 1991», CCJC n.º 26, 1991, p. 395 y, más recientemente, DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica. Hechos y Derecho*. Pamplona, 1996, pp. 191 y 192.

¹⁶¹ La misma doctrina aparecía ya en las SSTS 13 de julio de 1987 y 7 de febrero de 1990, sólo que en ellas no se apreció negligencia alguna en los médicos demandados.

¹⁶² Las cinco sentencias (todas ellas del Excmo. Sr. O'Callaghan Muñoz como Ponente) reiteran que la falta de diligencia en la actividad puede deducirse de la producción del daño, en relación de causalidad con la actividad del profesional médico.

nado a la intervención (pues a consecuencia de una hemorragia postparto, una mujer de 39 años había quedado con una tetraparesia espástica determinante de una minusvalía definitiva), sino que, además, se habían apreciado diversas irregularidades en materia probatoria (como la inexistencia de historia clínica o la negativa de los peritos-médicos a intervenir). De ahí que el TS advirtiese que «en los casos en que se obstaculiza la práctica de la prueba o no se coopera de buena fe por las partes, sean actoras o demandadas, a facilitar su producción, *cabe que se atenúe el rigor del principio que hace recaer la prueba de los hechos constitutivos de la demanda sobre el actor, desplazándola, en su lugar, hacia la parte (aunque sea la demandada) que se halle en mejor posición probatoria* por su libertad de acceso a los medios de prueba»¹⁶³. En la misma línea se pronuncia el TS en las Sentencias de 1 y 28 de julio de 1997¹⁶⁴, destacando que «tampoco... la mejor posición probatoria de los demandados en el supuesto de que surjan complicaciones que no son consecuencia natural o previsible del propio curso de la enfermedad puede excusarles de *contribuir activamente a probar que no hubo negligencia, ni imprevisión por su parte*»; la STS 1 de julio de 1997 admite explícitamente, además, el *desplazamiento de la carga de la prueba al demandado* en casos como el resuelto, en que se apreció descoordinación entre los especialistas que trataron al paciente, falta de consideración de los datos que figuraban en su historial clínico y omisión de información al enfermo sobre los riesgos de la operación que se le iba a practicar; en sentido muy similar se expresa asimismo la STS 22 de mayo de 1998.

Otras sentencias del Tribunal Supremo justifican la inversión de la carga de la prueba basándose en la peligrosidad o potencial dañino de los elementos utilizados para la curación. Así, la Sentencia de 1 de diciembre de 1987 confirmó la declaración de responsabilidad de un médico *ex artículo 1902 del Código Civil*, por los daños ocasionados a una paciente a la que había aplicado una dosis de radioterapia superior a la debida, destacando cómo el demandado no había «probado el agotamiento de su diligencia en el uso de un medio que se considera peligroso», siendo esa falta de diligencia el desencadenante inicial del grave resultado final. Avanzando en la misma línea, la STS 17 de junio de 1989, también confirmatoria de la condena de un médico anestesista con base en el artículo 1902 del Código Civil, afirma rotundamente que «*es a quienes los manejan (se refiere a dispositivos o fármacos objetivamente peligrosos) a los que corresponde probar la diligencia en su uso*, pues no resultaría lógico exigir a los perjudicados que acreditasen, salvo

¹⁶³ SÁNCHEZ GÓMEZ (en su ya citado comentario a esta sentencia, p. 349) pone de manifiesto el entronque de esta doctrina con la dictada por el Tribunal Constitucional a propósito de la obligación de aquella de las partes del litigio en cuyo poder estén las pruebas, de aportar los datos requeridos.

¹⁶⁴ Las tres sentencias (2 de diciembre de 1996 y 1 y 28 de julio de 1997) son del mismo Ponente, Excmo. Sr. Almagro Nosete, lo mismo que la también citada *supra* de 22 de mayo de 1998.

la realidad del daño, circunstancias y causas que le son ajenas, al alcance, en cambio, del médico-anestésista que, por cuanto antecede, no ha probado el agotamiento en su diligencia, en supuesto en el que la naturaleza de los hechos requiere que las normas sobre la distribución de la carga de la prueba se interpreten con cierta flexibilidad...». El resultado viene a ser el mismo en la STS 29 de junio de 1990; en el curso de una operación de nódulos en las cuerdas vocales, en la que se utilizaban rayos Lasser, el incendio de una linterna que protegía el sistema de anestesia produjo diversas lesiones a la paciente; el médico (condenado por la Audiencia junto con los otros dos demandados, que eran entidades de la Seguridad Social) adujo en su recurso infracción por inaplicación del artículo 1105 del Código Civil; pero el TS hizo suyo el razonamiento de la Audiencia en el sentido de que la causa del proceso apuntaba «a un actuar no plenamente diligente en el autor de la intervención, *no habiéndose acreditado, y esto es muy importante, lo contrario...* es decir, no sólo... (la) *lex artis*, sino un agotamiento del esmero a aplicar por aquél, en el uso de un medio de tan considerable peligro como el empleado»¹⁶⁵.

4.3 RESPONSABILIDAD OBJETIVA EX LGDCU

1. El artículo 28.2 LGDCU somete, entre otros, los *servicios sanitarios*¹⁶⁶ al régimen de responsabilidad que prevé, que comúnmente se considera *de carácter objetivo*¹⁶⁷. Por tener ese carácter, su cuantía se

¹⁶⁵ Lo cierto es, sin embargo, que en este último caso (el de la sentencia de 1990) probablemente no se le pudiera reprochar nada al cirujano en términos de culpa, debiendo considerarse el incendio como un evento imprevisible. Cosa distinta es que si la responsabilidad fuera objetiva, ese evento no bastaría para eximir de responsabilidad, por quedar dentro de la esfera de la actividad del médico y, por tanto, de los riesgos que le son propios; pero éste no es el caso cuando se trata de la responsabilidad del artículo 1902 del Código Civil.

¹⁶⁶ El Real Decreto 287/1991, de 8 de marzo, por el que se aprueba el Catálogo de Productos, Bienes y Servicios a determinados efectos de la LGDCU, incluye entre los servicios sanitarios los médicos y los hospitalarios, además de los farmacéuticos y veterinarios (Anexo I, apartado C).

¹⁶⁷ En este sentido *vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario al Capítulo VIII LGDCU», en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios*, Madrid, 1992, pp. 662 y 663, y los autores que cita en la nota 5 de la p. 663, así como su «Comentario a la STS 22 de julio de 1994», *CCJC* n.º 37, 1995, p. 154; también FERNÁNDEZ COSTALES, *La responsabilidad...*, cit., p. 34; RAGEL SÁNCHEZ, «Comentario a la STS 11 de febrero de 1997», cit., p. 674, y RIVERA FERNÁNDEZ, *La responsabilidad...*, cit., p. 83; en idéntica línea se expresó PANTALEÓN PRIETO en su «Comentario al artículo 1902 del Código Civil», cit., p. 1995; el mismo autor, después (en uno de los debates que tuvieron lugar en el Seminario sobre «Responsabilidad del personal sanitario» ya citado, p. 241 de las Actas), ha mantenido que, dado que el artículo 28.2 LGDCU ha de relacionarse con el artículo 28.1 LGDCU, que alude a los servicios en los que hubiera «controles técnicos de calidad», refiriéndose así a parámetros objetivos, la responsabilidad que consagra no es por riesgo, sino por culpa «objetivada»: esto es, *responsabilidad por el funcionamiento anormal o malo del servicio sanitario o por defectos organizativos*, lo que no presupone culpas individualizadas en quienes atendieron al paciente. A nuestro juicio, si el

limita a 500 millones de pesetas aunque, si en un caso concreto los daños son más cuantiosos, esto no impide reclamar una indemnización superior conforme a otras disposiciones legales que amparen tal pretensión (art. 28.3 LGDCU).

Al amparo del artículo 28 LGDCU, bastaría para justificar la pretensión indemnizatoria con *acreditar el daño y su relación causal con el servicio prestado*, sin necesidad de probar al mismo tiempo culpa alguna en quien lo prestó¹⁶⁸. El demandado tendría entonces que responder, a no ser que probara una circunstancia determinante de la ruptura del nexo causal, como la culpa exclusiva de la víctima (art. 25 LGDCU)¹⁶⁹ o de un tercero, o un evento constitutivo de fuerza mayor¹⁷⁰. En definitiva, este sistema viene a coincidir con el de responsabilidad patrimonial de la Administración previsto en la LRJPA, que hemos tratado más arriba; por eso creemos trasladables aquí las consideraciones que allí hicimos a propósito de la delimitación de los supuestos de fuerza mayor¹⁷¹.

En cuanto al *ámbito de aplicación del artículo 28.2 LGDCU*, es de destacar lo siguiente:

a) La norma se refiere *tanto a los servicios sanitarios privados como a los públicos*¹⁷²; así resulta, no sólo de la generalidad del término «servicio sanitario», sino también del artículo 1.2 LGDCU, que, al

artículo 28.2 se interpreta así, no aportaría nada nuevo, en la medida en que, como hemos visto *supra*, en los casos señalados por Pantaleón la responsabilidad de los centros sanitarios o de sus titulares resulta de su propia culpa y puede justificarse en el artículo 1902 o, en su caso, 1101 del Código Civil.

¹⁶⁸ En este sentido, BERCOVITZ («Comentario a la STS 22 de julio de 1994», cit., pp. 155 y 156), que observa cómo esta responsabilidad objetiva permitiría al paciente exigir los resultados «normales» del tratamiento, conforme al estado actual de la ciencia y de la técnica; también PARRA LUCÁN, *Daños por...*, cit., pp. 353 y 354, y RIVERA FERNÁNDEZ, *La responsabilidad...*, cit., p. 87.

¹⁶⁹ Apunta BERCOVITZ («Comentario a la STS 1 de julio de 1997», CCJC n.º 45, 1997, p. 1221) que cuando la causa no proceda exclusivamente del llamado a responder objetivamente, sino en parte también de la propia víctima, ello debe dar lugar a una reducción de la indemnización.

Sobre la conducta del paciente como circunstancia apta para romper el nexo causal *vid. supra* nota 81.

¹⁷⁰ Así lo ha entendido el TS en sus Sentencias de 1 de julio de 1997 y 9 de junio de 1998, a las que nos referimos *infra*, a pesar de que la Ley no menciona la fuerza mayor como causa exoneratoria. También, antes de dictarse dichas sentencias, PARRA LUCÁN, *Daños por...*, cit., p. 402.

¹⁷¹ Esto supone considerar que los denominados riesgos del desarrollo médico no son constitutivos de fuerza mayor ni, por tanto, exoneran de la responsabilidad prevista en el artículo 28.2 LGDCU; sin embargo, esta idea no es pacífica: a favor de ella se ha pronunciado, por ejemplo, PARRA LUCÁN (refiriéndose en general a los riesgos del desarrollo en el artículo 28 LGDCU, en *Daños por...*, cit., pp. 398, 399, 402 y 403), mientras que BERCOVITZ («Comentario al artículo 28 LGDCU», *Comentarios a la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios*, cit., pp. 718 y 723) se inclina por negar la responsabilidad objetiva en estos casos.

¹⁷² En este sentido *vid.*, por ejemplo, BERCOVITZ, «Comentario al artículo 28 LGDCU», cit., pp. 722 y 723; GÓMEZ CALERO, *Responsabilidad civil por productos defectuosos*, Madrid, 1996, pp. 28 y 29, y LLAMAS POMBO, «Comentario a la STS 4 de noviembre de 1992», cit., p. 1003.

definir la noción de «usuario» como persona que utiliza o disfruta servicios, puntualiza «cualquiera que sea la naturaleza *pública o privada*, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden». Mas al servicio público de asistencia sanitaria también le es aplicable el régimen de responsabilidad objetiva consagrado en la LRJPA (régimen que ya existía, aunque en la LRJAE, al promulgarse la LGDCU); por eso se ha entendido que en esta hipótesis el usuario puede elegir la vía que más le convenga¹⁷³. Sea como fuere, lo cierto es que ambos regímenes coinciden en su carácter objetivo, bastando —como acabamos de ver— la prueba del nexo causal entre el tratamiento médico y el resultado dañoso para obtener la correspondiente reparación si el demandado no consigue acreditar la ruptura del nexo; tan sólo en la cuantía de la indemnización existe una importante diferencia, pues la LRJPA no prevé un límite como el del artículo 28.3 LGDCU; mas como este mismo precepto deja a salvo «lo establecido en otras disposiciones legales», es evidente que el perjudicado siempre podrá hacer valer la responsabilidad patrimonial de la Administración para obtener una reparación íntegra del daño, aunque se supere tal límite¹⁷⁴.

b) Por las mismas razones que en el caso anterior, el artículo 28 LGDCU es aplicable *tanto a los centros (o a sus titulares) como a los médicos o sanitarios* que prestan el servicio¹⁷⁵. Y, como veremos, en la práctica la LGDCU se ha invocado como fundamento de pretensiones resarcitorias tanto en relación con médicos concretos como respecto de los titulares del centro sanitario en cuestión.

c) Por último, también se entiende que el régimen del artículo 28 LGDCU comprende *tanto la responsabilidad contractual como la extracontractual*¹⁷⁶. ¿Cuál será, entonces, la relación existente entre ese régimen y el del Código Civil sobre responsabilidad civil? Para ilustrar la cuestión conviene que veamos cuál es la situación en la práctica, a la vista de las sentencias del Tribunal Supremo que han tratado el tema.

2. En lo que respecta a los servicios sanitarios, el *Tribunal Supremo*, sin aplicar la regla *iura novit curia*, optó durante años por *ignorar el artículo 28.2 LGDCU*, puesto que no era alegado por los perjudicados¹⁷⁷. Mas esto último cambió en el caso resuelto por la *STS*

¹⁷³ Así, por ejemplo, GÓMEZ CALERO, *Responsabilidad...*, cit., p. 30.

¹⁷⁴ Dificilmente la valoración del daño ocasionado a una persona en la prestación del servicio sanitario podrá exceder de los 500 millones de pesetas. Pero si se interpretara que ese límite se aplica a todos los daños ocasionados, aun a diferentes personas, por el mismo defecto del servicio (por ejemplo, la utilización de un hilo de sutura defectuoso), es más fácil comprender cómo se puede superar la referida cantidad límite (sobre las dificultades que plantea el artículo 28.3 LGDCU en cuanto a qué conceptos se aplica el límite de los 500 millones, *vid.* BERCOVITZ, «Comentario al artículo 28 LGDCU», cit., p. 726).

¹⁷⁵ En este línea también BERCOVITZ, «Comentario a la STS 1 de julio de 1997», cit., p. 1219, LLAMAS POMBO, «Comentario a la STS 4 de noviembre de 1992», cit., p. 1003, PANTALEÓN PRIETO, «Responsabilidad extracontractual», *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. IV, Madrid, 1995, p. 5948, y PARRA LUCÁN, *Daños por...*, cit., pp. 352 a 354.

¹⁷⁶ Así, *v. gr.*, BERCOVITZ, «Comentario al artículo 28 LGDCU», cit., p. 715, y FERNÁNDEZ COSTALES, *La responsabilidad...*, cit., p. 35.

¹⁷⁷ Así lo destaca BERCOVITZ, en su ya citado «Comentario a la STS 22 de julio de 1994», p. 154.

22 de julio de 1994, primera de una serie en la que el Supremo *se niega a aplicar a los servicios sanitarios el régimen de responsabilidad objetiva que consagra* el citado precepto, cuando el mismo era invocado por los demandantes al recurrir las sentencias desestimatorias de las Audiencias. En el citado caso, el recurrente (que había demandado al SAS y a la Tesorería General de la Seguridad Social por el estado irreversible en que había quedado tras ser asistido en un centro dependiente del SAS por infarto agudo de miocardio) motivó su recurso de casación en la infracción del artículo 28.2 LGDCU ¹⁷⁸; en él adujo –según el resumen que hace la propia sentencia– que «si, como consecuencia de la prestación de esos servicios médicos, tenemos un enfermo de por vida con un cuadro irreversible de tetraplejía, se llega a la conclusión de que el tratamiento y prestación médico-quirúrgica no ha sido el adecuado... en la operación, o en el tratamiento anestésico, o en el proceso postoperatorio hubo un fallo de actuación que determinó unas consecuencias neurológicas no adecuadas a la intervención inicial».

Sin embargo, en esta sentencia el TS sigue manteniendo su tradicional doctrina de que la responsabilidad derivada de la asistencia médica presupone la existencia de culpa, de acuerdo con los artículos 1101 y 1902 del Código Civil. Descarta la aplicación del artículo 28.2 LGDCU al caso aduciendo que la LGDCU se aplica sólo en el ámbito administrativo y no incide en la responsabilidad civil; afirma, además, su carácter «informador», de donde deduce que su aplicación queda supeditada a la primacía de los preceptos sustantivos, que para el Supremo son los artículos 1101 y 1902 del Código Civil: «... la proyección de la susodicha Ley –dice el TS en referencia a la LGDCU– 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 artículos 1101 y 1902 del Código Civil». En consecuencia, como no apreció culpa ni en los médicos ni en la Administración, absolvió a los demandados.

Con ello, como ha observado BERCOVITZ ¹⁷⁹, el TS no sólo está ignorando la existencia y vigencia de un artículo, el 28.2 LGDCU, que claramente consagra una responsabilidad objetiva por los daños derivados de la asistencia sanitaria, sino que se contradice él mismo aplicando, en unos casos sí y en otros no, las normas de la LGDCU a la regulación sustantiva de los contratos y de la responsabilidad ¹⁸⁰.

Después de esta sentencia, el TS volvió a afirmar la inaplicabilidad de la LGDCU a la responsabilidad médico-sanitaria en varias ocasiones:

¹⁷⁸ Lo cierto es que en el caso podía haber invocado la responsabilidad patrimonial (objetiva) de la Administración.

¹⁷⁹ En su ya citado «Comentario a la STS 22 de julio de 1994», p. 155.

¹⁸⁰ También critica esta sentencia RIVERA FERNÁNDEZ, en *La responsabilidad...*, cit., pp. 84 a 87.

1) *STS 29 de julio de 1994*: En este caso, una constructora había sido condenada por la Audiencia a indemnizar a la viuda de un trabajador por entender que el factor determinante de su muerte fue el accidente que sufrió por falta de medidas de seguridad, «independientemente de posibles errores posteriores». En su recurso de casación, la constructora adujo infracción del artículo 28.1 y 28.2 LGDCU, de donde pretendía derivar la responsabilidad extracontractual objetiva de los médicos que atendieron al accidentado; el TS indicó entonces que «en modo alguno resulta aplicable este precepto para una posible exacción de responsabilidad médica, que una doctrina reiterada de esta Sala subordina a la previa acreditación de una clara negligencia por parte de quien presta tales servicios, calificados como originadores de una obligación de medios, independiente de los resultados que con ello se obtengan –arrendamiento de servicios y no de obra–».

2) *STS 11 de febrero de 1997*. Se trataba de un caso en el que la esposa de un hombre que se había sometido a una vasectomía había quedado embarazada, a pesar de que las pruebas analíticas posteriores a la operación habían corroborado la infertilidad del marido; el matrimonio demandó al cirujano contratado, a los dos analistas que hicieron las pruebas posteriores y a las respectivas compañías aseguradoras. Desestimada la demanda en las dos primeras instancias, los demandantes adujeron en su recurso de casación violación de los artículos 25, 26, 27, 28 y 29 LGDCU, por no acogerse la responsabilidad objetiva que en ellos se consagra. Motivo que el TS rechazó con el tradicional argumento de que «en materia de culpa médico-sanitaria queda descartada toda idea de culpa más o menos objetivada, rigiendo con todo rigor los principios subjetivistas que consagra el derecho positivo y que exigen de quien alega su existencia la prueba del proceder cuyo reproche se insta, la del daño devenido y la de la debida relación causal». Con ello se ignora de nuevo que el citado artículo 28 también es Derecho positivo y no se basa en principios subjetivistas. No obstante, hay que reconocer que, dadas las circunstancias del caso, tampoco podría haberse declarado responsables a los demandados aplicando el artículo 28.2 LGDCU dada la falta de relación causal entre el tratamiento y el resultado cuya reparación se pretendía ¹⁸¹.

3) *STS 27 de junio de 1997*. Una mujer que había quedado embarazada tras someterse a una ligadura de trompas ejerció acción de responsabilidad extracontractual contra dos médicos y el INSALUD; desestimada su pretensión en primera instancia, intentó fundamentar la responsabilidad en el artículo 25 LGDCU, mas la Audiencia consideró esta normativa inaplicable a la asistencia médica de la Seguridad Social, confirmando la sentencia del Juzgado; en su recurso de casación, la actora denunció («en búsqueda... de la responsabilidad objetiva», dice el TS) infracción tanto del artículo 106.II CE (que el TS rechazó por entender que el resultado lo fue de la «imprevisible naturaleza humana», consti-

¹⁸¹ *Vid.* al respecto lo ya dicho sobre este caso *supra*, en la nota 83.

tuyendo por eso un caso de fuerza mayor ¹⁸²), como de los artículos 25 y 26 LGDCU. Es llamativo que los preceptos invocados de la LGDCU sean éstos, cuando es el artículo 28 el que explícitamente se refiere a los servicios sanitarios, y cuando comúnmente se entiende ¹⁸³ que el artículo 26 consagra un sistema de responsabilidad por culpa aunque con inversión de la carga de la prueba. En cualquier caso, tampoco el artículo 28 LGDCU hubiera justificado en este caso la responsabilidad de los demandados, y ello por las mismas razones que el TS apuntó en relación con el artículo 106 CE.

Pero lo que aquí interesa son los argumentos con los que el TS desestimó este motivo. De una parte, y en alusión implícita a los artículos 25 y 26 LGDCU, destaca: «Ni siquiera existe referencia a qué defecto (acción u omisión) puede achacarse a los servicios sanitarios (...), sin demostrar que los perjuicios provengan de la *utilización del servicio* (...). Si se cumplieron las exigencias, cuidados y diligencias reclamables del servicio sanitario, que actuó con plenas garantías, ninguna responsabilidad se le puede exigir»; por tanto, hasta aquí el Supremo no niega la aplicabilidad de la LGDCU a los servicios sanitarios, sino que no aprecia responsabilidad porque no se dan los presupuestos de los preceptos citados. Lo que ocurre es que a lo dicho añade: «Y respecto del acto médico... sólo queda por añadir que, *como tal acto, no queda incluido en la... Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*»; con esta última frase, el TS parece referirse a la responsabilidad de los médicos en particular, a la que no considera aplicable la LGDCU, coincidiendo en este punto con las sentencias anteriores.

3. Muy poco después de pronunciarse las sentencias que acabamos de comentar, se produce un cambio radical en la jurisprudencia del TS, iniciado por dos sentencias, de *1 y 21 de julio de 1997*; en ambos casos se trataba de la amputación de una pierna previamente operada y en la que se había detectado una infección ¹⁸⁴. En las dos se admite, en línea de principios, la *aplicabilidad de la LGDCU a los servicios prestados por el INSALUD*, doctrina que después ha reiterado el TS en varios fallos.

¹⁸² A este punto ya nos referimos *supra* en el apartado 2 del epígrafe 4.1.1.

¹⁸³ BERCOVITZ, «Comentario al Capítulo VIII LGDCU», cit., p. 662, y Díez-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, cit., pp. 644 y 645.

¹⁸⁴ Mientras que en el caso de la Sentencia de 1 de julio no se pudo determinar el origen hospitalario o extrahospitalario de la infección, en el de la de 21 de julio se consideró acreditado que la infección se produjo dentro del hospital en que la demandante fue operada; en el primer caso, se admitió que el paciente podía haber contraído la bacteria infecciosa en el traumatismo provocado por el accidente origen de la lesión y que, al cabo de nueve años, hizo aconsejable la operación de artroplastia, mas lo que se reprocha a los médicos es que, habiéndose detectado esa bacteria ya en un análisis anterior a la operación, no se hubiera aplicado ningún tratamiento preventivo ni especiales medidas de asepsia al operar o tener internado al paciente; hay que subrayar, además, que en este caso de la STS 1 de julio de 1997, la amputación no fue inmediata consecuencia de la infección sino, en general, del mal estado de la rodilla del paciente un año después de la operación.

1) En el caso resuelto por la *STS 1 de julio de 1997*, el actor adujo en su recurso de casación infracción tanto de los artículos 1 y 28 LGDCU, por inaplicación, como de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil, y el TS, al referirse a los preceptos de la LGDCU, señaló: «Ninguna duda cabe, a la luz de la dicción literal del artículo 1.º de la expresada Ley, que el recurrente en cuanto “persona física” que utiliza unos “servicios”, reúne la condición de “usuario”, “cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden”. Conforme al sistema de “garantías y responsabilidad” que establece el capítulo VIII de tal cuerpo normativo el usuario tiene derecho a ser indemnizado de los daños y perjuicios demostrados que la utilización de los servicios les irroguen salvo que... estén causados por su culpa exclusiva. Expresamente el apartado 2 del artículo 28 que particulariza, con acentuado rigor, la responsabilidad civil incluye entre los “sometidos a su régimen” los “servicios sanitarios”, *conceptos que a no dudar comprenden los prestados en el INSALUD*. Esta *responsabilidad de carácter objetivo* cubre los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando “por su propia naturaleza, o estar así reglamentariamente establecido incluyen necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad”, hasta llegar en debidas condiciones al usuario. Estos niveles se presuponen para el “servicio sanitario” (...). Cuando estos controles de manera no precisada fallan, o... dejan de funcionar... el legislador impone que los riesgos sean asumidos por el propio servicio sanitario en forma externa de responsabilidad objetiva, cara al usuario, que por ser responsabilidad objetiva aparece limitada en su cuantía máxima... La culpa exclusiva del paciente... excluiría la responsabilidad objetiva... También, en un perfil acabado de la responsabilidad objetiva (no obstante que esta excepción carezca de respaldo legal expreso), el caso fortuito o la fuerza mayor entendidos como sucesos imprevisibles e inevitables fuera del control de aquellos niveles de exigencias que la determinan, servirán, en principio, para excluir la responsabilidad objetiva al faltar los presupuestos que la justifican. Pero estas excepciones deben oponerse y probarse por los perjudicados».

No obstante la referencia que la sentencia hace al artículo 1 LGDCU y a la irrelevancia de la naturaleza, individual o colectiva, del prestador del servicio, este régimen de responsabilidad objetiva no se trae a colación al enjuiciar la actuación del médico codemandado, enjuiciamiento que la sentencia hace a la luz de las reglas de responsabilidad extracontractual del Código Civil.

Con todo, las consideraciones hechas respecto de la aplicabilidad del artículo 28.2 LGDCU constituyen un *obiter dicta* ya que, al final, médico e INSALUD fueron condenados solidariamente por culpa, al amparo de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil ¹⁸⁵, argumentando-

¹⁸⁵ A juicio de BERCOVITZ (en su ya citado comentario a esta sentencia, pp. 1219 y 1220), sin embargo, los criterios aplicados por el Supremo en la apreciación de la culpa,

se al efecto que «la responsabilidad objetiva del centro sanitario queda embebida en el mayor coste que atribuimos a la responsabilidad culpable, pues ambas son incompatibles en cuanto sumandos independientes, caso de concurrencia de normas, como acontece en el caso, respecto de unos mismos hechos».

No se ve muy bien qué ha querido significar el Supremo al referirse al «mayor coste» de la responsabilidad por culpa; si alude al límite de la cuantía de la responsabilidad *ex* artículo 28 LGDCU en contraste con la reparación íntegra exigible al amparo de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil, ello no justificaría aquí la preferencia de estos últimos, dado que la indemnización concedida fue de 15.000.000 de pesetas, muy lejos del límite de 500 millones fijado en el artículo 28.3 LGDCU. En cuanto a la relación existente entre ambas normativas, dado que la LGDCU es una Ley posterior al Código Civil y que el legislador ha optado por referirse en ella explícitamente a los servicios sanitarios para vincularlos a un sistema de responsabilidad objetiva, ¿no habría que entender que es éste el régimen preferentemente aplicable a dichos servicios, como regla especial además, en lugar de la cláusula o principio general plasmado en el artículo 1902 del Código Civil? Ello sin perjuicio de que si la cuantía del daño excediera del límite previsto en el artículo 28.3 LGDCU, el perjudicado pudiera reclamar el exceso con base en la responsabilidad por culpa de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil¹⁸⁶.

2) La *STS 21 de julio de 1997* hace suya la doctrina de la de 1 de julio de 1997, mas con la peculiaridad de que lo hace de forma espontánea (*iura novit curia*), pues quien recurría en este supuesto era el INSALUD, único demandado y condenado en las dos instancias previas, y que, claro está, en ningún momento invocó la LGDCU. Así, tras afirmar a propósito del artículo 1903.IV del Código Civil que «la responsabilidad del empresario, en general, tiene su matiz marcadamente objetivo, basándose en la responsabilidad por riesgo y en la culpa *in vigilando* o *in eligendo*»¹⁸⁷, el Supremo añade que, a mayor abundamiento, son aplicables al caso los artículos 1, 26 y 28 LGDCU «en cuanto la demandante es consumidora (art. 1), ha utilizado unos servicios (art. 26), entre los que se incluyen los sanitarios (art. 28.2) y la producción de un daño genera responsabilidad objetiva que desarrolla el capítulo VIII»; en consecuencia, afirma que la responsabilidad del INSALUD como empresaria del centro en que la paciente fue atendida era directa por el artículo 1903.4.º del Código Civil y «*objetiva* no sólo por la objetivación creciente de la responsabilidad extracontractual, sino también *por aplicación de la Ley de consumidores y usuarios*»; hay,

tanto del INSALUD como del médico, son tan extremadamente rigurosos, que duda que los mismos no supongan, en la práctica, la aplicación de un régimen de responsabilidad objetiva.

¹⁸⁶ En este sentido, BERCOVITZ, «Comentario al artículo 28 LGDCU», cit., p. 727.

¹⁸⁷ No se comprende el porqué de la alusión a dicha culpa como fundamento de responsabilidad cuando se está destacando precisamente su «matiz marcadamente objetivo».

no obstante, cierta confusión en los argumentos pues tan pronto se dice esto como, a renglón seguido, se añade que «*ciertamente, el artículo 1903 presupone una actuación culposa, pero ésta... se deduce del propio resultado producido*»; aparte de la alusión, transcrita unas líneas atrás, a la culpa *in vigilando* o *in eligendo* como fundamento de la responsabilidad del empresario según el artículo 1903.IV del Código Civil. De un lado, pues, se afirma y trata de justificar la responsabilidad objetiva del INSALUD pero, de otro, el TS no prescinde de las consideraciones culpabilísticas ni prescinde del recurso al artículo 1903 del Código Civil, que es el que finalmente justifica la condena.

3) En el caso de la *STS 11 de febrero de 1998* el Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación que había interpuesto el INSALUD aduciendo –entre otros motivos– aplicación indebida de los artículos 1902 y 1903.IV del Código Civil, por falta de nexo causal y de culpa (el único médico codemandado había sido absuelto sin que la actora lo recurriera); el Supremo desestimó el recurso por apreciar la concurrencia de ambos requisitos, aunque no sin subrayar que el artículo aplicable «debió ser» el 28 LGDCU, «como vió el Juez de Primera Instancia con todo acierto, no así la Audiencia sentenciadora»; y es que, en un pasaje anterior de la sentencia, el Tribunal ya había establecido que el servicio sanitario, como tal, quedaba sometido al régimen de responsabilidad objetiva previsto en el citado artículo.

4) La *STS 6 de mayo de 1998* tampoco necesitaba recurrir al artículo 28 LGDCU para justificar la declaración de responsabilidad del INSALUD (único demandado). Sin embargo, lo cita a mayor abundamiento cuando, después de haber basado tal declaración en el régimen de responsabilidad contractual del Código Civil, añade: «Sin contar con la razón, también importante y justificadora por sí misma de la condena del INSALUD, de que, *a tenor del artículo 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, corresponde al empresario, en este caso el INSALUD, responder de los daños causados en el correcto uso y consumo de los servicios sanitarios*, salvo que, como se dice en el artículo 25 de la misma ley, aquellos daños estén originados... por la culpa exclusiva del dañado o de las personas de las que debe responder».

5) La *STS 9 de junio de 1998* hace suyo este último razonamiento, además de la doctrina de la Sentencia de 1 de julio de 1997, transcrita unas líneas atrás; a ello añade una cierta comparación de los artículos 1903 del Código Civil y 28 LGDCU, señalando que en el caso del último precepto «se aprecian matices de progreso encaminados a favorecer la reclamación de los perjudicados por actos envueltos en la responsabilidad difusa de sus autores directos, mediante la configuración de una responsabilidad prácticamente objetiva...». Una vez más, en este caso el demandante había aducido en su recurso de casación violación por inaplicación del artículo 28 LGDCU, precepto que la sentencia recurrida había considerado inaplicable al caso, según explica el Supremo, «por no haberse ejercitado la acción correspondiente (en síntesis, el art. 1903 del del Código Civil supondría una acción, y el art. 28

de la Ley General de Consumidores y Usuarios, otra)»; el TS discrepa de este planteamiento y se adscribe a la línea jurisprudencial según la cual son los hechos base de la demanda, y no la fundamentación jurídica de la misma, los que configuran la *causa petendi*¹⁸⁸; dice el Supremo: «... cuando los hechos permanecen sustancialmente idénticos, como configuradores de un determinado supuesto normativo (y dentro de la congruencia), la elección de la norma es función netamente judicial. Lo que no puede el juzgador es cambiar la pretensión, introduciendo de oficio una especie de “acumulación de acciones” no ejercitada. Pero si respecto de los “hechos” se produce una concurrencia de normas que permiten la operación de subsunción y alguna de ellas con exclusión de otras se considera más idónea en su aplicación al caso dentro de lo pedido, tal cometido se revela formando parte del oficio judicial». Todos estos argumentos condujeron al TS a estimar la responsabilidad del SAS, fundándola en el artículo 28 LGDCU.

Pues bien, cuando a la vista de estas sentencias parecía que el Tribunal Supremo se había decidido a admitir la aplicabilidad del régimen previsto en el artículo 28 LGDCU a los prestadores de servicios sanitarios, al menos a los titulares de centros sanitarios públicos, una nueva sentencia del mismo Tribunal, de 19 de junio de 1998, se desmarca de esta línea¹⁸⁹. En este caso, la Audiencia había fundado la responsabilidad objetiva del Servicio Andaluz de Salud y de la Junta de Andalucía tanto en el artículo 139 LRJPA como en el artículo 28 LGDCU; el TS casa la sentencia y absuelve a los organismos públicos demandados argumentando, en síntesis, que la responsabilidad derivada del funcionamiento de los servicios públicos se regula por las disposiciones administrativas al efecto, cuya aplicación no se puede ver desplazada por la del artículo 28 LGDCU; a juicio del Supremo, como las normas civiles no eran aplicables al caso, la Audiencia debería haber apreciado de oficio la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, para que fuera ésta la que resolviera conforme a las correspondientes disposiciones administrativas.

Frente a esto, ya hemos indicado cómo, a nuestro juicio, el artículo 28 LGDCU es aplicable a todo prestador de servicios sanitarios, sea público o privado¹⁹⁰; y el propio Tribunal Supremo, en las sentencias antes reseñadas, ha admitido la sujeción del INSALUD —u organismos equivalentes— al régimen de responsabilidad que prevé el tan citado precepto. En otro orden de cosas, tampoco vemos inconveniente en que los tribunales civiles apliquen, si es lo que procede, las normas relativas a la responsabilidad patrimonial de la Administración¹⁹¹.

¹⁸⁸ A esta cuestión ya nos referimos *supra*, en el epígrafe III. La sentencia que estamos comentando sigue la línea de (y cita a) la de 18 de febrero de 1997, que también tratamos allí.

¹⁸⁹ Aunque, curiosamente, es del mismo Ponente (Excmo. Sr. Gullón Ballesteros) que la de 11 de febrero de 1998, comentada unas líneas atrás como exponente de la nueva orientación jurisprudencial.

¹⁹⁰ *Vid supra*, lo dicho sobre el ámbito de aplicación del precepto en el primer apartado de este epígrafe 4.3.

¹⁹¹ *Vid supra*, apartado 4 del epígrafe 4.1.1.

4. Para terminar, podemos plantearnos en qué medida ha de incidir el régimen previsto en el artículo 28.2 LGDCU en la doctrina tradicionalmente mantenida por el TS (a veces, como hemos visto, más a nivel de principios teóricos que de efectiva aplicación práctica) en punto a la responsabilidad de los profesionales sanitarios y de los centros asistenciales:

1) Por un lado, es claro que conforme al citado artículo de la LGDCU no puede decirse que en este ámbito queda descartada toda responsabilidad más o menos objetiva y que incumbe al demandante probar que ha habido negligencia¹⁹². Hay que subrayar, además, que ya antes de promulgarse la LGDCU, esa tradicional afirmación jurisprudencial era matizable, sobre todo atendiendo al régimen de responsabilidad contractual del Código Civil, en el que, como hemos comprobado en diversos puntos de este trabajo, la culpa no es el único criterio de imputación.

2) De otro lado, ¿podrá seguir manteniéndose la calificación jurisprudencial de la obligación contractual de los profesionales sanitarios y de los centros asistenciales como obligación de medios y no de resultado¹⁹³, cuando la responsabilidad que consagra el artículo 28.2 LGDCU es objetiva?¹⁹⁴

Simplificando mucho, cabe decir que cuando la obligación es de resultado, lo comprometido (el objeto de la prestación) es la consecución de un determinado resultado, de modo que al acreedor le basta con probar que el mismo no se ha obtenido para acreditar el incumplimiento, debiendo entonces el deudor demostrar que ello se debe a una causa que no le es imputable. Si la obligación es de medios, lo comprometido es el desarrollo de una actividad, hacer todo lo posible para conseguir un fin, pero sin asegurar éste; por ello, no conseguir el fin pretendido no significa incumplimiento; es no observar la diligencia precisa lo que conforma el incumplimiento, luego eso es lo que ha de probar el acreedor, la culpa del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones¹⁹⁵.

¹⁹² Así lo subraya también BERCOVITZ, en su «Comentario al artículo 28 LGDCU», cit., p. 723, nota 32.

¹⁹³ Ya vimos que el TS generalmente extiende esta distinción al ámbito extracontractual, pero también hemos apuntado ya cómo parece más razonable circunscribirla a las obligaciones contractuales.

¹⁹⁴ En referencia a este precepto, CABANILLAS SÁNCHEZ («La responsabilidad...», cit., p. 913) considera una paradoja y poco equitativo que a una obligación de medios se vincule una responsabilidad objetiva; en idéntica línea, FERNÁNDEZ COSTALES (*La responsabilidad...*, cit., p. 56) subraya que la responsabilidad objetiva debería descartarse cuando la obligación es de medios.

¹⁹⁵ A propósito de la delimitación entre estos dos tipos de obligación, *vid.* el trabajo ya citado de LOBATO GÓMEZ, «Contribución...», cit., en particular pp. 681 ss. y 713 ss.

Vid. también las SSTs de 22 de abril, 12 de junio y 21 de julio de 1997, cuyo Ponente fue el Excmo. Sr. O'Callaghan Muñoz, y en las que, a propósito de supuestos de responsabilidad civil médico-sanitaria, se aborda con detalle este tema; en ellas se dice: «... en la obligación de actividad, la realización de la conducta diligente basta para que se considere cumplida, aunque no llegue a darse el resultado: lo que determina el cumplimiento no es la existencia del resultado, sino la ejecución adecuada y correcta, es decir, diligente, de

Pues bien, que el artículo 28.2 LGDCU consagre una responsabilidad objetiva, en nada viene a enturbiar el hecho claro de que *la obligación de los profesionales sanitarios y de los centros no es la de conseguir el resultado de la sanación del enfermo*, sencillamente porque es algo a lo que no se pueden comprometer al escapar de sus posibilidades ¹⁹⁶; por eso al actor no le basta con probar que no ha habido curación para exigir responsabilidades conforme al artículo 28.2 LGDCU, sino que ha de probar que el resultado dañoso producido (no curación, empeoramiento, fallecimiento, etc.) es precisamente consecuencia del tratamiento o intervención médica (o, en su caso, de la omisión de tratamiento).

Cierto es también que es obligación del personal y de los centros asistenciales *el proporcionar al paciente todos los cuidados que precise según el estado de la ciencia médica y observando la lex artis ad hoc*; por eso una conducta negligente desatará las correspondientes responsabilidades; pero, de acuerdo con el artículo 28.2 LGDCU, también puede haber responsabilidad sin culpa. Por tanto, si la calificación de una obligación como obligación de medios significa, conforme a lo que hemos señalado *supra*, que el actor ha de probar la culpa y, consecuentemente, que el demandado puede exonerarse acreditando su actuación diligente, habrá que concluir que la de los profesionales sanitarios y centros asistenciales no lo es de acuerdo con el artículo 28.2 LGDCU: porque ni el demandante tiene que probar culpa alguna, ni al demandado le sirve como causa de exoneración acreditar que obró diligentemente.

Podría incluso entenderse que la obligación de que estamos hablando es la de procurar al paciente un resultado, mas no el de la curación, sino *el resultado normal del tratamiento* a que se somete de acuerdo con el estado de la ciencia y técnica médicas en ese momento ¹⁹⁷, lo que en determinados casos supondrá la asunción de ciertos riesgos por el paciente (pues hay tratamientos que es sabido que producen daños, como los hay que comportan riesgos conocidos: si esto se le ha advertido al enfermo y el daño se produce dentro de ese margen de inevitabilidad, no habrá responsabilidad alguna); pero si el tratamiento tiene un resultado completamente anormal, bastará acreditar esto (la relación causa-efecto entre ambos) para obtener la correspondiente indemnización, siempre que el demandado no consiga probar una circunstancia que rompa la relación causal (como la culpa exclusiva de la víctima o una causa de fuerza mayor).

la actividad encaminada a aquel resultado. El cumplimiento de la obligación de resultado, por el contrario, requiere la satisfacción del interés del acreedor consistente en la obtención del resultado. En consecuencia, en la obligación de resultado, la no obtención de éste... implica incumplimiento de obligación...; en la obligación de actividad, es precisa la prueba de la falta de diligencia, para apreciar incumplimiento...».

¹⁹⁶ Cosa distinta es que, en determinados casos excepcionales (ya tratados, como el de cirugía estética, por ejemplo), sí que se le asegure un determinado resultado al paciente o «cliente».

¹⁹⁷ En línea con lo que apunta BERCOVITZ en su ya citado «Comentario a la STS 22 de julio de 1994», pp. 155 y 156.

Para concluir, si el sistema de responsabilidad que establece el artículo 28.2 LGDCU está claro, y el recurso a la distinción entre obligaciones de medios y de resultado no contribuye precisamente a entender mejor ese sistema, quizá fuera aconsejable renunciar a su utilización en el ámbito médico-sanitario¹⁹⁸; en cualquier caso, tal distinción y, en concreto, la calificación como obligación de medios de la que corresponde a centros y profesionales sanitarios, no puede servir de excusa para eludir la aplicación del régimen del artículo 28.2 LGDCU, que es Derecho vigente.

Consideraciones similares a las que acabamos de hacer en relación con la LGDCU, podrían hacerse respecto del régimen de responsabilidad contractual del Código Civil, por la razón tantas veces apuntada de que conforme al mismo la culpa no es el único criterio de imputación, habiendo otros de carácter objetivo; de este modo, y tal y como expusimos páginas atrás, tampoco cuando se hace valer la responsabilidad contractual de médicos o centros es imprescindible en todo caso probar su falta de diligencia, pues de los riesgos que quedan en su ámbito de control (actuación de los auxiliares para el cumplimiento, instrumental utilizado, etc.) han de responder aun sin culpa.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO PÉREZ, M. T.: *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos*, Barcelona, 1997.
- «Responsabilidad civil derivada de una actuación médica arbitraria en el seno de una relación trilateral (a propósito de la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1995)», *ADC* 1997, p. 919.
- ÁNGEL YAGÜEZ, R. de: *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil*, Madrid, 1995.
- «La responsabilidad civil de los profesionales y de las Administraciones sanitarias», en *La responsabilidad de los profesionales y de las Administraciones sanitarias*, Libro de ponencias del II Congreso *Derecho y Salud*, Junta de Andalucía, 1994.
- *La responsabilidad civil*, Bilbao, 1989.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Comentario a la STS 1 de julio de 1997», *CCJC* n.º 45, 1997, p. 1211.
- «Comentario a la STS 22.7.1994», *CCJC* n.º 37, 1995, p. 149.
- «Comentario al Capítulo VIII LGDCU» y «Comentario al artículo 28 LGDCU», en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios*, coordinados por R. Bercovitz y J. Salas, Madrid, 1992, pp. 661 y 713, respectivamente.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: «La responsabilidad por infracción de los deberes profesionales o de *lex artis* y la carga de la prueba (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1990)», *ADC* 1991, p. 907.

¹⁹⁸ Aunque, como observa LOBATO GÓMEZ («Contribución...», cit., p. 685), haya sido éste un campo tradicionalmente propicio para la aplicación de la distinción.

- CAVANILLAS MÚGICA, S., y TAPIA FERNÁNDEZ, I.: *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal*, Madrid, 1992.
- DÍAZ ALABART, S.: «Comentario a la STS 29 de octubre de 1992», *CCJC* n.º 30, 1992, p. 971.
- DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C.: *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica. Hechos y Derecho*, Pamplona, 1996.
- «Comentario a la STS 15 de marzo de 1993», *CCJC* n.º 31, 1993, p. 293.
- DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vols. I y II, Madrid, 1993.
- DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Madrid, reimpresión de la 6.ª ed., de 1989.
- FERNÁNDEZ COSTALES, J.: *La responsabilidad civil sanitaria (médica y de enfermería)*, Madrid, 1995.
- «La responsabilidad civil médica», *La Ley*, 1986-3, p. 633.
- GALÁN CORTÉS, J. C.: *El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios*, Madrid, 1997.
- GALÁN CORTÉS, J. C. e HINOJAL FONSECA: «Valoración jurídica de los protocolos médicos», *RGD* n.º 622-623, 1996, p. 8171.
- GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V.: «Comentario a la STS 25 de mayo de 1995», (en realidad la sentencia es de 24 de mayo) *CCJC* n.º 39, 1995, p. 1063.
- GÓMEZ CALERO, J.: *Responsabilidad civil por productos defectuosos*, Madrid, 1996.
- GUTIÉRREZ BARRENGOIA, A.: «Comentario a la STS 25 de enero de 1997», *CCJC* n.º 44, 1997, p. 575.
- JORDANO FRAGA, F.: «Comentario a la STS 27 de septiembre de 1994», *CCJC* n.º 37, 1995, p. 231.
- LOBATO GÓMEZ, J. M.: «Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado», *ADC* 1992, p. 675.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: «El consentimiento informado», Seminario sobre «Responsabilidad del personal sanitario», CGPJ y Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1994, p. 273.
- LLAMAS POMBO, E.: «Comentario a la STS 25 de abril de 1994», *CCJC* n.º 36, 1994, p. 1005.
- «Comentario a la STS 4 de noviembre de 1992», *CCJC* n.º 30, 1992, p. 995.
- MARTÍN REBOLLO, L.: «Responsabilidad de la Administración», *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. IV, Madrid, 1995, p. 5926.
- MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, L.: *La responsabilidad civil médico-sanitaria*, Madrid 1992.
- MARTÍNEZ PEREDA RODRÍGUEZ, J. L.: *La cirugía estética y su responsabilidad*, Granada 1997.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.: «La responsabilidad contractual y extracontractual; distinción y consecuencias», *Jornadas sobre Responsabilidad Civil organizadas por el CGPJ*, Madrid, 1993, p. 61.
- PANTALEÓN PRIETO, A. F.: *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración*, Madrid, 1995.

- «Responsabilidad contractual», «Responsabilidad extracontractual» y «Responsabilidad por hecho ajeno», *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. IV, Madrid, 1995, pp. 5922, 5942 y 5955, respectivamente.
- «Comentario al artículo 1902 del Código Civil», *Comentarios del Código civil*, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 1971.
- «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», *ADC* 1991, p. 1019.
- «Comentario a la STS 19 de junio de 1984», *CCJC* n.º 6, 1984, p.1869.
- «Comentario a la STS 10 de mayo de 1984», *CCJC* n.º 5, 1984, p. 1645.
- «Comentario a la STS 26 de enero de 1984», *CCJC* n.º 4, 1984, p. 1257.
- «Comentario a la STS 10 de marzo de 1983», *CCJC* n.º 2, 1983, p. 447.
- PARRA LUCÁN, M. A.: *Daños por productos y protección del consumidor*, Barcelona, 1990.
- «Comentario a la STS 16 de julio de 1991», *CCJC* n.º 27, 1991, p. 871.
- «Comentario a la STS 19 de junio de 1990», *CCJC* n.º 24, 1990, p. 861.
- RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: «Comentario a la STS 11 de febrero de 1997», *CCJC* n.º 44, 1997, p. 663.
- REBOLLEDO VARELA, A. L.: «Responsabilidad civil del personal sanitario en centros asistenciales: sus presupuestos básicos», *RGLJ* n.º 5, mayo 1986, p. 669.
- RESPONSABILIDAD DEL PERSONAL SANITARIO. Actas del Seminario convocado conjuntamente por el Consejo General del Poder Judicial y el Ministerio de Sanidad y Consumo, celebrado en Madrid los días 14 y 16 de noviembre de 1994.
- RIVERA FERNÁNDEZ, M.: *La responsabilidad médico-sanitaria y del personal sanitario al servicio de la Administración Pública (Análisis doctrinal y jurisprudencial)*, Valencia, 1997.
- ROMERO COLOMA, «El Derecho español ante la relación médico-paciente (Deber de información y consentimiento)», *La Ley* 1996-4, p. 1251.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, A.: «Comentario a la STS 2 de diciembre de 1996», *CCJC* n.º 43, 1997, p. 341.
- «Comentario a la STS 12 de julio de 1994», *CCJC* n.º 38, 1995, p. 471.
- SANTOS BRIZ, J.: «La responsabilidad civil de los médicos en el Derecho español», *RDP* 1984, p. 643.
- VIANA CONDE, A., y SAS FOJÓN, A. de: «El consentimiento informado del enfermo», *La Ley* 1996-2, p. 1330.
- VILLAR ROJAS, F. J.: *La responsabilidad de las Administraciones sanitarias: fundamento y límites*, Barcelona, 1996.
- YZQUIERDO TOLSADA, M.: «Comentario a la STS 22 de febrero de 1991», *CCJC* n.º 26, 1991, p. 387.
- «Comentario a la STS 31 de enero de 1990» (en realidad se trata de la STS 12 de febrero de 1990), *CCJC* n.º 22, 1990, p. 279.

Teoría general de la preferencia

JOSÉ M^o GARRIDO

Ll. M. Universidad de Londres
Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia
Profesor Titular de Derecho Mercantil
en la Universidad de Vigo

SUMARIO: I. *Introducción: los principios de preferencia y proporcionalidad como pilares del Derecho de la tutela del crédito.*—II. *La preferencia:* 1. Concepto de preferencia. 2. Preferencia y prededucción: 2.1. Prededucción y créditos contra la masa.—III. *Las causas típicas de preferencia: la distinción clásica entre garantías reales y privilegios:* 3.1. El concepto de garantía real: 3.1.2. Las garantías reales y el derecho de retención. 3.2. Los privilegios: 3.2.1. Rasgos del privilegio como causa de preferencia; 3.2.2. Privilegios sustantivos y privilegios procesales. 3.3. La crisis de la distinción entre garantías reales y privilegios. La diferencia entre causas de preferencia de origen legal y causas de preferencia de origen negocial como criterio funcional básico. 3.4. La distinción entre preferencia general y preferencia especial como criterio estructural básico: 3.4.1. Las manifestaciones de la preferencia general en el Derecho español; 3.4.2. Las manifestaciones de la preferencia especial en el Derecho español: en particular, los tipos de privilegios especiales. 4. La preferencia atípica.—IV. *La ausencia de preferencia y el principio de proporcionalidad.*

I. **INTRODUCCIÓN: LOS PRINCIPIOS DE PREFERENCIA Y PROPORCIONALIDAD COMO PILARES DEL DERECHO DE LA TUTELA DEL CRÉDITO**

La tutela del crédito comprende un variado grupo de instituciones jurídicas que el Derecho ha desarrollado para proveer a la protección de los acreedores. De entre ellas, existen algunas cuya función es la de proteger al acreedor frente al incumplimiento del deudor (ejecución forzosa) o frente a las maniobras fraudulentas de éste (acción revocatoria). Sin embargo, existe un importante núcleo de instituciones que no busca proteger al acreedor del comportamiento del deudor, sino de la concurrencia de otros acreedores, circunstancia ésta que puede llegar a constituir uno de los riesgos más agudos para la efectividad del derecho de crédito. Existe, por tanto, una parte sustancial del Derecho de la tutela del crédito que pudiéramos definir como tutela «concursal» o «conflic-

tual» del crédito ¹: en efecto, en las situaciones en las que varios acreedores concurren en un procedimiento ejecutivo, el Derecho utiliza técnicas para proteger a éstos frente al riesgo de impago, que aquí se produce como consecuencia de la existencia de otros créditos que pueden absorber el producto de la venta de los bienes del deudor. Este es uno de los problemas centrales del Derecho de la tutela del crédito, el establecimiento de diversas instituciones jurídicas que protejan a determinados créditos frente a otros en la ejecución del patrimonio del deudor. Como es bien conocido, el problema es tanto más agudo cuanto más grave es la insuficiencia del patrimonio del deudor y mayor sea el número de acreedores que concurren a la ejecución. Por ello, es en los procedimientos concursales donde los conflictos entre acreedores adquieren mayor importancia y complejidad.

El jurista que se aproxima al Derecho de la tutela del crédito, tal y como ha sido definida, es preso de un sentimiento mezcla de confusión, de perplejidad, de indignación, incluso. Tal sentimiento no es sino el producto de la dificultad y de la falta de sistematicidad de este abigarrado compartimento del Ordenamiento jurídico, que relaciona, enlaza y hace entrecrozar áreas tan diversas como el Derecho del trabajo, el Derecho tributario, el Derecho mercantil o el Derecho de familia. La naturaleza eminentemente conflictiva del Derecho de la tutela del crédito, en la medida en que uno de sus objetivos principales es el de resolver conflictos entre acreedores, explica la existencia de heterogéneos compartimentos normativos afectados por sus soluciones, y la dificultad, y al mismo tiempo necesidad, de encontrar soluciones unitarias a problemas que influyen sobre la ordenación del crédito en su conjunto.

El estado del Derecho de la tutela del crédito se condensa en la palabra confusión. Tras siglos de transformaciones, los conceptos jurídicos que permitieron la edificación de un desarrollado orden económico han ido sufriendo las acometidas de las leyes, de los hechos y hasta del propio olvido. El estado de confusión se encuentra generalizado, ya que difícilmente se hallará un país en el que los problemas de tutela preferencial del crédito no sean extraordinariamente graves y complejos. No obstante, es bien cierto que el Derecho español se distingue, desafortunadamente, por una caótica situación en esta materia. En efecto, no es exagerado afirmar que las instituciones de la tutela del crédito del Derecho español se encuentran gravemente maltrechas, en un estado de

¹ En puridad, la tutela del crédito comprende numerosas instituciones, como la acción revocatoria, la acción subrogatoria, las acciones declarativa y ejecutiva, etc. En realidad, el objeto de esta investigación no es sino la tutela «conflictual» del crédito, esto es, la tutela del crédito *frente a otros créditos*, ya que en las situaciones de concurso la amenaza a la satisfacción del derecho de crédito no se encuentra sólo en las maniobras fraudulentas, en la falta de cooperación del deudor, o en la ausencia de bienes del mismo, sino también en la presencia de un elevado número de créditos cuya pretensión choca frontalmente con la del acreedor considerado. La protección del crédito frente a ese riesgo constituye la base de lo que podemos denominar, acaso con una terminología desusada, «tutela conflictual del crédito», que se estructura en torno a los principios de preferencia y proporcionalidad.

extrema confusión, profundo desorden e importante merma de su eficacia. Extrema confusión, porque existe un grave desconocimiento respecto del verdadero significado de los conceptos fundamentales del Derecho de la tutela del crédito, que aparecen mezclados y superpuestos entre sí. Profundo desorden, porque la falta de sistematicidad, producto de la acumulación histórica de créditos con preferencia, ha terminado por formar un extraño mosaico de créditos, de muy dudosa racionalidad. Y merma de su eficacia, puesto que la propia acumulación de créditos con preferencia, unida al estado de la regulación de los procedimientos concursales, ha degenerado en una creciente ineficacia de las técnicas de protección del crédito.

El Derecho español es, por las razones esbozadas, uno de los que sufre con mayor gravedad la falta de un régimen de tutela del crédito coherente o, cuando menos, comprensible. Conviene, en justa consecuencia, fundar el estudio de las técnicas de tutela del crédito en la revisión de los conceptos fundamentales, para después analizar la función que sirven en el campo de la tutela del crédito los dos grandes principios informadores de ésta, el principio de preferencia y el principio de proporcionalidad. Sólo así, una vez descritos los fundamentos teóricos de este amplio campo normativo, podrá hallarse una explicación histórica a la evolución de la tutela del crédito, y el intérprete, pertrechado de un débil y tenue «hilo de Ariadna», podrá abrirse paso en este intrincado laberinto que, a fuerza de continuas superposiciones y cambios de política legislativa, se ha degradado hasta el punto de perder su propia lógica.

La razón profunda de este insatisfactorio estado de cosas se encuentra en el abuso del principio de preferencia, al que el legislador ha recurrido para dar pretendida satisfacción a los más variados intereses, representados a su vez por los más dispares grupos sociales y económicos, hasta el punto de que el legislador ha socavado algunos de los más importantes fundamentos del sistema crediticio. La proliferación de créditos preferentes, típicos y atípicos, pone de manifiesto la hipertrofia del principio de preferencia, y la correspondiente decadencia del principio de proporcionalidad, y se traduce en una complicada graduación que mezcla créditos de todo tipo y condición, cuya asimilación requiere un difícil y agotador esfuerzo del jurista. Este estado de cosas es, si cabe, aún más preocupante dentro de los procedimientos concursales. La ausencia de un análisis que relacione los aspectos aparentemente procesales y sustantivos de la tutela del crédito en la quiebra y en la suspensión de pagos es un perfecto ejemplo de lo que se comienza a conocer como «problemas de vestigialización», es decir, aquellos problemas creados o agravados por la falta de investigación de un área que ha quedado artificialmente dividida entre dos o más disciplinas ². Ciertamente,

² El término, de origen norteamericano, es aplicable a todas las disciplinas científicas. No cabe duda de que todas las ciencias tienen objetos de investigación preferentes, situados, por así decirlo, en el centro de su campo de atención. Fuera de ese centro se encuentran problemas estudiados sólo de forma lateral. De este modo, existen auténticos

existen trabajos muy meritorios y válidos sobre ciertos créditos privilegiados en particular, pero la literatura jurídica adolece de una alarmante carencia de trabajos que examinen el sistema de tutela del crédito, o, quizá, la falta de sistema del Derecho español de la tutela del crédito. En el ámbito de la tutela del crédito, las aproximaciones generales son necesarias, porque los defectos y cualidades se perciben y se predicen del sistema en su conjunto, mucho más que de las causas de preferencia individualmente consideradas. Así pues, es preciso moverse en una vertiginosa encrucijada de Derecho sustantivo y procesal, en la intersección de áreas normativas dispersas y dispares, para estar en condiciones de formular un juicio sobre la totalidad del sistema, más allá de las meras intuiciones. No obstante, esta aproximación metodológica tiene la desventaja de la considerable amplitud del campo de investigación, aunque, como suele suceder, la utilidad del trabajo está directamente relacionada con la dificultad del mismo.

La gravedad de la situación del Derecho de la tutela del crédito que se ha descrito fundamenta, como tantas veces se ha afirmado, la opción a favor de una amplia reforma legal. Por esta razón, el análisis debería desembocar, necesariamente, en una revisión de las reformas emprendidas en los Ordenamientos jurídicos más importantes y en la formulación de sugerencias para el futuro. Para llegar a ese punto, sin embargo, es necesario primero aclarar los conceptos fundamentales y forjar las herramientas de análisis que permitan diseccionar la flora y fauna del sistema de causas de preferencia. Y posteriormente, habrá de comprobarse que las causas de preferencia establecidas por el Derecho sirven funciones definidas, que no son simplemente un estorbo para el pensamiento del jurista y el discurrir de la economía. Por último, han de revisarse los procesos históricos que han provocado la pérdida de funcionalidad y sentido de las causas de preferencia, y las profundas transformaciones históricas que ha tenido que sobrevivir el Derecho de la tutela del crédito. No basta por ello con señalar la confusión, blandiendo ejemplos y situaciones que indiquen el maltrecho estado del sistema crediticio. Es bien conocido de todos que tal «sistema» roza el absurdo, pues ha perdido gran parte de su sentido. No basta con señalarlo, sino que es preciso mostrar *cómo* ha perdido su sentido, porque sólo de esa manera podrá existir la esperanza de que lo recupere. En fin, ni siquiera la terminología ha salido indemne de los embates de la historia. Así, fijar el sentido de los términos utilizados por el Derecho de la tutela del crédito constituye la primera exigencia del investigador ³, para poder

territorios, a veces plagados de problemas, que por no encajar con la definición clásica de una de las especialidades de una ciencia, ven su estudio relegado en favor de otras áreas, o compartido por varias especialidades que no llegan a apreciar su sentido completo. En las ciencias jurídicas, la tutela del crédito sería uno de los paradigmas de la «vestigialización», más que un mero ejemplo. Sobre el problema de la *vestigialization*, *vid.* D. A. SKEEL, *júnior*, «Rethinking the Line between Corporate Law and Corporate Bankruptcy», en *72 Texas L. Rev.*, pp. 471 ss. (1994).

³ La elaboración de una terminología que permita un planteamiento claro de los problemas y que pueda emplearse con soltura a lo largo de la investigación es uno de

recuperar también el sentido económico e histórico de las instituciones de la tutela del crédito.

El análisis del Derecho de la tutela del crédito ha de comenzar por la constatación de la existencia de dos principios fundamentales sobre los que se ha desarrollado un creciente número de instituciones jurídicas. Se trata de los principios de preferencia y proporcionalidad. De acuerdo con el principio de preferencia, determinados créditos han de ser *preferidos* a otros en las situaciones en las que se produzca una concurrencia de acreedores en la ejecución de los bienes del patrimonio del deudor. El principio de preferencia tiende a la jerarquización de los créditos, al establecimiento de una graduación que ordene dichos créditos conforme a diversos criterios, que reflejan las concepciones económicas y los juicios axiológicos del sistema jurídico. Por el contrario, el principio de proporcionalidad tiende a un resultado totalmente opuesto: conforme a él, los distintos acreedores que concurren a una ejecución deben soportar la pérdida derivada de la insuficiencia patrimonial del deudor de una manera proporcional a la cuantía de sus respectivos créditos. El principio de proporcionalidad, por tanto, tiende a la consideración uniforme de los acreedores, sin establecer diferencias entre ellos por razones sociales, económicas o de cualquier otra índole ⁴.

Estos dos principios fundamentales, concretados en distintas reglas jurídicas, sostienen el sistema de tutela del crédito. En efecto, el Derecho de la tutela del crédito se ha construido, en gran medida, gracias a la aplicación de los principios de preferencia y de proporcionalidad. Entender la función de cada uno de ellos, su relación dialéctica, pero también simbiótica, es un paso previo para valorar los méritos y defectos de cualquier sistema de ordenación de la tutela del crédito en situaciones de concurrencia de acreedores.

los puntos fundamentales del trabajo del jurista (vid. M. BUNGE, *La investigación científica*, 2.ª ed., Barcelona, 1983, pp. 75 ss.). Ello es lógico, en la medida en que la investigación jurídica está basada en la argumentación (vid. A. WESTON, *Las claves de la argumentación*, Barcelona, 1994, pp. 25 ss.). Ya señaló el profesor Girón que es preciso proceder con cuidado en el planteamiento de los problemas: «por lo menos hay que intentar que quede claro si se discrepa o se coincide, para que, de antemano, se sepa qué punto y con qué alcance se discute» (J. GIRÓN TENA, «El concepto del Derecho mercantil: desenvolvimiento histórico y Derecho comparado», en *ADC*, 1954, pp. 695 ss., p. 695).

⁴ La edificación del Derecho de la tutela del crédito sobre los dos principios fundamentales de preferencia y proporcionalidad se aprecia en la obra de algunos autores: así, HÄSEMAYER construye gran parte de su destacable obra sobre el Derecho de la insolvencia basándose en la existencia de un principio de igualdad (*Gleichbehandlungsprinzip*) y un principio de desigualdad de los acreedores (*Ungleichbehandlungsprinzip*), manifestado este último, fundamentalmente, en el denominado principio de prioridad (*Prioritätsprinzip*): vid. L. HÄSEMAYER, *Insolvenzrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1992, pp. 31-35, y *passim*. Vid. también, de modo muy breve, A. DE COSSÍO Y CORRAL, *Instituciones de Derecho civil*, I, Madrid, 1988 (al cuidado de M. DE COSSÍO Y MARTÍNEZ Y J. LEÓN ALONSO), p. 355, que, como Häsemeyer, afirma la existencia de dos principios fundamentales, el de proporcionalidad (*concurso partes fiunt*) y el de prioridad temporal (*prior tempore potior jure*). No obstante, el alcance del principio de preferencia es mucho mayor que el de prioridad temporal, y de ninguna manera se restringe a ésta.

Por razones que sólo la evolución histórica y económica pueden explicar, el principio de preferencia ha desplazado de tal manera al principio de proporcionalidad que ha de dudarse, incluso, de su existencia real en la mayoría de los Ordenamientos actuales, entre ellos el español. La propia naturaleza del principio de preferencia, que postula la protección de uno o varios créditos en perjuicio de los demás, ha provocado una lucha continua entre los distintos estamentos sociales para hacerse con la posición de supremacía en la graduación. Esa lucha continua tiene reflejo en la apariencia estratificada de los créditos favorecidos por el principio de preferencia, que conforman un conjunto de estratos correspondientes a distintos períodos históricos, testigos de las preocupaciones principales de cada momento y del poder relativo de cada una de las fuerzas sociales y económicas. Por supuesto, también la evolución de la economía ha exigido la extensión y creación de créditos preferentes que sirvieran para colmar las necesidades de financiación de los empresarios, cada vez más apremiantes. Debido a este proceso evolutivo, se han multiplicado las manifestaciones legislativas del principio de preferencia, hasta el punto de que esos créditos preferentes comienzan a chocar entre sí, lo que provoca la crisis del sistema por saturación de créditos dotados de causas de preferencia, ya que el Derecho no puede asegurar la efectividad de gran parte de los créditos considerados, al menos en teoría, «preferentes».

La hipertrofia del principio de preferencia se corresponde con una disminución radical del ámbito del principio de proporcionalidad, relegado progresivamente por la historia. El principio de proporcionalidad encierra una curiosa paradoja: se trata de un principio sencillo, de fácil aplicación y sin graves problemas interpretativos, pero sin embargo, para apreciar la utilidad de su función se requiere el conocimiento de las necesidades prácticas del comercio y de la economía.

Así pues, el Derecho de la tutela del crédito está dominado por un principio que postula la protección de determinados créditos mediante la atribución a éstos de un derecho de preferencia, y un principio según el cual las pérdidas derivadas de la insuficiencia patrimonial del deudor han de ser repartidas proporcionalmente entre los acreedores. Cuanto más amplio sea el ámbito de un principio, más restringido será el del otro, pero no existen ejemplos históricos de anulación de un principio por el otro. Aunque parezca extraño, los principios de preferencia y proporcionalidad se necesitan mutuamente, a pesar de representar polos contrapuestos desde el punto de vista lógico. Esta compleja relación, dialéctica y simbiótica, deberá ser convenientemente explicada.

En cualquier caso, entre los dos principios fundamentales de la tutela del crédito en las situaciones de conflicto entre acreedores existe una trascendental diferencia técnica. Como se ha afirmado ya, el principio de proporcionalidad puede aplicarse de forma prácticamente mecánica, y precisamente en su aplicación rápida y sencilla se halla una de sus mayores virtudes. Sin embargo, el desarrollo del principio de preferencia ha ido acompañado por una creciente complicación de los resortes técnico-jurídicos mediante los que un crédito resulta protegido frente a los demás. La creación de técnicas diversas para la protección de nume-

rosos créditos ha dado a las manifestaciones del principio de preferencia un aspecto desordenado y disperso. Por esta razón, la elaboración de una teoría general de la tutela preferencial del crédito es, desde luego, imprescindible. La fragmentariedad de las soluciones legislativas a los problemas presentados por la proliferación de créditos con derecho de preferencia obliga al intérprete al examen de las características fundamentales y genéricas del principio de preferencia, a partir de las cuales quizás puedan encontrarse soluciones para numerosos problemas introducidos por el propio legislador. En definitiva, se trata de demostrar que, tras un cúmulo de créditos preferenciales, existe un principio de carácter general, el principio de preferencia, que se concreta mediante una serie limitada de técnicas jurídicas. Para establecer el verdadero ámbito de aplicación del principio es necesario refinar y restablecer ciertos conceptos y presupuestos dogmáticos severamente erosionados.

II. LA PREFERENCIA

El concepto de preferencia es de una gran amplitud, incluso dentro de su acepción jurídica ⁵, ya que mediante él se designa cualquier situación en la que una persona, un objeto o un derecho se sitúan en una posición superior a la de otro u otros de la misma naturaleza. Ni tan siquiera existe, en realidad, un concepto técnico-jurídico de preferencia, pues este término carece de definición en los textos legales españoles ⁶.

⁵ Entre las acepciones del vocablo preferencia, es de aplicación aquella que la define como «Primacía, ventaja o mayoría que una persona o cosa tiene sobre otra, ya en el valor, ya en el merecimiento» (*Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española*, 20.^a ed., II, Madrid, 1984, voz «Preferencia»).

⁶ En la doctrina jurídica existe una gran indefinición sobre los rasgos conceptuales de la preferencia. De hecho, autores como López Alarcón han intentado construir un concepto de preferencia que abarque tanto las situaciones de preferencia de créditos como las situaciones de preferencia para la adquisición de un bien (derechos de tanteo y retracto): *vid.* M. LÓPEZ ALARCÓN, *El derecho de preferencia*, Murcia, 1960, *passim*, esp. pp. 7 ss., que distingue entre «derechos de preferencia satisfactiva» y «derechos de preferencia adquisitiva». Ese intento de reconstrucción refleja los trabajos de otros autores extranjeros, especialmente el de M. D'ORAZI, *Contributo alla teoria del diritto di prelazione*, Milano, 1947, *passim*, esp. pp. 97 ss., que trató de definir la prelación (*prelazione*) como un derecho a conseguir un determinado bien frente a la pretensión de otros sujetos. Esta orientación conceptual ha sido criticada por su propia amplitud, ya que, entendida de esa manera, la prelación o preferencia no puede llegar nunca a constituir una categoría ni funcional ni estructural (*vid.*, en este sentido, D. RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, Milano, 1956, p. 385). Por otro lado, el jurista español debe tener en cuenta que en la lengua italiana el concepto «prelazione» designa tanto la prelación de créditos como los derechos de preferencia adquisitiva sobre bienes (derechos de tanteo y retracto): *vid.* G. FURGIUELE, *Contributo allo studio della struttura delle prelazioni legali*, Milano, 1984, p. 6, que asevera que el único rasgo común de una y otra técnica es que ambas constituyen «privilegios», en sentido amplio. También es confuso el término portugués «direitos de preferência», que posee un parecido valor anfibológico (*vid.* J. PINTO LOUREIRO, *Manual dos direitos de preferência*, I, Coimbra, 1944, pp. 6-12). Por supuesto,

En el terreno de la tutela del crédito, las situaciones de preferencia son aquellas en las que, previa existencia de un problema de concurrencia de acreedores, un crédito es satisfecho con prioridad sobre otro u otros ⁷. Gran parte de la regulación de la tutela del crédito se ha construido sobre los cimientos del principio de preferencia, que articula, mediante variadas técnicas jurídicas, la supremacía de ciertos acreedores sobre los demás, y el escalonamiento de las situaciones de preferencia. Tales situaciones son muy numerosas, obedeciendo a diversas causas, hasta el punto de que a veces se producen por «causas reflejas» del Ordenamiento jurídico. En efecto, la preferencia tiene lugar, a veces, por razones imprevistas para el propio legislador, en tanto que ordenador del Derecho de la tutela del crédito; se produce la preferencia por efecto, en definitiva, de normas y principios jurídicos ajenos a las reglas para la resolución de conflictos de concurrencia de acreedores ⁸. En estos casos, puede hablarse de «preferencia atípica».

El concepto de preferencia abarca fenómenos jurídicos muy variados, lo que da idea de su propia amplitud. La preferencia, dentro del Derecho de la tutela del crédito, designa cualquier tipo de situación, al margen de diferencias de técnica jurídica, en la que un crédito es satisfecho mientras que otro u otros créditos existentes contra el mismo deudor no son satisfechos, son satisfechos parcialmente, o, en todo caso, son satisfechos sólo cuando el crédito preferente tiene asegurada su completa satisfacción. No obstante, en sentido estricto, la preferencia consiste en un derecho que la ley atribuye a un determinado acreedor, y en virtud del cual dicho acreedor satisface su crédito con prioridad sobre otros acreedores.

tal coincidencia terminológica no justifica un tratamiento unitario, y mucho menos en el Derecho español, donde ni siquiera existe un término técnico-jurídico que englobe situaciones tan diversas.

⁷ Conviene insistir en que la prioridad a la que el texto se refiere no es una prioridad temporal, sino *lógica*: es decir, no significa que un acreedor deba recibir satisfacción de su crédito con anterioridad en el tiempo, sino que es necesario que el crédito preferente sea satisfecho para que exista la posibilidad de satisfacer el crédito o los créditos de los acreedores frente a los cuales se establece la relación de preferencia. De esto se deduce que no existe obstáculo para que un crédito que no es preferente sea satisfecho, total o parcialmente, con anterioridad temporal respecto del crédito preferente, siempre que el derecho a la íntegra satisfacción del crédito preferente quede absolutamente garantizado.

⁸ Quizá el ejemplo más claro sea el de la reserva de dominio. En realidad, la reserva de dominio se basa en la regla según la cual un derecho de propiedad siempre tiene prioridad sobre un derecho de crédito: es obvio que si un sujeto es propietario de un bien y lo reivindica, no puede entrar en conflicto con el acreedor del individuo que posee o detenta dicho bien. El propietario reivindica su bien y los acreedores del poseedor o detentador tendrán que conformarse con ejecutar los bienes que sean propiedad del deudor. Ese es un efecto lógico de las reglas básicas de responsabilidad patrimonial (especialmente, del art. 1911 del CC), pero ha de tenerse en cuenta que en el caso de la reserva de dominio, el propietario del bien es, a la vez, acreedor del sujeto poseedor de ese bien. La conservación del derecho de propiedad, al mismo tiempo que el de crédito consigue que el mencionado acreedor pueda «ponerse dos sombreros», parafraseando una coloquial expresión inglesa. Ello le permite presentarse, a tenor de las circunstancias, como acreedor o propietario ante el comprador del bien, y sobre

Los términos de preferencia y prelación pueden considerarse sinónimos en el Derecho de la tutela del crédito, ya que resulta difícil, si no prácticamente imposible, hallar un matiz que justifique una distinción apreciable⁹. Quizá, en el uso que el legislador hace del término «prelación» se encuentre una idea que está ausente en el concepto de preferencia: la idea de *ordenación* de los diversos créditos existentes contra un mismo sujeto¹⁰. Así, el término «prelación» tiene el doble valor semántico de «preferencia»¹¹ (sentido «subjetivo» de la prelación)¹², y de «graduación», como conjunto de relaciones de preferencia establecidas por el legislador en el ámbito de la concurrencia de créditos (sentido «objetivo» de la prelación)¹³. Para evitar ese doble sentido, se ha optado por seguir el criterio del legislador, y utilizar el término «pre-

todo le permite presentarse como propietario ante los acreedores del comprador. De esta manera, el acreedor busca utilizar un derecho real para proteger su derecho de crédito, lo que logra mediante un pacto de naturaleza condicional. Estructuralmente el resultado es parecido a una garantía real, con la diferencia de que el derecho de propiedad es un derecho real absoluto (es decir, no admite la existencia de otros derechos reales, ni personales, que primen sobre él), por lo que la eficacia de la reserva de dominio es superior a la de cualquier garantía real, al otorgar la preferencia sobre todos los demás acreedores. Sin embargo, y para ilustrar el texto, es más que dudoso que ese resultado sea consecuencia de una opción deliberada del legislador, o incluso que el legislador haya podido preverlo. Más bien parece que los acreedores han aprovechado la existencia de las normas de tutela del derecho de propiedad, esencialmente ajenas a los negocios de crédito.

⁹ La prelación es definida por el Diccionario de la Real Academia Española como la «antelación o preferencia con que una cosa debe ser atendida respecto de otra con la cual se compara» (*Diccionario*, II, cit., voz «Prelación»). Desde el punto de vista del lenguaje común, no existe apenas diferencia entre preferencia y prelación, aunque quizá quepa señalar que el concepto de preferencia parece más amplio (en sentido jurídico, también lo entiende así M. LÓPEZ ALARCÓN, *El derecho de preferencia*, cit., p. 19).

¹⁰ Obsérvense los términos utilizados por el Código Civil para referirse a la graduación de créditos (título XVII del libro IV del Código Civil: «De la concurrencia y prelación de créditos»; capítulo III: «De la prelación de créditos»). El Código de Comercio utiliza el término «graduación» (sección 5.ª del título I del libro IV del C. de C.: «De los derechos de los acreedores en caso de quiebra, y de su respectiva graduación»), pero también emplea el término prelación como sinónimo de graduación (así, en los arts. 913 y 914).

¹¹ También el legislador español utiliza «prelación» como sinónimo de preferencia (así, v. p. ej., art. 913.3.º C. de C.: «Los privilegiados por derechos común, y los hipotecarios legales en los casos en que con arreglo al mismo derecho, *le tuvieren de prelación sobre los bienes muebles*»; v. también art. 107 de la LH). En este sentido utiliza el término A. Gullón (*vid. A. GULLÓN, La prelación de créditos en el Código Civil*, Barcelona, 1962, p. 15, y *passim*).

¹² El Código Civil emplea la palabra «preferencia» siempre en este sentido (ver arts. 1922; 1923; 1924; 1925; 1926; 1927; 1928 y art. 1929 del CC). Así, en el Código Civil no existe un doble sentido del término «preferencia», sino que dicho Código parece reservar el término prelación para designar el conjunto de relaciones de preferencia (graduación). En el Código de Comercio también aparece el término «preferencia» con un sentido similar al del Código Civil (ver arts. 196; 208; 276; 320; 340; 376; 667; 704; 730 y art. 913.2.º C. de C.: «los privilegiados que tuvieran consignado un derecho preferente en este Código»).

¹³ Como se ha visto, este es el uso normal de la palabra en el Código Civil (título XVII del libro IV del Código Civil; capítulo III del título XVII, etc.).

ferencia», mientras que el término «prelación» habrá de entenderse como sinónimo de graduación, es decir, designa el conjunto de relaciones de preferencia entre créditos.

1. CONCEPTO DE PREFERENCIA

El concepto de preferencia tiene ciertas características definitorias que pueden precisarse con la ayuda de instrumentos básicos de técnica jurídica¹⁴. De este modo puede procederse a la reconstrucción de los elementos mediante los que opera el principio de preferencia en las situaciones de concurrencia de acreedores¹⁵.

Desde este punto de vista, la preferencia consiste en un *derecho*¹⁶ reconocido por la ley a un acreedor, cuyo contenido es el de otorgar una satisfacción prioritaria al crédito de éste, frente a los créditos de otro u

¹⁴ Sobre los elementos que coadyuvan a la definición del concepto de preferencia, *vid.* I. LUZZATI, *Dei privilegi*, I, Torino, 1884, p. 41. V. también E. PACIFICI-MAZZONI, *Trattato dei privilegi e delle ipoteche*, I, 4.^a ed., Firenze, 1908, p. 31; C. M. PRATIS, *Della tutela dei diritti*, en *Commentario del CC magistrati e docenti*, Torino, 1976, p. 52; P. BOERO, *Le ipoteche*, Torino, 1984, p. 589.

¹⁵ En realidad, cuando se hace referencia a la prelación en el sentido de «graduación» (sentido objetivo de la prelación) se alude a la *suma* de relaciones de preferencia que contiene el Derecho, y que en su contemplación conjunta ofrecen la imagen de la graduación de créditos en cualquier sistema jurídico dado.

¹⁶ En el Derecho español apenas se encuentran referencias sobre la naturaleza de la preferencia, y tampoco es fácil encontrarlas en la doctrina de otros países, incluso en aquellas más profusas y prolíficas en materia de tutela del crédito. Así, apenas pueden encontrarse algunas alusiones en autores italianos que definen la preferencia como un «derecho»: «La preferencia puede ser por tanto definida como un derecho reconocido por la ley al acreedor que se beneficia de ella, de ser satisfecho, en sede de ejecución forzosa (ya sea ésta individual o colectiva), con preferencia sobre los demás acreedores, los denominados quirografarios» (*vid.* L. CUNEO, *Le procedure concorsuali*, 2.^a ed., II, (al cuidado de L. CHIARAVIGLIO), Milano, 1988, p. 1207); consecuentemente, se habla de «derechos de preferencia» (B. DUSI, *Istituzioni di diritto civile*, 5.^a ed., II, (al cuidado de A. MONTEL), Torino, 1951, p. 200); «derecho de preferencia no quiere decir sino derecho de ser pagado con anterioridad a los demás, o con preferencia de los demás, sobre el producto de la ejecución de los bienes en particular, o del entero patrimonio del deudor» (R. FRANCESCHELLI, «Privilegio», en *Scritti civilistici e di teoria generale del diritto*, Milano, 1975, pp. 293 ss., p. 296; también en *Enciclopedia bancaria*, II, Milano, 1942, pp. 428 ss.). En el Derecho español, la obra de López Alarcón se dedica enteramente a definir «el derecho de preferencia», aunque el problema de la definición elaborada por este autor radica en su excesiva abstracción, ya que pretende englobar fenómenos pertenecientes al Derecho de la tutela del crédito y a las normas de adquisición de bienes: así, el derecho de preferencia queda definido como «aquel derecho subjetivo subordinado que, por desenvolvimiento de una precedente facultad aneja a la causa de preferencia, nace en virtud del concurso de varios derechos patrimoniales sobre un mismo bien, el cual es insuficiente para la satisfacción de todos aquellos derechos, y produce el efecto, en beneficio del derecho preferido, de sacrificar los derechos postpuestos cuyos titulares habrán de tolerar la satisfacción de los preferentes» (M. LÓPEZ ALARCÓN, *El derecho de preferencia*, cit., pp. 40-41). En esta definición pueden rastrearse con dificultad los elementos de la preferencia, aunque desde luego no se trata de una definición clara, ni pacífica en todos sus elementos.

otros acreedores, en el reparto del producto ¹⁷ de la ejecución de los bienes del deudor común ¹⁸.

La preferencia es, por tanto, el derecho que la ley confiere a un acreedor participante, frente a otros sujetos concurrentes, en la distri-

¹⁷ Ha de entenderse que el derecho de preferencia no se ejerce sobre el precio de los bienes ejecutados sino una vez que se han deducido las cantidades correspondientes a los gastos de la ejecución. El derecho de preferencia no se ejerce más que sobre una cantidad neta, una vez que se deducen los costes de la ejecución, que tienden a identificarse, en el seno del procedimiento concursal, con las llamadas deudas de la masa (*vid. infra*, epígrafe II.2).

¹⁸ Es discutible que el derecho de preferencia se ejerza siempre respecto de un deudor común. Efectivamente, cuando un crédito cuenta con una garantía real, puede suceder que la ejecución del bien objeto de la garantía afecte a un sujeto distinto del deudor (p. ej., hipoteca prestada por un tercero en favor del deudor; o bien el supuesto en el que el bien objeto de la hipoteca, inicialmente propiedad del deudor, haya sido transmitido a un tercero). Explicar el ejercicio del derecho de preferencia en tales casos entraña problemas de gran dificultad: puede sostenerse que en tal caso el derecho de preferencia se ejerce como consecuencia del derecho de persecución del acreedor con garantía real (*vid. BENNANI*, voz «Prelazione», en *Noviss. Dig. It.*, XIII, Torino, 1966, pp. 619 ss., p. 620), o bien que el acreedor tiene un derecho de preferencia en la ejecución de los bienes de un determinado sujeto, a pesar de no tener, en puridad, ningún crédito contra él (*vid. G. PRESTI*, *Ipoteca per debito altrui e fallimento*, Milano, 1992, pp. 10 ss.). Sin embargo, admitir tales situaciones implica la asunción de una división de deuda y responsabilidad que resultaría ciertamente polémica en el sistema jurídico español: v., al respecto, L. DIEZ-PICAZO-A. GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, II, 7.ª ed., Madrid, 1995, p. 129. Contra, *vid. L. MORENO QUESADA*, *Las garantías reales y su constitución por tercero*, Granada, 1987, *passim*, que afirma que se trata de un supuesto de responsabilidad sin deuda. Sin embargo, como se ha afirmado certeramente, «la responsabilidad sigue a la deuda como la sombra al cuerpo» (K. LARENZ, *Derecho de obligaciones*, I, Madrid, 1958, trad. J. Santos Briz, p. 34; v. también H. HATTENHAUER, *Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts*, München, 1982, pp. 87-89, que proporciona interesantes claves para comprender el origen de la doctrina de la disociación de deuda y responsabilidad). En este sentido, otras construcciones jurídicas, como la del *cautionnement réel*, del Derecho francés, que explica la posición del tercero hipotecante de un bien a favor de un deudor como un «fiador real», o un fiador cuya responsabilidad queda limitada al valor del bien hipotecado, parecen más fácilmente aceptables (sobre el «*cautionnement réel*» como garantía mixta, *vid. F. GRÚA*, *Le cautionnement réel*, París, 1984, *passim*; P. ANCEL, *Le cautionnement des dettes de l'entreprise*, París, 1989, p. 29; Ph. SIMMLER-Ph. DELEBECQUE, *Les sûretés. La publicité foncière*, 2.ª ed., París, 1995, pp. 17 ss.). Por lo que respecta a la responsabilidad del tercero al cual se transmite el bien sujeto a una garantía real, parece seguro que el tercero no es deudor frente al acreedor hipotecario, ya que el acreedor hipotecario no puede exigir al tercero poseedor que satisfaga el crédito, sino que deberá limitarse a instar la ejecución sobre el bien objeto de la garantía. De ese modo, solamente podría afirmarse que el tercero poseedor asume una deuda con responsabilidad limitada al bien objeto de garantía frente al acreedor hipotecario. Por otro lado, la posibilidad que tiene el acreedor hipotecario de ejercer su derecho de ejecución (*ius distrahendi*) frente a un sujeto diverso de su deudor inicial, y de ejercer el derecho de preferencia frente a los acreedores del tercero al que se ha transmitido la cosa, es consecuencia del régimen de los derechos reales más que del propio derecho de preferencia. Así, la garantía real fija el objeto sobre el que recae el derecho de preferencia del acreedor, lo que sucederá con independencia de toda transmisión patrimonial: la cosa se transmite con la sujeción al poder de agresión del acreedor y su correspondiente derecho de preferencia (*vid. R. M. GOODE*, *Legal Problems of Credit and Security*, 2.ª ed., London, 1988, pp. 78-79, que basa esta interpretación en la regla «*nemo dat quod non habet*», en el sentido de que el transmitente no puede transferir al tercero derechos superiores a los que él mismo tiene, encontrándose su propiedad afectada por la existencia de la garantía real).

bución del producto neto derivado del ejercicio de una acción ejecutiva¹⁹. Consiste en un refuerzo de la tutela ordinaria del derecho de crédito a través de la adición de un nuevo derecho, de naturaleza personal, que se ejerce no ya frente al deudor, sino frente a los acreedores de éste. Al derecho de crédito se añade un ulterior derecho cuya única función es la de proteger la integridad y satisfacción del primero. De ese modo, el acreedor protege la satisfacción de su derecho de crédito oponiendo un derecho de preferencia a los acreedores del mismo deudor.

No consiste, sin embargo, la preferencia en una mutación de la naturaleza del derecho de crédito, que permanece inalterado en su esencia, sino solamente en una intensificación de su tutela²⁰, que actúa mediante la concesión al acreedor de ese derecho que no se ejercita contra el deudor, sino *contra otros acreedores*²¹. En este aspecto, puede

¹⁹ De esta definición se deduce que la preferencia puede existir en cualquier tipo de procedimiento ejecutivo, ya sea singular o colectivo. Cfr. V. BENNANI, voz «Prelazione», cit., pp. 619-620. La definición de preferencia concuerda, con matices, en la obra de numerosos autores: vid. A. DE FILIPPO-M. VIGNALE, *La responsabilità patrimoniale-Privilegi-Pegno*, Roma 1966, p. 18: «La preferencia puede ser definida como la situación reconocida por la ley a determinados acreedores, en virtud de la cual éstos pueden obtener la satisfacción de su crédito, en la ejecución forzosa, con preferencia respecto a los otros acreedores, a los que se denomina comúnmente acreedores quirografarios»; S. MERZ-G. ZANCONATI, *I privilegi e le prelazioni*, Padova, 1990, p. 4: «Prelación: la ley, con tal expresión, quiere indicar la preferencia atribuida a un acreedor frente a los demás acreedores que se encuentran en concurso con él en el reparto del valor realizado mediante la ejecución de los bienes del deudor».

²⁰ Vid. I. SCHETTINI, «Diritto di prelazione e momento costitutivo di fronte ai terzi», in *Dir. Fall.* 1963, II, p. 506. «[Las] causas de preferencia... tienen en común el carácter de asegurar al acreedor una posición de preeminencia en la distribución del precio producto de la ejecución, respecto a los acreedores quirografarios... [mediante una] mayor intensidad del poder de agredir los bienes del deudor» (R. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale*, en *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1945, p. 21). «prelación: poder del acreedor de satisfacerse sobre algunos bienes del deudor con preferencia sobre los demás acreedores concurrentes: una garantía dirigida a reforzar el vínculo obligatorio y asegurar el cumplimiento mediante una mayor intensidad del poder del acreedor de satisfacerse sobre el patrimonio del deudor» (G. RUISI-A. PALERMO-C. PALERMO, *I privilegi*, Torino 1980, p. 4).

²¹ Por tanto, no se dirige la preferencia contra el deudor, sino contra los acreedores concurrentes: vid. V. L. CUNEO, *Le procedure concorsuali*, cit., p. 1207; G. RUISI, *Codice delle cause di prelazione*, Bologna, 1960, p. 4: «la prelación no se dirige contra el deudor, frente al que todos los acreedores tienen igual derecho a ser satisfechos, sino contra los demás acreedores concurrentes, frente a los que se ejercita la preferencia». «Las (...) causas de prelación se resuelven en un título preferencial que se hace valer en la ejecución, y que actúa sustancialmente contra los demás acreedores» (S. MERZ-G. ZANCONATI, *I privilegi e le prelazioni*, cit., p. 2). Vid. M. LÓPEZ ALARCÓN, *El derecho de preferencia*, cit., p. 57 («el sujeto pasivo del derecho de preferencia no es el deudor, sino los titulares postpuestos»). V. también E. BIANCHI, *Dei privilegi*, cit., p. 121; F. KNORR, *Die Natur und Funktion der Vorzugsrechte*, München, 1891, p. 9. «En la relación de los acreedores entre sí, el acreedor hipotecario tiene el derecho de que sea respetada la preferencia que le corresponde con respecto a los demás acreedores (...) y la que pueda corresponderle con respecto a otros acreedores hipotecarios» (J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil...*, cit., II, vol. 2.º, p. 467). En la jurisprudencia, v. STS 25 de septiembre de 1985, R. 4408: «la preferencia se ejercita respecto de los demás acreedores del deudor, no respecto de éste, a quien, en definitiva, sólo de forma muy relativa le afecta el orden o preferencia en los pagos con el producto de sus bienes».

parecer que ciertos supuestos de preferencia confieren un derecho ejercitable frente a sujetos que no son acreedores de un deudor común como en las garantías reales prestadas por un tercero (se trataría, por tanto, de una preferencia «real»), pero lo cierto es que, en circunstancias típicas (garantía real prestada por el deudor sobre un bien de su patrimonio), la supuesta «preferencia real» confiere un derecho frente a otros acreedores del deudor común. No obstante, es evidente que el bien sobre el que recae el derecho del acreedor puede ser transmitido a otro sujeto, y que con ello no perece el derecho de preferencia del acreedor: en eso precisamente consiste su «realidad». Al transmitirse el bien, el acreedor sigue pudiendo ejercer un derecho de preferencia, pero cambia la esfera de sujetos obligados a respetar ese derecho, que no son ya los acreedores de su deudor, sino los acreedores del nuevo propietario de la cosa.

Así pues, la preferencia es en todo caso un derecho personal, vinculante para una serie de sujetos que no está determinada en su nacimiento, pero que es determinable en el momento de su ejercicio²². Incluso cuando el acreedor goza de una garantía real, la preferencia no constituye sino uno de los derechos que le confiere esa compleja institución, pero no se trata de un derecho real, sino personal. Existe, sin duda, un derecho real (un derecho que se manifiesta en la posibilidad de solicitar medidas respecto de la conservación de la cosa, y sobre todo en el derecho a perseguir la cosa objeto de la garantía), pero no es menos cierto que existe un derecho de preferencia, y que este derecho, pese a estar referido a una cosa concreta, no concede ningún tipo de facultad sobre la cosa cuyo ejercicio deban respetar todos los demás sujetos, sino una facultad de cobro preferente, oponible a determinados acreedores concurrentes en la ejecución de ese bien, es decir, oponible a determinados acreedores del propietario de la cosa²³. El derecho de preferencia consiste en un derecho personal añadido a un crédito, respecto del cual se presenta siempre en relación de dependencia.

De la definición de preferencia, es posible extraer sus tres supuestos²⁴: insuficiencia del producto de la ejecución patrimonial, pluralidad de acreedores concurrentes, y existencia de una norma legal que atribuya directamente la preferencia a uno de los acreedores.

²² Es perfectamente posible la configuración de un derecho personal que consista en una prestación de «no hacer» por parte de una pluralidad de sujetos pasivos indeterminada, pero determinable (vid. L. BARASSI, *Le obbligazioni*, Milano, 1934, pp. 53-55).

²³ V., en este sentido, G. MARTY-P. RAYNAUD-PH. JESTAZ, *Les sûretés, La publicité foncière*, 2.^a ed., París, 1987, p. 15, que en su análisis desvelan la existencia de dos derechos en la garantía real, el derecho de preferencia y el *droit de suite*, que se presenta en relación de accesoria respecto del primero. La diferencia estructural de las garantías reales, respecto de otras causas de preferencia, se encuentra en el dato de que el derecho de preferencia determina los sujetos obligados por él en relación con un derecho real, contenido en la garantía hipotecaria o de otro tipo. Así, es preciso determinar el objeto de la preferencia para después determinar el sujeto pasivo de ese mismo derecho.

²⁴ Cfr. A. DE FILIPPO-M. VIGNALE, *La responsabilità patrimoniale*, cit., pp. 18-19.

Respecto del primer presupuesto, es preciso señalar que la insuficiencia del producto de la ejecución patrimonial contra el deudor excluye tanto el supuesto en que el valor obtenido por los bienes baste para satisfacer los créditos concurrentes, como el supuesto en el que, debido a un resultado totalmente infructuoso de la ejecución, no exista suma alguna para proceder al pago de los acreedores. Por tanto, la ejecución ha de ser parcialmente infructuosa para que exista ejercicio efectivo del derecho de preferencia ²⁵.

A la circunstancia de la ejecución parcialmente infructuosa, es necesario añadir la existencia de una pluralidad de acreedores concurrentes ²⁶. No es suficiente que exista una pluralidad de créditos, ya que si un solo sujeto tiene varios derechos de crédito contra un mismo deudor, no puede aceptarse que dicho sujeto ejerza el derecho de preferencia contra sí mismo, pues reuniría simultáneamente las condiciones de sujeto activo y pasivo de ese derecho ²⁷. Por otro lado, cuando un solo acreedor ejecuta su derecho de crédito frente a un deudor, no ejerce su derecho de preferencia, sino el derecho que confiere la ley a todo acreedor de pedir y obtener la satisfacción de su crédito mediante la ejecución de los bienes del deudor, por lo que en tales circunstancias el concepto de preferencia es superfluo. Descartados los casos anteriores, resulta evidente que la aplicación del derecho de preferencia requerirá la concurrencia de varios acreedores en la ejecución frente al deudor. La preferencia es, por exigencia de la lógica, un concepto relativo, referido a otros acreedores. Su propia naturaleza de derecho personal demanda la existencia de un sujeto pasivo obligado a respetarlo, un sujeto frente a quien tal derecho pueda ser ejercido. Es indudable, pues, que la preferencia requiere la existencia de una pluralidad de acreedores concurrentes.

Finalmente, para que pueda hablarse de preferencia es preciso que una norma legal atribuya a uno de los acreedores concurrentes el derecho de que su crédito sea satisfecho con preferencia sobre otro u

²⁵ Definido de esta manera el presupuesto, es parcialmente coincidente con la noción jurídica de insolvencia (vid. F. J. ORDUÑA, *La insolvencia*, Valencia, 1994, pp. 52 ss.), aunque basta con que se manifieste la insuficiencia patrimonial en una ejecución singular, sin que ello represente un juicio de valor sobre la insolvencia del deudor. Cfr. G. P. GAETANO, voz «Privilegi (diritto civile e tributario)», en *Noviss. Dig It.*, XIII, Torino, 1957, p. 963. Por su parte, V. BENNANI (voz «Prelazione», cit., p. 621), precisa, con razón, que la insuficiencia patrimonial es presupuesto para la actuación de la preferencia, pero no para su nacimiento (es preciso distinguir, p. ej., el momento de constitución de una prenda, en el que surge el derecho de preferencia, del momento de ejecución de la prenda, en el que la actuación de la preferencia exige, lógicamente, que se den sus presupuestos, entre los que destaca la insuficiencia del patrimonio del deudor).

²⁶ Cfr. G. GORLA, *Le garanzie reali dell'obbligazione. Parte generale*, Milano, 1935, pp. 293-294; J. Santos Briz, en J. L. ALBÁCAR LÓPEZ-J. SANTOS BRIZ, *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, VI, Madrid, 1991, p. 1131. Este presupuesto puede formularse de diversas maneras (pluralidad de créditos, pluralidad de sujetos que ejerzan una acción ejecutiva contra un mismo responsable, etc.), pero se ha considerado más adecuada la utilizada en el texto.

²⁷ En ese supuesto, el derecho de preferencia se extinguiría por confusión (art. 1192 del CC).

otros de los créditos cuyos titulares concurren a la ejecución ²⁸. Destaca, de nuevo, la naturaleza eminentemente relativa del derecho de preferencia, puesto que la ley determinará qué acreedor o acreedores están obligados a respetar el derecho de preferencia atribuido a un determinado crédito, por lo que bien puede suceder, y de hecho sucede, que en una ejecución en la que concurren numerosos acreedores se forme una tupida red de derechos de preferencia entrecruzados, en virtud de la cual los acreedores resultan a la vez sujetos activos del derecho de preferencia frente a ciertos acreedores, y sujetos pasivos del derecho de preferencia de otros acreedores a los que la ley ha situado en una posición superior.

Cuando se dan los presupuestos de aplicación del derecho de preferencia, se produce la destinación prioritaria de las sumas obtenidas en la ejecución patrimonial a la satisfacción del acreedor jerárquicamente superior ²⁹.

De lo expuesto, pueden deducirse los caracteres generales del derecho de preferencia, aplicables por tanto a todas las formas en que este derecho se manifiesta. Esos caracteres se resumen en las notas de accesoria, legalidad, tipicidad y relatividad.

La función del derecho de preferencia determina su naturaleza accesoria. En efecto, la accesoria es un rasgo definidor del derecho de preferencia, en tanto que éste debe ser dependiente de una relación crediticia a la cual se añade. La existencia aislada del derecho de preferencia es lógicamente inadmisibles, porque éste tiene que proteger, necesariamente, un determinado derecho de crédito ³⁰.

La nota de legalidad, por su parte, debe ser entendida en un sentido amplio: en ciertas ocasiones, el derecho de preferencia viene atribuido

²⁸ En realidad, este presupuesto es común al de todos los derechos subjetivos, que exigen el reconocimiento de la ley para su existencia y aplicación. Tal reconocimiento puede ser directo (en la medida en que la ley atribuya directamente a un determinado crédito el derecho de preferencia) o indirecto (la ley establece las condiciones que las partes deben cumplir para otorgar preferencia a un determinado crédito). En ambos casos, existe una previsión legal que permite la superioridad de un crédito sobre otro u otros. Sin embargo, pueden existir situaciones en las que, por efecto reflejo de ciertas normas, el acreedor disfrute de una situación de preferencia. Son los supuestos de la denominada «preferencia atípica».

²⁹ Según Ragusa Maggiore, la preferencia se resuelve en un «poder sobre el patrimonio del quebrado. Este poder depende o bien de un derecho real atribuido al acreedor (...) o de la cualidad del crédito que proviene de una causa especial prevista por la ley (...)» (G. RAGUSA MAGGIORE, «Profili generali dei crediti privilegiati nel fallimento», en *Studi F. Santoro-Passarelli*, IV, Napoli, 1972, pp. 3 ss., pp. 9; ID., «Profili generali dei crediti privilegiati nel fallimento», en *Riv. Dir. Comm.* 1968, pp. 30 ss.). Sin embargo, no puede aceptarse la descripción del contenido de la preferencia como un «poder sobre el patrimonio del deudor», pues el acreedor que cuenta con un derecho de preferencia no tiene más derechos que un acreedor normal frente a su deudor en virtud de la preferencia, sino que simplemente posee un derecho adicional frente a ciertos acreedores del deudor común.

³⁰ La accesoria propia del derecho de preferencia es «funcional», en tanto que las técnicas jurídicas preferenciales sirven para garantizar créditos, y por ello necesitan de la existencia de dichos créditos (vid. GUILARTE ZAPATERO, en M. ALBALADEJO (dir.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, XXIII, 2.ª ed., Madrid, 1990, pp.

directamente por la ley, sin que sea necesaria la realización de acto alguno por parte del acreedor titular del derecho; en otras ocasiones, la ley establece solamente las condiciones que debe reunir un negocio entre deudor y acreedor, o un simple acto del acreedor, para que pueda surgir el derecho de preferencia. En toda circunstancia, es únicamente la ley, aunque de modos diversos, la que puede establecer o reconocer la ventaja de un crédito sobre otro³¹. De ahí que la autonomía privada pueda actuar como fuerza creadora de causas de preferencia solamente cuando la ley reconoce de manera expresa esta posibilidad y fija sus condiciones de ejercicio. Así pues, de manera mediata o inmediata, el derecho de preferencia tiene origen legal³².

La tipicidad de los derechos de preferencia no es sino una consecuencia inmediata de la legalidad, con la que presenta una estrecha ligazón lógica. Obviamente, el requisito de la existencia de una disposición legal que establezca directamente el derecho de preferencia, o

443-444). Utilizando terminología lógica, puede afirmarse que el derecho de preferencia es necesariamente transitivo, ya que «algo debe ser preferido a algo» (*vid.* G. H. VON WRIGHT, *The Logic of Preference*, Edinburgh, 1963, *passim*). La preferencia, aislada de la consideración de un objeto preferente y un objeto preferido, es un imposible lógico. Desde el punto de vista jurídico, se ha destacado la esencia de la accesoriedad en la «unión de dos derechos con un mismo fin», dominada por uno de esos dos derechos (en este caso, el derecho de crédito al que el derecho de preferencia sirve de refuerzo) (*vid.* D. MEDICUS, «Die Akzessorietät im Zivilrecht», en *JuS*, 1971, pp. 497 ss.). Respecto de la accesoriedad de las garantías en general, *vid.* M. ALBALADEJO, *Derecho civil*, III, vol. 2.º, cit., p. 225; M. FRAGALI, voz «Garanzia e diritti di garanzia», cit., p. 465: en efecto, los derechos de garantía son por su propia naturaleza accesorios de otro derecho. Ello se desprende, en el Derecho español, de los arts. 1528 y 1857.1.º CC. Así, las garantías reales no confieren a su titular una «utilidad económica» respecto del objeto en el que recaen, sino que sólo ayudan a reforzar el derecho de crédito del acreedor (*vid.* L. AYNÈS, en Ph. MALAURIE-L. AYNÈS, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière (Le Droit du crédit)*, París, 1992, p. 135). Sobre la accesoriedad de la garantía, en general, *vid.* R. MICCIO, *I diritti di credito*, I, *Lineamenti generali*, Torino, 1971, p. 283. Sin embargo, es bien conocido que el Derecho alemán relaja el principio de accesoriedad en materia de garantías reales (*vid.* G. KAISER, *Bürgerliches Recht*, 5.ª ed., Heidelberg, 1994, p. 369), ya que existen ciertas figuras en las que la accesoriedad aparece desdibujada (*Grundschild*, § 1191 ss. BGB: v., p. ej., G. POTTSCHMIDT-U. ROHR, *Kreditsicherungsrecht*, cit., pp. 383 ss.), hasta el punto de que puede hablarse de un principio de «abstracción» en la ordenación de algunas de las garantías reales alemanas (así, K. H. SCHWAB-H. PRÜTTING, *Sachenrecht*, 25.ª ed., München, 1994, p. 11; H. P. WESTERMANN, *BGB Sachenrecht*, 9.ª ed., Heidelberg, 1994, p. 11, p. 491). Ello no quiere decir que esas garantías reales «abstractas» no cumplan la función de garantizar un crédito, sino que adquieran autonomía respecto de dicho crédito (*vid.* J. F. BAUR-R. STÜRNER, *Lehrbuch des Sachenrechts*, 16.ª ed., München, 1992, p. 33). Las particularidades de la ordenación de las garantías reales en Alemania, donde las garantías «abstractas» predominan sobre las garantías accesorias, plantean no pocos problemas de en la relación con otros Derechos europeos (*vid.* R. STÜRNER, «Das Grundpfandrecht zwischen Akzessorietät und Abstraktheit und die europäische Zukunft», en *Festschrift R. Serick*, Heidelberg, 1992, pp. 377 ss.).

³¹ Cfr. J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, III, 3, cit., p. 5. *Vid.* S. CICCARELLO, *Privilegio del credito e uguaglianza dei creditori*, Milano, 1983, p. 31: «La ley (...) es fuente sólo del privilegio. En la prenda y la hipoteca, generalmente, se inserta un momento de libertad (...) ningún crédito nace hipotecario (...) sino que se convierte en hipotecario».

³² La peculiaridad del derecho de preferencia, por tanto, no se encuentra en su origen legal, puesto que, en definitiva, todos los derechos subjetivos tienen origen legal

que consienta a las partes su creación, tiene como consecuencia necesaria la circunscripción de los supuestos de preferencia a los casos previstos en la ley, que habrán de ser forzosamente limitados. De este modo, el principio de tipicidad exige que el derecho de preferencia se justifique por la previsión que de él haga la ley, pues es al legislador a quien corresponde atribuir derechos de preferencia³³. No quiere eso decir que los derechos de preferencia hayan de ser excepcionales o poco numerosos; la experiencia demuestra más bien lo contrario. Sin embargo, la consecuencia principal del principio de tipicidad se manifiesta en la afirmación según la cual los derechos de preferencia contenidos en un Ordenamiento jurídico son necesariamente limitados, restringiéndose a aquellos reconocidos expresamente por la ley. La tipicidad, por tanto, se resuelve en la prohibición de la aplicación de la analogía³⁴, ya que no

(M. SEGURA ORTEGA, *Teoría del Derecho*, Madrid, 1990, p. 177: «el derecho subjetivo no puede ser entendido sin la existencia de una previa norma que lo configure»), sino precisamente en la posibilidad de que tal derecho sea atribuido como consecuencia de una disposición legal o bien como consecuencia de un contrato o acto jurídico al que la ley concede efectos de preferencia. En definitiva, el rasgo peculiar del derecho de preferencia consiste en la doble posibilidad que el mismo encierra en sus relaciones genéticas con el derecho objetivo. Además, la nota de legalidad parece excluir la posibilidad de la creación consuetudinaria de un derecho de preferencia (duda sobre la cuestión G. GARCÍA VALDECASAS, *Parte general del Derecho civil español*, Madrid, 1983, p. 71, destacando la dificultad de creación de un privilegio mediante la costumbre).

³³ La tipicidad de los derechos de preferencia no está necesariamente ligada a la cuestión sobre la existencia o inexistencia de un *numerus clausus* de derechos reales. Ciertamente, tal discusión puede tener relevancia en tanto afecte a los derechos reales de garantía, pero desde el punto de vista conceptual, no cabe admitir un derecho de preferencia que no sea atribuido por la ley, ya que no existe ninguna justificación para que un acreedor pueda imponerse a otro al margen de ella. Cuestión diversa, y que será oportunamente discutida, es que los acreedores puedan utilizar otras vías diferentes a las establecidas por la ley como causas típicas de preferencia para obtener una posición de supremacía frente a otros acreedores. En conclusión, la tipicidad de los derechos de preferencia es un principio de más amplio alcance que el de limitación del número de los derechos reales, y acaso este último no sea sino una consecuencia de la tipicidad de los derechos de preferencia (v., al respecto, S. CICCARELLO, *Privilegio del crédito...*, cit., p. 31). En cambio, en el sistema jurídico alemán, la limitación del número de derechos reales (*Typenzwang* y *Typenfixierung*: v. WILHEM, J., *Sachenrecht*, Berlín-N. York, 1993, p. 146; H. P. WESTERMANN, *BGB Sachenrecht*, cit., p. 4; M. WOLFF, *Sachenrechte*, 13.^a ed., München, 1996, p. 10) se sustenta en el efecto que los derechos reales tienen frente a los terceros, es decir, en el principio general del Derecho según el cual las partes no deben poder afectar las posiciones jurídicas de los terceros salvo en los casos especificados por la ley. En este principio general puede hallarse el denominador común del principio de tipicidad en sistemas jurídicos de preferencia del crédito tan diversos como el alemán y el español. No obstante, ha de señalarse que la limitación de las posibilidades de actuación de la autonomía privada guarda una directa relación con la creación de derechos de preferencia, más que con la ordenación de los derechos reales. Un mero ejemplo basta para probarlo: se reconoce a las partes la posibilidad de modificar convencionalmente las reglas sobre transmisión de la propiedad, que constituye la situación real más importante y trascendente, pero que, en cambio, no atribuye un derecho de preferencia (los particulares no pueden, en cambio, modificar las reglas de constitución de la hipoteca, p. ej.).

³⁴ Este principio es enunciado en la doctrina de numerosos países respecto de los privilegios. Sin embargo, y acertadamente, la doctrina italiana lo predica respecto del derecho de preferencia en general: Vid. G. P. GAETANO, voz «Privilegi (diritto civile e tributario)», cit., p. 963; G. P. GAETANO, *I privilegi*, cit., pp. 52-53; G. SCAFIDI-V. SPITALERI, *Privilegi*, 2.^a ed., Milano, 1959, p. 2.

pueden extenderse los derechos de preferencia a situaciones diversas de las previstas por la ley, a pesar de que pueda existir identidad de razón entre la situación no prevista y la prevista por la ley como merecedora de la atribución de un derecho de preferencia. Este principio de tipicidad, aunque no ha de ser entendido en un sentido tan estricto como el de la tipicidad penal³⁵, excluye la creación análoga de causas de preferencia, pero no debe excluir la posibilidad de interpretar extensivamente las causas de preferencia existentes. En efecto, la diferencia entre analogía e interpretación extensiva abona esa afirmación, ya que mediante la interpretación extensiva se persigue la búsqueda del verdadero sentido de las palabras del legislador³⁶.

Los derechos de preferencia son, por su propia naturaleza, relativos. Efectivamente, el crédito tutelado goza de preferencia *respecto*

³⁵ En efecto, el principio de tipicidad de las causas de preferencia no puede tener las características de la tipicidad penal, aunque sólo sea porque el principio de tipicidad penal constituye una salvaguardia de los ciudadanos frente a la arbitrariedad de los tribunales y del poder político en lo que se refiere a su libertad personal, función que está ausente en las causas de preferencia. Por tanto, parece lógico que la tipicidad de las causas de preferencia tenga un punto más de flexibilidad que la tipicidad penal.

³⁶ Sobre la distinción entre la interpretación extensiva y la analogía, como método de integración de lagunas, *vid.* K. LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, Barcelona, 1994, (trad. M. RODRÍGUEZ MOLINERO), pp. 350 ss., pp. 374 ss. Incluso Betti, que defiende una interpretación de carácter marcadamente objetivo, incluyendo a la analogía entre las formas de la interpretación, excluye la analogía para proceder a la extensión de disposiciones excepcionales, es decir, «cuando la extensión abriría una más amplia brecha en la normalidad» (E. BETTI, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, Madrid, 1975 [trad. J. L. DE LOS MOZOS], p. 171). Probablemente habría que distinguir, como hicieron los juristas del *Ius commune*, gracias a una terminología más rica que la actual, entre «*intensio*» (ahondamiento en el significado de la ley) y «*extensio*» (analogía integrativa). (E. BETTI, *ibid.*, pp. 155 ss.). Gran parte de la doctrina, en sentido contrario al del texto, ha estimado que las causas de preferencia han de ser interpretadas de manera restrictiva: así, I. LUZZATI, *Dei privilegi...*, cit., I, p. 132; E. BIANCHI, *Dei privilegi*, Napoli, 1907, p. 145; G. P. Gaetano, *Dei privilegi*, en *Commentario al codice civile. Libro della tutela dei diritti*, M. D'AMELIO (dir.), Firenze, 1943, pp. 455 ss., pp. 459; *Id.*, *I privilegi*, cit., p. 41, que justifica la necesidad de interpretar restrictivamente las normas que instituyen causas de preferencia porque éstas representan excepciones a la *par condicio creditorum*. En la doctrina española, v., p. ej., A. CABANILLAS SÁNCHEZ, voz «Preferencia y prelación de créditos», en *Enciclopedia Jurídica Básica Civitas*, III, Madrid, 1995, p. 4994 ss., p. 4994, que se muestra a favor de la interpretación estricta de las causas de preferencia (en el mismo sentido, *cfr.* M.^a R. VALPUESTA FERNÁNDEZ, voz «Privilegio», en *Enciclopedia Jurídica Básica Civitas*, III, Madrid, 1995, pp. 5125 ss., p. 5125). Sin embargo, la excepcionalidad de las normas de preferencia justifica más bien la no admisibilidad de la extensión análoga, antes que la necesidad de utilizar una interpretación de carácter restrictivo (*cfr.* S. MERZ-G. ZANCONATI, *I privilegi*, cit., p. 3; J. L. LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos...*, II, 1.^o, cit., p. 391; R. GARCÍA DE HARO Y GOYTISOLO, *El salario como crédito privilegiado*, Pamplona, 1960, p. 286; también a favor de la posibilidad de realizar una interpretación extensiva, v. A. GULLÓN BALLESTEROS, en *Comentario al Código Civil* [Ministerio de Justicia], II, cit., p. 2065. Duda sobre la cuestión C. C. CASTILLO MARTÍNEZ, «Prelación de créditos», en *RGD*, 1993, pp. 1279 ss. p. 1285 (también en *NEJ*, XX, Barcelona, 1993, pp. 165 ss.). En la jurisprudencia, v., a favor de la interpretación restrictiva, STS 3 de diciembre de 1990, R. 9543 (aunque destaca esta sentencia que las «afecciones reales» deben ser interpretadas restrictivamente por cons-

de otros créditos, pero el derecho de preferencia de un determinado acreedor no puede entenderse si no se inserta dentro del conjunto de derechos de preferencia atribuidos a las distintas relaciones de crédito. Es decir, el derecho de preferencia, como derecho personal, tiene carácter relativo, y en consecuencia cada derecho de preferencia define una esfera de sujetos obligados a respetarlo, pero entra en conflicto con otros derechos de preferencia, que pueden resultar superiores a él ³⁷. De la confrontación dialéctica entre créditos se establece la existencia de relaciones de preferencia, y con el conjunto de las respectivas relaciones de preferencia se forma la jerarquía graduatoria de los créditos ³⁸.

El derecho de preferencia, caracterizado por las notas señaladas de accesoriedad, legalidad, tipicidad y relatividad, es atribuido por la ley de diversos modos, mediante la utilización de distintas técnicas jurídicas, que son denominadas «causas de preferencia». Mediante la expresión «causa de preferencia», se alude al expediente técnico utilizado por la ley para conferir el derecho de preferencia a un determinado crédito ³⁹. Con independencia de la diversidad técnica de las causas de preferencia, todas ellas tienen los rasgos señalados como elementos comunes de la preferencia, y sobre todo, todas ellas producen el mismo efecto: el aumento de las posibilidades de satisfacción del crédito tutelado ⁴⁰. No obstante, las diferen-

tituir un peligro para los terceros, lo cual siembra la duda de la aplicación del principio a los privilegios generales, que desde luego no son afecciones reales). A favor de la interpretación extensiva, v. STS 12 de noviembre de 1981, R. 5339; STS 26 de marzo de 1991, R. 2445 (debe destacarse que estas sentencias deciden la cuestión de la interpretación extensiva de los derechos de preferencia a favor de los intereses de los trabajadores. Teniendo en cuenta la evolución de la jurisprudencia de otros países cercanos a España, no parece que ese dato sea casual).

³⁷ Puede afirmarse que, necesariamente, ha de existir un derecho de preferencia que sea superior a todos los demás, pero ello no quiere decir que ese derecho de preferencia tenga naturaleza absoluta, ya que su carácter absoluto no deriva de su esencia, sino del simple hecho de que la ley no haya atribuido a ningún otro crédito un derecho de preferencia superior. No existe obstáculo para que la ley pueda establecer un derecho de preferencia de mayor poder en un momento posterior. Así pues, aunque necesariamente exista un crédito con supremacía sobre todos los demás, tal condición no deriva de su esencia, sino del conjunto de relaciones de preferencia establecidas en un momento dado, y que pueden experimentar variaciones.

³⁸ En cualquier Ordenamiento jurídico, el legislador realiza una labor de comparación entre créditos que refleja en sus opciones técnicas y políticas relativas a la jerarquía de acreedores. Al menos en teoría, el legislador debe evaluar los méritos respectivos de cada crédito para establecer el conjunto de las relaciones de preferencia que caracterizan la graduación. Cfr. E. WARREN-J. L. WESTBROOK, *The Law of Debtors and Creditors*, Boston-Toronto, 1986, p. 373 ss.

³⁹ Conforme, M. LÓPEZ ALARCÓN, *El derecho de preferencia*, cit., p. 20. La utilización de la expresión «causes légitimes de préférence» (art. 2094 CC francés), o «cause legittime di prelazione» (art. 2.741 del CC italiano), resalta la nota de legalidad del derecho de preferencia (cfr. M. CABRILLAC-C. MOULY, *Droit des sûretés*, 2.^a ed., París, 1993, p. 379; M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours de créanciers en droit belge*, Bruxelles, 1992, p. 31, p. 47). Sin embargo, por ese mismo motivo, la expresión no deja de encerrar un pleonasma, y con suspicacia pudiera afirmarse que al definir las estructuras definidas por la ley de esa manera, se está aceptando implícitamente la existencia de causas «illegítimas» de preferencia.

cias estructurales entre las distintas instituciones de la tutela preferencial del crédito son notables, y comportan consecuencias de particular relieve en el modo de actuación de la preferencia.

2. PREFERENCIA Y PREDEDUCCIÓN

Es conveniente distinguir la preferencia de un fenómeno que presenta algunas similitudes externas, pero que es radicalmente diverso, cual es la prededucción. La palabra prededucción⁴¹, genéricamente, designa el acto de quitar o detraer algo de un conjunto de bienes, con precedencia absoluta e inmediata, antes de proceder a cualquier operación sobre esos mismos bienes⁴². Se trata de un fenómeno contable, expresivo de la necesidad de descontar los costes al resultado bruto de una operación económica antes de distribuir el beneficio⁴³.

En el terreno estrictamente jurídico, la prededucción –término que no ha encontrado expresión en las leyes españolas– tiene una función y estructura bien diversas de las de la preferencia. En la doctrina española, la prededucción ha sido definida como «el fenómeno en virtud del cual los acreedores de la masa se satisfacen, a diferencia de los acreedores del quebrado, en el momento de su vencimiento»⁴⁴. La prede-

⁴⁰ Es preciso resaltar que no es posible identificar la existencia de causas típicas de preferencia con la desigualdad de los acreedores, que en sí constituye un fenómeno más amplio. Cfr. G. P. GAETANO, *I privilegi*, cit., p. 38.

⁴¹ En realidad, el término «prededucción» no tiene reflejo en el léxico español, ni siquiera en el italiano. Es probable que la doctrina italiana haya construido el término «prededucción» sobre el término alemán *Vorwegbefriedung* (v. § 57 KO; vid. J. KILGER-K. SCHMIDT, *Konkursordnung*, 16.^a ed., München, 1993, pp. 306-308; H. HESS, en H. HESS-B. KROPSHOFER, *Kommentar zur Konkursordnung*, 3.^a ed., Frankfurt/M., 1989, pp. 517 ss.), aunque no cabe duda que su sentido es distinto (el término alemán podría traducirse como «pre-satisfacción»). Se trata de una palabra que la doctrina española (vid. E. BELTRÁN, *Las deudas de la masa*, Bolonia, 1986, p. 114) ha adoptado siguiendo el ejemplo de la doctrina italiana (*prededuzione*), aunque desde el punto de vista semántico, poco añade el prefijo «pre» a la tradicional palabra «deducción», salvo un mayor énfasis en lo que respecta a la prioridad de este tipo de detracción. El uso de la palabra «prededuzione» tampoco ha escapado a las críticas en Italia: vid. R. PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, 4.^a ed., II, Milano, 1964, p. 1304, nota 12.

⁴² Cfr. G. ALESSI, *I debiti di massa nelle procedure concorsuali*, Milano, 1987, p. 18; O. JAUERNIG, *Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht*, 20.^a ed., München, 1996, p. 314. De todos modos, las definiciones de la prededucción suelen basarse en una simple descripción de sus efectos en el contexto de los procedimientos concursales.

⁴³ En este sentido, reconocidamente amplio, del término, un típico fenómeno de prededucción es el del necesario pago de los gastos de recolección de los frutos antes de percibir su producto (así, en la clásica formulación de ULPiano: *Quod in fructus redigendos impensum est, non ambigitur ipsos fructos diminuere debere*, L. 46, D. *De usur. et fruct.*).

⁴⁴ Así, E. BELTRÁN, *Las deudas de la masa*, cit., p. 114. Dicha definición parece abonar la tesis de que con la palabra prededucción se intenta alcanzar un valor semántico similar al de *Vorwegbefriedung*.

ducción difiere de la preferencia en que mientras ésta presupone la existencia de un concurso o concurrencia de acreedores y opera en su interior, aquélla, aunque también presuponga esa existencia, opera en el exterior del concurso, y más exactamente, contra él. La preferencia requiere que concurren varios créditos contra un mismo deudor, y produce la consecuencia de que el crédito por ella favorecido es satisfecho de manera prioritaria respecto de otros créditos. Contrariamente, la prededucción presupone la existencia de un procedimiento ejecutivo en cuyo desarrollo surgen gastos que es necesario atender con carácter previo a la distribución de las cantidades obtenidas a través de dicho procedimiento. Es indudable que los gastos del proceso ejecutivo en el cual se produce la concurrencia de acreedores constituyen el necesario coste de la ejecución misma, que debe ser deducido del producto de la ejecución judicial de los bienes del deudor común. Tales gastos deben ser satisfechos o reembolsados, por tanto, antes de efectuarse la distribución concursal, y al margen de ésta.

Es necesario dejar sentado, claramente, que la prededucción no atribuye, de por sí, un derecho de preferencia⁴⁵. Se trata de una técnica necesaria para garantizar el desarrollo del procedimiento concursal y, en su caso, la continuidad del ejercicio de la empresa en los procedimientos concursales. Dicha técnica tiene como función la protección de los sujetos que ostentan créditos contra el deudor declarado en concurso. Estos sujetos son auténticos *terceros* respecto de los acreedores concursales, y por ello no disfrutan, *stricto sensu*, de un derecho de preferencia respecto dichos acreedores concursales, sino que se sitúan en planos absolutamente separados. El crédito prededucible no se encuentra en conflicto o contraposición a los créditos concursales, como sucede cuando se aplica un derecho de preferencia. Por ello, la prededucción no consiste en una atribución a un crédito de un valor o de un mérito superior en relación con los demás créditos, sino, más bien, en el reconocimiento de su diversa naturaleza⁴⁶.

Así, la prededucción no es una manifestación de un proceso comparativo y valorativo, como lo es, en cambio, la preferencia⁴⁷, sino

⁴⁵ Cfr. A. BONSIGNORI, *Il fallimento*, en *Trattato dir. comm.*..., dir. F. GALGANO, IX, Padova, 1986, p. 376.

⁴⁶ «El crédito con derecho de prededucción no constituye una *species* del crédito con preferencia, ya que se ponen de manifiesto masas de acreedores diversas para títulos de crédito diversos aun concurrendo en el mismo procedimiento» (M. LEMBO, «Privilegio, prelazione e prededuzione», en *Dir. Fall.*, 1984, I, pp. 140 ss., p. 141). «Los acreedores de la masa constituyen... no una particular categoría, sino una clase que tiene derecho a una acción autónoma y, por tanto, de satisfacerse autónomamente sobre el patrimonio del quebrado, aunque sea por créditos que no hayan sido contráidos por éste» (G. RAGUSA MAGGIORE, «Profili generali dei crediti privilegiati...», cit., p. 8; ID., *Il sistema dei privilegi nel fallimento*, Milano, 1968, p. 7).

⁴⁷ Sobre todo, no sería posible establecer un parangón valorativo entre créditos prededucibles y créditos con preferencia, ya que implicaría hacer una comparación de lo que es sustancialmente incomparable, esto es, dos *clases* diversas de créditos (v. a estos efectos la distinción efectuada por la STS 2 de octubre de 1953, R. 2517, entre deudas de la masa y deudas del quebrado; v. también STS 19 de junio de 1992, R. 5361). En este sentido, la regla del artículo 111 de la *legge fallimentare* italiana, que prevé la satisfacción de los créditos prededucibles con prioridad sobre los privilegiados, y de éstos con prioridad sobre

una exigencia lógica, al margen de cualquier situación de concurrencia entre acreedores, una exigencia, en definitiva, dictada por la misma naturaleza del proceso, que impone que los gastos contraídos en el curso de la actividad de realización de los bienes sean satisfechos antes de proceder al reparto del activo obtenido mediante la ejecución de dichos bienes⁴⁸. Desde un punto de vista externo, el fenómeno puede parecer similar a la preferencia⁴⁹, e incluso el resultado final de la prededucción consiste, de hecho, en la satisfacción de un crédito con prioridad sobre otros, pero la prededucción es internamente –y enteramente– diversa a la preferencia⁵⁰. En efecto, la prededucibilidad de un crédito no es en ningún modo asimilable a la preferencia: la prededucibilidad describe una situación en la cual créditos heterogéneos y diversos, por la circunstancia común de haber sido contraídos en relación a un proceso concursal, deben ser satisfechos antes que los créditos concursales. No se trata, en definitiva, de un atributo del crédito en sí, sino de un atributo del crédito en tanto en cuanto éste se inserta en un proceso de ejecución. Así, la prededucción no encuentra su origen en una relación de naturaleza sustancial, sino procesal, y sólo existe mientras exista el proceso mismo⁵¹.

los ordinarios, no es una norma que establezca un orden de preferencia, sino un orden entre las diversas clases de créditos, un «metaorden». De hecho, una de las mayores diferencias conceptuales entre prededucción y preferencia es que ésta confiere una satisfacción con prioridad sobre *algunos* créditos, mientras que la prededucción prescribe la satisfacción prioritaria del crédito respecto a todos los acreedores concursales (G. ALESSI, *I debiti di massa...*, cit., pp. 21-22).

⁴⁸ V. *Commentario codice civile*, dir. P. CENDON, VI, Torino, 1991, p. 255. Cfr. V. BENNANI, voz «Prelazione», cit., p. 622.

⁴⁹ En efecto, Garbagnati considera que «la llamada prededucción de los denominados acreedores de la masa se resuelve... en una preferencia» (E. GARBAGNATI, «Fallimento ed azioni dei creditori», en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, pp. 368 ss., p. 379). V. también la STS 10 de abril de 1990, R. 2760, que define las deudas de la masa como «aquellas deudas que se satisfacen con preferencia a las del quebrado y fuera del procedimiento de la quiebra».

⁵⁰ Diversa es también su función (G. BOZZA, «La natura del credito del locatore al giusto compenso di cui all'art. 80 l. f.», en *Fallimento*, 1987, p. 10). Sobre la necesidad de distinguir preferencia y prededucción, vid. U. AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, II, Torino, 1961, pp. 841 ss.; G. RUISI, *Codice delle cause di prelazione*, cit., pp. 7 y 320; G. G. RUISI-A. JORIO -A. MAFFEI ALBERTI-G. U. TEDESCHI, *Il fallimento*, I, Torino, 1972, p. 500; F. BAUR-R. STÜRNER, *Zwangsvolltreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht*, 12.^a ed., II, Heidelberg, 1990, p. 165.

⁵¹ Vid. P. FANILE, «I privilegi nelle procedure concorsuali», en *Fallimento*, 1985, pp. 135 ss., p. 136; G. ALESSI, *I debiti di massa...*, cit., p. 29. En efecto, un crédito tiene la característica de la prededucibilidad respecto a un determinado proceso concursal. Si se diera la circunstancia de que tal procedimiento se cerrase sin satisfacción de dicho crédito, y con posterioridad quisiera el acreedor reclamar el pago al deudor, no podría valerse de la prededucibilidad de su crédito en un posible conflicto con otros acreedores, sino que recibiría el tratamiento de crédito ordinario (o de crédito preferente si el crédito gozase de un privilegio, garantía real u otra causa de preferencia). La situación ha de ser diversa, lógicamente, en los casos de reapertura de un procedimiento concursal, o de concurso o quiebra consecutivos a un procedimiento anterior, pues en tales casos se entiende que el mismo proceso continúa, por lo que no sería justo que los créditos perdiesen su carácter prededucible.

Si se analizan los rasgos definitivos de la preferencia, se aprecia que difícilmente pueden aplicarse a la prededucción. Es muy dudoso que la prededucción confiera un derecho personal a un acreedor frente a otros acreedores del mismo deudor⁵². En realidad, el único derecho que poseen estos créditos, y del que carecen la mayoría de los créditos en un procedimiento concursal, es el de poder exigir su cumplimiento de manera inmediata y sin dilaciones, ya que no quedan sujetos a la suspensión de las ejecuciones individuales que afecta a los créditos concursales⁵³. De ahí deriva la satisfacción de los créditos prededucibles con arreglo a un puro criterio temporal, es decir, a medida que estos créditos vencen. Por otro lado, los rasgos de accesividad, legalidad, tipicidad y relatividad se dan sólo de una manera muy imperfecta en los créditos prededucibles. Así, la prededucción no es simplemente una característica accesoria de un crédito, sino una característica accesoria de un crédito *en tanto que éste se halla inserto en un procedimiento*, por lo que, con el cese del procedimiento, cesa también la prededucción, aunque siga existiendo el crédito⁵⁴. En cuanto a los principios de legalidad y tipicidad, sólo se verifican parcialmente respecto de estos créditos, ya que no existen criterios legales estrictos que indiquen cuáles han de ser los créditos considerados prededucibles, y desde luego es imposible establecer un elenco cerrado de los posibles créditos prededucibles, pues los gastos que pueden tener tal carácter son de todo tipo y condición. Finalmente, tampoco puede afirmarse que la prededucibilidad tenga el carácter relativo típico de la preferencia, porque los créditos pre-

⁵² Prescindimos de la cuestión de la personalidad de la masa de la quiebra. Ciertamente, es discutible (y, con casi completa seguridad, rechazable) que la masa de la quiebra tenga personalidad jurídica, pero, en cualquier caso, es bien cierto que no puede compararse la situación de los créditos que han sido libremente contraídos por el deudor con anterioridad a la quiebra, y la de los créditos que han sido contraídos por los órganos de la quiebra, debidamente autorizados por el Juez. Vid. E. BELTRÁN, *Las deudas de la masa*, cit., pp. 83 ss., pp. 96 ss.

⁵³ Nada obsta, sin embargo, para que la ley imponga a los titulares de créditos prededucibles una suspensión del ejercicio de sus acciones ejecutivas (v. § 90 Ins), que impone a ciertos acreedores de la masa una moratoria de seis meses desde la apertura del procedimiento; v. Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal española de Ángel ROJO (1996), art. 104.2: «no podrán iniciarse ejecuciones para pagos de créditos contra la masa... hasta transcurridos dos meses a contar desde la fecha fijada en la declaración de concurso para la celebración de la Junta de acreedores»). Se adivina en tales disposiciones, al igual que en aquellas que imponen una moratoria a la acción ejecutiva de los acreedores con garantías reales, una tendencia al favorecimiento de la recuperación de la empresa del deudor concursado: vid. Ph. DELEBECQUE, «Les sûretés dans les nouvelles procédures collectives», en *JCP*, 1986, I, pp. 185 ss.

⁵⁴ La única excepción puede venir dada por la existencia de una quiebra consecutiva o una reapertura de la quiebra, pero ello no es sino una aplicación del principio de unidad, en virtud del cual los dos procedimientos concursales son considerados como uno solo, por lo que los créditos contra la masa contraídos en el procedimiento anterior siguen gozando de la prededucción en el procedimiento posterior. En ausencia de este principio, no existiría justificación ninguna para la solución expuesta. Cfr. P. YANES YANES, *La reapertura de la quiebra*, Valladolid, 1992, pp. 210 ss.

deducibles no gozan de preferencia frente a determinados créditos, al mismo tiempo que otros son preferidos a ellos, sino que todos los créditos prededucibles deben ser satisfechos con precedencia sobre los créditos concursales, sin que se establezca una jerarquía dentro de la categoría de la prededucibilidad⁵⁵. Por otro lado, y frente a los créditos concurrentes en el procedimiento de ejecución, no puede hablarse de principio de relatividad, sino, en cierto sentido, de *absolutividad*⁵⁶, ya que los créditos prededucibles han de ser siempre satisfechos con preferencia sobre todos los créditos concursales.

Las diferencias entre prededucción y preferencia se acentúan cuando se considera que los presupuestos de la prededucción no guardan semejanza alguna con los de la preferencia. En efecto, para que surja la prededucción deben darse los siguientes presupuestos: primeramente, ha de existir un procedimiento ejecutivo, pues sin dicho procedimiento

⁵⁵ Existen notorias e importantes excepciones, como el Derecho alemán (§ 60 KO, «Rangordnung der Massegläubiger»), a tenor del cual se establecen cuatro niveles de preferencia dentro de la categoría: así, el primer nivel viene constituido por los créditos legítimamente contraídos por el administrador del concurso y los créditos derivados de los contratos cuya ejecución haya continuado dentro del concurso; el segundo nivel lo forman los costes judiciales del procedimiento y las retribuciones del administrador; el tercero comprende los llamados créditos «sintéticos» contra la masa (retribuciones de los trabajadores anteriores a la apertura del proceso, cuotas de la seguridad social, retribuciones de los representantes de comercio, etc., y los créditos que hayan surgido por una actuación ilícita de la masa. El cuarto nivel lo forman los créditos de alimentos hacia el concursado y su familia (vid. J. KILGER-K. SCHMIDT, *Konkursordnung*, cit., pp. 333 ss.). También existe una graduación de los créditos contra la masa en el nuevo Derecho concursal alemán (§ 209 *Ins*), que sin embargo establece un sistema simplificado que establece la satisfacción, por este orden, de los gastos del procedimiento, los créditos contraídos por la masa tras la denuncia de la insuficiencia de la masa, y, por último, las restantes obligaciones de la masa junto con los alimentos concedidos al concursado y su familia, en su caso, y en el Derecho inglés, pues aunque la *Insolvency Act* de 1986 no establece ninguna disposición al efecto, existe una norma reglamentaria, la regla 4.218 de las *Insolvency Rules* (*SI 1986 No. 1925*) que determina un prolijo orden preferencial de los distintos costes del procedimiento (*Priority of expenses*: vid. L. S. SEALY-D. MILMAN, *Annotated Guide to the 1986 Insolvency Legislation*, 3.^a ed., Bicester, 1991, pp. 789-792). No obstante, todas estas disposiciones pueden interpretarse como un exceso de celo por parte del legislador, o bien como un reconocimiento implícito del fracaso de los procedimientos concursales para proceder a un mínimo pago de los créditos ordinarios e incluso privilegiados, ya que la necesidad de graduar los créditos contra la masa sólo puede surgir en caso de que no existan bienes para proceder al pago de los acreedores concursales. En este punto, la regla inglesa es desconcertante, ya que precisamente en el supuesto de que no existan bienes para cubrir todos los gastos del procedimiento, el tribunal puede alterar el orden jerárquico «como estime de justicia» (*as thinks just*), con lo cual las dudas sobre la utilidad de la graduación se acrecientan aún más (vid. H. RAJAK, *Company liquidations*, Bicester, 1988, p. 732).

⁵⁶ Cfr. G. ALESSI, *I debiti di massa...*, cit., p. 33. La relatividad operaría solamente en el interior de la categoría; en el exterior de ésta, se manifiesta el principio de absolutividad. Sobre la absolutividad de los créditos contra la masa, en virtud de la cual no se verifica una comparación con los demás tipos de créditos, sino que cualquiera de los créditos contra la masa es preferente respecto de cualquier crédito concursal, vid. V. DE MARTINO, *Commentario teorico-pratico alla legge fallimentare*, Roma, 1972 (arts. 104-145 l. f.), p. 146.

será imposible que pueda atribuirse la característica de prededucibilidad a un determinado crédito. Además, obviamente, se requiere que surja un crédito ⁵⁷. En último lugar, es preciso que concorra un tercer presupuesto de gran importancia: la existencia de una *conexión funcional* entre el proceso y el crédito ⁵⁸.

2.1 Prededución y créditos contra la masa

Teniendo en cuenta la definición y presupuestos de los créditos prededucibles, es obvio que su mayor importancia cuantitativa y cualitativa se manifiesta en el seno de los procedimientos concursales, donde se identifican con los llamados créditos contra la masa o deudas de la masa. La prededución de los créditos contra la masa viene dada no por el hecho de que los créditos hayan sido contraídos por un sujeto diverso del deudor: no es ese dato lo que hace distintos a los créditos prededucibles, ni lo que explica que sean satisfechos previamente a los créditos concursales ⁵⁹. El factor clave para la explicación de la naturaleza de los créditos contra la masa lo constituye el tercer presupuesto de la prededución, es decir, la conexión funcional entre procedimiento de ejecución colectiva y los créditos. Esta conexión funcional signifi-

⁵⁷ No es necesario que el crédito haya sido contraído por un órgano del proceso en sentido estricto, porque existen situaciones en las que el crédito contraído por un acreedor en interés del proceso puede considerarse prededucible: *vid.* F. FERRARA jr.-A. BORGIOLO, *Il fallimento*, 5.ª ed., Milano, 1995, pp. 593-594; *cfr.* J. A. RAMÍREZ, *La quiebra*, I, Barcelona, 1959, p. 339; E. BELTRÁN, *Las deudas de la masa*, cit., pp. 159 ss.; J. M.ª GARRIDO, «Le spese del creditore istante nel giudizio di opposizione al fallimento: logica e giustizia nell'apertura del concorso», en *Giur. comm.*, 1994, pp. 164 ss.

⁵⁸ Este presupuesto ha sido denominado «criterio de inherencia» (F. A. SALVADORE, «L'esercizio del commercio da parte del fallito e i diritti dei nuovi creditori», en *Riv. dir. comm.*, 1914, II, pp. 3 ss., p. 8). Se ha escrito, con acierto, que el criterio para establecer la naturaleza prededucible de un crédito ha de ser teleológico, y no cronológico (M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours*, cit., p. 121). Sobre la diversidad de presupuestos de la preferencia y la prededución (que el autor denomina «prelevazione», a tenor del art. 91 l. f.), y en particular sobre la necesidad de un concurso de acreedores en la preferencia, *vid.* G. P. GAETANO, *I privilegi*, cit., p. 37. *Cfr.* los requisitos de la prededución establecidos por Lembo, que son los siguientes: autorización para ejercer provisionalmente la actividad de empresa; relación de causalidad entre los créditos vencidos y el ejercicio provisional de la actividad de empresa; y utilidad para la masa de los acreedores (M. LEMBO, «Privilegio, prelazione e prededuazione», cit., p. 145). No obstante, parece que la referencia al concepto de «utilidad para la masa de los acreedores» introduce un elemento de valoración *a posteriori* que dificulta apreciablemente la solución de los problemas relativos a la prededución. Además, la existencia de los créditos prededucibles es independiente de la continuación o no de la actividad de empresa, aunque dicha continuación sea una fuente importantísima de dichos créditos.

⁵⁹ *Vid.* G. G. RUISI-A. JORIO-A. MAFFEI ALBERTI-G. U. TEDESCHI, *Il fallimento*, cit., p. 498; A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, 3.ª ed., Padova, 1991, p. 386; U. PIPIA, *Del fallimento*, Torino, 1932, p. 498; Pero *cfr.* la opinión de GAETANO: «Neppure ricorre il concetto di privilegio vero e proprio, in quei prelevamen-

ca que el desarrollo del procedimiento requiere la realización de una serie de gastos ineludibles para lograr la propia satisfacción de los acreedores. En cierto sentido, podría afirmarse que los acreedores no tienen derecho al producto de la ejecución de los bienes del deudor, sino *al producto de esa misma ejecución, una vez que los gastos hayan sido satisfechos* ⁶⁰.

En algunos casos, la continuación de la empresa del deudor exigirá la concesión de créditos por parte de terceros, y es evidente que los terceros no entrarían en ninguna relación jurídica con los órganos de un procedimiento concursal sin una mínima garantía de pago ⁶¹. Igualmente evidente es que los acreedores concursales no lograrían cobrar cantidad alguna si no estuvieran dispuestos a satisfacer primero el coste de la ejecución. Por ello, la prededucción tiene la función de asegurar a los órganos del concurso la obtención del crédito indispensable para el desarrollo del procedimiento concursal ⁶², lo que puede abarcar incluso la contratación de créditos necesarios para la continuación de la actividad económica del deudor mientras éste se halle en una situación concursal. Las deudas de la masa, en definitiva, representan el coste de la ejecución concursal ⁶³.

Obviamente, las deudas de la masa varían dependiendo del tipo de procedimiento concursal y de las modalidades que dichos procedimientos pueden adoptar, especialmente en cuanto a las soluciones a la situación de insolvencia del deudor. Desde el punto de vista funcional, la categoría de las deudas de la masa ha sido dividida doctrinalmente

ti che un partecipante ad una massa di beni in comune abbia diritto di compiere per spese fatte nell'interesse dell'intera massa, anziché dei singoli compartecipanti. E lo stesso è a dirsi per le spese di un'amministrazione comune, *poiché il credito relativo si acquista contro la massa stessa dei titolari, e quindi deve essere soddisfatto con precedenza ad ogni altro credito che riguardi i singoli aventi diritto* (si parla, in tal senso, di "prededuzione" di tali spese)» (G. P. GAETANO, voz «Privilegi (diritto civile e tributario)», cit., p. 963) [el subrayado es nuestro].

⁶⁰ Se trata del principio romano «*Bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno*» (cfr. Paul. L. 39, 1 De Verb. Significat.); vid. G. BONELLI, *Del fallimento*, II, Milano, 1938, n. 682; G. P. CHIRONI, *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, 2.^a ed., I, Torino, 1917, p. 170; A. CANDIAN, *Il processo di fallimento*, Padova, 1934, pp. 265 ss.; E. CUZZERI-A. CICU, *Del fallimento*, en *Cod. comm. commentato*, Torino, 1927, p. 539; se trata de una «tara del producto de la ejecución, que debe detraerse para determinar el importe neto disponible para los acreedores» (E. REDENTI, «Struttura del procedimento esecutivo per espropriazione e problemi di spese», en *Arch. giur.*, 1944, pp. 161 ss., p. 169). Por ello los acreedores participantes en el concurso tienen un interés primordial en la realización y pago de los créditos prededucibles, sin que pueda compartirse la idea de que la prededucción sea «sustancialmente, un crédito (...) frente a los acreedores participantes en el reparto del producto de la ejecución» (G. GORLA, *Le garanzie reali dell'obbligazione. Parte generale*, cit., p. 291).

⁶¹ Vid. F. DEL VECCHIO, *Le spese e gli interessi nel fallimento*, 2.^a ed., Milano, 1988, p. 155.

⁶² Vid. DE MARTINO, *Commentario teorico-pratico alla legge fallimentare*, cit., p. 157.

⁶³ G. G. RUISI-A. JORIO-A. MAFFEI ALBERTI-G. U. TEDESCHI, *Il fallimento*, cit., I, p. 499. La justificación del tratamiento particular de estos créditos, pues, viene dada por la utilidad –aunque sea sólo potencial– que los créditos contra la masa reportan a todos los acreedores (G. ALESSI, *I debiti di massa...*, cit., p. 21).

(y en algunos Ordenamientos, incluso legalmente ⁶⁴) en dos tipos de créditos: gastos de la masa y créditos contra la masa *stricto sensu* ⁶⁵. Los gastos de la masa no son sino las deudas contraídas para el desarrollo del procedimiento concursal, y cuya satisfacción es condición necesaria para la realización de las operaciones que lleven a la obtención de activos líquidos para proceder al pago de los acreedores. Parece lógico que el Ordenamiento establezca la satisfacción previa de estos gastos, sin los cuales no sería posible el pago a los acreedores concursales.

Los créditos contra la masa *stricto sensu* son aquellos créditos contraídos por los órganos del procedimiento concursal para la administración del concurso o la continuación de la actividad de empresa del deudor ⁶⁶.

En esta clasificación de los créditos contra la masa no está presente ningún elemento temporal, como en cambio sucede en la distinción tradicional que ha visto los créditos contra la masa como una categoría de créditos caracterizados por su nacimiento *con posterioridad* a la apertura

⁶⁴ Es el caso del Derecho alemán: *vid.* §§ 57-59 KO, donde se contiene la distinción entre *Massekosten* y *Masseschulden* (*Vid.* J. KILGER-K. SCHMIDT, *Konkursordnung*, cit., pp. 306 ss.). En los sistemas anglosajones se utiliza la expresión *pre-preferential claims* para referirse a ambos tipos de créditos (F. ODITAH, «Assets and the Treatment of Claims in Insolvency», en *LQR*, 1992, pp. 459 ss., p. 467).

⁶⁵ Se trata de la clásica distinción entre *sumtus processus* y *sumtus aeconomicus* (L. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, 2.ª ed., I, Madrid, 1983, p. 773). V. una distinción *sui generis* entre gastos y obligaciones de la masa en R. SOTO VÁZQUEZ, *Aspectos concursales del patrimonio del insolvente*, Granada, 1995, pp. 336 ss.

La distinción entre gastos y deudas es meramente técnica, y carece de trascendencia jurídica en el Derecho español (al igual que en el Derecho italiano: *vid.* G. G. RUISI-A. JORIO-A. MAFFEI ALBERTI-G. U. TEDESCHI, *Il fallimento*, cit., I, p. 500; G. ALESSI, *I debiti di massa...*, cit., p. 11; *contra*, U. AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, cit., I, pp. 726 ss.; y A. BONSIGNORI, *La liquidazione dell'attivo*, en *Comm. legge fall.*, Bologna-Roma, 1976, pp. 224 ss.). De manera totalmente diversa a la legislación alemana, la *legge fallimentare* no establece una graduación de los diversos tipos de créditos prededucibles (cfr. art. 111 l. f.). Por lo demás, dicha graduación se contradice, al menos conceptualmente, con la función de las deudas de la masa en el proceso, ya que, en la mayoría de los casos tal graduación parece innecesaria, pues todos los créditos prededucibles han de ser satisfechos. En caso de darse un problema de concurso entre los créditos contra la masa, existe la solución de aplicar las reglas generales de graduación de créditos (*Vid.* E. BELTRÁN, *Las deudas de la masa*, cit., pp. 244 ss. (*vid.* A. CREMONINI, «Ammissibilità delle cause di prelazione nei crediti di prededuazione», en *Giur. Comm.*, 1982, II, p. 31; A. BONSIGNORI, *La liquidazione dell'attivo*, cit., p. 229). No es fácil entender por qué esas reglas tendrían que ser distintas en el caso de concurrencia de créditos prededucibles. Además, existe otro problema: si las deudas de la masa se van satisfaciendo a medida que vencen, no parece normal que se tenga que aplicar ningún criterio de graduación. Los problemas de la graduación de los créditos prededucibles pueden llegar a ser muy complejos: p. ej., ¿podría ser revocado el pago realizado a un acreedor contra la masa cuando, con posterioridad, se haga manifiesta la insuficiencia del patrimonio del deudor y no se hayan satisfecho créditos prededucibles situados en un puesto jerárquicamente superior? Se trata de cuestiones que carecen de solución pacífica en los Ordenamientos que han optado por una graduación de los créditos prededucibles.

⁶⁶ *Vid.* G. ALESSI, *I debiti di massa...*, cit., p. 10. Cfr. L. HÄSEMAYER, *Insolvenzrecht*, cit., pp. 272 ss.; F. BAUR-R. STÜRNER, *Insolvenzrecht*, 3.ª ed., Heidelberg, 1991, p. 215.

ra del procedimiento concursal ⁶⁷. Por el contrario, existen créditos nacidos con posterioridad al inicio del procedimiento concursal que no son deudas de la masa (p. ej., créditos originados por actos ilícitos del quebrado ⁶⁸), y créditos contra la masa nacidos con anterioridad a la declaración de quiebra (los gastos judiciales del acreedor instante de la quiebra, p. ej.). El factor determinante no es el elemento temporal, sino la conexión funcional del crédito con el desarrollo del procedimiento y la satisfacción de los acreedores ⁶⁹. Obviamente, es necesaria la existencia de un procedimiento, pero no se sigue de ello que el procedimiento deba existir *antes* de que surja el crédito.

Durante un periodo histórico reciente, ha dominado en la regulación de los procedimientos concursales la preocupación por la continuidad de la empresa en crisis y por la conservación de los puestos de trabajo, lo que ha traído como consecuencia el aumento de importancia de la categoría de los créditos contra la masa. No obstante, el aumento del coste de los procedimientos, efecto de la expansión de los créditos prededucibles, ha provocado un menor grado de satisfacción de los créditos concursales. Ante tal situación, y ante la posibilidad cierta de que ciertos créditos concursales considerados de imprescindible satisfacción quedasen impagados, llegó a extenderse una técnica legislativa, de origen alemán ⁷⁰, y con

⁶⁷ V., p. ej., A. BRUNETTI, *Lezioni sul fallimento*, Padova, 1936, p. 257; *vid.* S. VAISSE, «La constitution de la masse», en R. RODIÈRE (dir.), *Faillites*, París, 1970, pp. 125 ss.

⁶⁸ *Vid.* E. CUZZERI-A. CICU, *Del fallimento*, cit., p. 408. Esto plantea el problema de la tutela de los acreedores por daños causados por el deudor con posterioridad a la apertura de un procedimiento concursal. Ciertamente, los créditos por responsabilidad civil, como ha de verse, se encuentran entre los más desprotegidos del ordenamiento jurídico, pero no deben solucionarse sus problemas de protección a través de la prededucción, sino a través de la institución de un derecho de preferencia o de técnicas ascurativas.

⁶⁹ Dicha conexión funcional es precisamente más evidente que en ningún caso cuando el crédito corresponde a los gastos de solicitud de la declaración de quiebra, ya que sin ellos el procedimiento ni siquiera existiría. *Vid.* J. M. GARRIDO, «El privilegio del acreedor instante de la quiebra», en *RDM*, 1992, pp. 799 ss. Esto plantea el problema de la existencia del privilegio de los «gastos de justicia y administración del concurso en interés común de los acreedores, hechos con la debida autorización o aprobación» (art. 1924.2.º, letra a, del CC). ¿A qué supuestos se refiere este privilegio? Sin perjuicio de tratar con más detalle esta cuestión en otro lugar, puede señalarse que algunos de los más destacados concursualistas españoles consideran que en esta norma subyace un error de perspectiva del legislador civil (*vid.* E. BELTRÁN, *Las deudas de la masa*, cit., pp. 116 ss. y *passim*), ya que son las normas de carácter procesal las que regulan la prededucción de las deudas de la masa (arts. 1357 y 1230 LEC; art. 1073.3.º del C. de C. de 1829). Lo que hizo el legislador civil fue tomar la redacción de un privilegio general colocado en el primer lugar de la graduación de créditos en el proyecto de Código Civil de Florencio García Goyena (art. 1924), y situarlo fuera del primer lugar, eliminando de hecho la prededucción de los gastos del procedimiento. Por ello esta norma debe estimarse lógicamente incompatible con las disposiciones de la ley procesal para las deudas de la masa.

⁷⁰ *Vid.* J. KILGER, «Problematische Massechulden», en *NJW*, 1980, pp. 271 ss. La creación de deudas de la masa «impropias», «sintéticas», o «artificiales» se originó en Alemania con la Ley de 17 de julio de 1974 (*Gesetz über Konkursausfallgeld*), que intentó mejorar la posición jurídica de los créditos de los trabajadores. Posteriormente, el legislador alemán volvió a utilizar la misma técnica en relación con los seguros sociales (Ley de 23 de diciembre de 1976).

manifestaciones en otros países ⁷¹, consistente en la atribución de la prededucibilidad a créditos estrictamente concursales (sobre todo, créditos de los trabajadores de existencia previa a la declaración de concurso), que ha alterado profundamente la categoría dogmática de las deudas de la masa ⁷². En realidad, se trata de un uso *ad hoc* de la prededucibilidad por parte del legislador, que ha transformado una categoría de créditos cuyo régimen mira a garantizar el desarrollo del proceso y, en su caso, la continuación del ejercicio de la empresa, en un instrumento más de tutela del crédito, cuando la protección proporcionada por el derecho de preferencia se ha revelado insuficiente (se ha hablado, con relación a estos créditos, de créditos concursales superprivilegiados, o *superbevorrechtigte Konkursforderungen*) ⁷³. El efecto de esta perversión de la categoría de los créditos contra la masa tenía que causar daños al sistema de tutela del crédito de forma irremisible: la función de la prededución, consistente en avalar el desarrollo del proceso de liquidación o continuación de la empresa, resulta obstaculizada por la existencia de estos créditos «sintéticos» contra la masa, que se comportan como cuerpos extraños dentro de un sistema ya de por sí maltrecho. En efecto, la inmisión de un grupo de créditos que de ningún modo pueden ser clasificados como créditos contra la masa en el interior de esta categoría provoca una reducción de las posibilidades de financiación del procedimiento, que se inicia gravado ya por determinados créditos prededucibles; y además aumentan las probabilidades de que el producto de la ejecución concursal sea insuficiente incluso para satisfacer los créditos prededucibles, con lo que aparece «justificada» la necesidad de graduar entre sí los créditos contra la masa.

En cualquier caso, la creación de créditos artificiales de la masa pone en evidencia el «gigantismo» del principio de preferencia en la regulación de la tutela del crédito: no bastando con la existencia del privilegio como forma natural de tutela preferencial del crédito, se recurre a la categoría de los créditos contra la masa, que posee una naturaleza y función bien diversa, con el único fin de alcanzar el resultado de una protección superior para algunos créditos que se encontraban ya en lo alto de la escala graduatoria de los privilegios. Se trata de una muestra palmaria del fracaso del sistema de tutela del crédito, y de un aviso al jurista, prueba de que en este área del Derecho las categorías doctrina-

⁷¹ Esta técnica de origen alemán ha influido intensamente en el Derecho italiano. Asimismo, en España el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983 introducía créditos «sintéticos» contra la masa. Así, a tenor del artículo 283.3.º del ALC de 1983, los salarios devengados a partir de los seis meses anteriores a la admisión a trámite de la solicitud del concurso debían gozar de la prededucibilidad. *Vid.* M. OLIVENCIA RUIZ, «El derecho concursal: modernas orientaciones y perspectivas de la reforma», en AA. VV., *Jornadas sobre la reforma de la legislación mercantil*, Madrid, 1979, pp. 315 ss., p. 350.

⁷² *Vid.* E. BELTRÁN, *Las deudas de la masa*, Bolonia, 1986, pp. 80 ss.

⁷³ *Vid.* J. KILGER, «Problematische Massechulden», cit., pp. 271 ss.; en ese sentido se trata de deudas de la masa «impropias» (*unechte*): *vid.* H. Hess, en H. HESS-B. KROPSHOFER, *Kommentar zur Konkursordnung*, cit., p. 531; L. HÄSEMAYER, *Insolvenzrecht*, cit., pp. 277-278.

les han sido quebrantadas en más de una ocasión por ciertos legisladores, a quienes cabe achacar la equívocidad del concepto de crédito prededucible ⁷⁴.

En conclusión, la prededucibilidad de los créditos contra la masa, por su propia esencia y características intrínsecas, no constituye un instrumento idóneo para la realización de la tutela preferencial del crédito. La prededucción no es, en definitiva, una variedad del derecho de preferencia, sino como máximo, una situación afín a la preferencia, en el sentido más amplio del término ⁷⁵.

3. LAS CAUSAS TÍPICAS DE PREFERENCIA: LA DISTINCIÓN CLÁSICA ENTRE GARANTÍAS REALES Y PRIVILEGIOS

De acuerdo con el principio de legalidad, los derechos de preferencia se atribuyen a los créditos que reúnen las circunstancias previamente establecidas por la ley. Así, las causas de preferencia pueden ser definidas como el conjunto de circunstancias, de hecho o de derecho, necesarias para el nacimiento y reconocimiento de un derecho de preferencia. El requisito de la existencia de una serie de circunstancias definidas legalmente se manifiesta en el principio de tipicidad.

En numerosos sistemas jurídicos de tutela del crédito, se ha impuesto una distinción que puede calificarse como clásica: aquella que subdivide las causas de preferencia entre privilegios y garantías reales, aun reconociendo que dentro de esta bipartición existen modalidades técnicas diversas entre sí ⁷⁶. La diferencia fundamental entre garantías reales

⁷⁴ V., sobre este punto, P. F. CENSONI, «L'amministrazione straordinaria delle imprese armatoriali e i "debiti della massa"», en *Giur. comm.*, 1983, I, pp. 183 ss. V. también E. BELTRÁN, *Las deudas de la masa*, cit., p. 61, que pone de manifiesto la fragmentación del concepto y la necesidad de distinguir entre deudas de la masa por esencia y deudas de la masa por declaración legal. V. también A. BONSIGNORI, *Il fallimento*, cit., p. 686.

⁷⁵ Es necesario tener presente en todo momento que la prededucción es un concepto diverso del de preferencia (M. LEMBO, «Privilegio, prelazione e prededuzione», cit., p. 147). Cfr., en cambio, A. DE MARTINI, «Concorso del credito del commissario di amministrazione controllata nel passivo del successivo fallimento», en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, pp. 368 ss., p. 371, que sostiene que la prededucción es en realidad un supuesto de preferencia. Da lugar a dudas, asimismo, la definición de la prededucibilidad como «derecho de los acreedores de la masa de ser satisfechos con prioridad sobre todos los demás acreedores del quebrado» (G. ALESSI, *I debiti di massa...*, cit., p. 17), pues quizá debiera precisarse la naturaleza de esa «prioridad». Como máximo, la prededucción se podría definir como una «*situation privilégiée*» más que un verdadero «*privilège*» (vid. G. RIPERT-R. ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*, 9.^a ed., II, París, 1981, p. 794, n. 2960).

⁷⁶ Así, en el Código Civil francés, el artículo 2094 enumera las causas legítimas de preferencia: «les causes légitimes de préférence sont les privilèges et les hypothèques». De este modo, la *summa divisio* del derecho de la tutela preferencial del crédito separa a hipotecas y privilegios, aunque la doctrina ha criticado la inclusión de la prenda entre los privilegios, por lo que ha incorporado la prenda a la tipología. Por ello, se afirma que «prenda, hipoteca y privilegios forman la "trilogía clásica" del

y privilegios se halla en su origen, pues mientras los privilegios encuentran su origen directo en la ley, las garantías reales sólo son contempladas por la ley en términos genéricos, con lo cual, para que se produzca su nacimiento es necesario que exista un acuerdo entre acreedor y deudor y que se respeten los requisitos y formalidades previstos por la propia ley. La función de la ley es totalmente diversa en uno y otro caso, puesto que el privilegio surge con independencia de la voluntad de las partes unidas por la relación de crédito descrita legalmente, mientras que la garantía real es primordialmente una creación de los particulares, a la que la ley atribuye validez y eficacia cuando cumple las condiciones prescritas por ella.

No obstante, y a pesar de tratarse de una distinción que marca tan sólo el origen de la preferencia, es evidente que dicha diversidad de origen revela una profunda disparidad desde el punto de vista político-jurídico. Así, los privilegios son instrumentos utilizados por el legislador con la finalidad de favorecer a acreedores cuya protección se considera necesaria, especialmente en el caso de insolvencia del deudor. Los privilegios, son, por tanto, exponentes de la intervención del legislador en la economía, pues acrecientan la tutela de ciertos créditos con independencia de las medidas que tomen las propias partes de la relación crediticia. Desde esta perspectiva político-jurídica, las garantías reales se presentan de modo muy diverso, en tanto constituyen vías abiertas por el legislador para que las partes puedan atribuir el derecho de preferencia sin más trabas que el cumplimiento de los requisitos legales. En las garantías reales, el legislador reconoce un espacio notable a la autonomía privada como fuerza creadora de derechos de preferencia, para que de esa manera los particulares puedan proveer a sus necesidades de financiación.

En conclusión, la diferencia de origen entre garantías reales y privilegios se corresponde con una profunda diferencia funcional. No es extraño, en consecuencia, que la división entre garantías reales y privi-

derecho de la tutela preferencial del crédito» (vid. M. CABRILLAC-C. MOULY, *Droit des sûretés*, cit., p. 381). Paralelamente, el artículo 2.741 del del CC italiano enumera las «causas legítimas de preferencia» (*cause legittime di prelazione*), comprendiendo la hipoteca, la prenda y los privilegios. Este artículo del Código italiano tiene su antecedente en el Código Civil italiano de 1865 (art. 1.950: «Le cause legittime di prelazione sono i privilegi e le ipoteche»), directamente influido por el Código Civil francés (vid. I. LUZZATI, *Dei privilegi*, cit., p. 39). A pesar de que el Código Civil español no contiene ninguna norma parecida, es lo cierto que en el sistema del Código Civil, la preferencia puede darse, por tanto, en tres figuras básicas, la prenda, esencialmente mobiliaria, indisolublemente ligada a la desposesión del deudor, y dotada de publicidad de hecho; la hipoteca, esencialmente inmobiliaria, dotada de medidas de publicidad registral, cuyo rango viene dado por el tiempo de la inscripción; y el privilegio, mobiliario o inmobiliario, general o especial, a veces dotado de un limitado derecho de persecución, en ocasiones acompañado del derecho de retención, o incluso de medidas de publicidad (cfr. M. LEMBO, «Privilegio, prelazione e prededuzione», cit., p. 140). Al margen de esos tres tipos principales de causas de preferencia, existen algunas otras figuras, extraordinariamente peculiares, en el Código Civil español, como la preferencia de los créditos escriturarios o de los créditos sobre los que haya recaído sentencia firme, pero estas causas de preferencia han recibido una atención dogmática mínima.

legios cuente con una larga tradición en la ciencia jurídica ⁷⁷. Sin embargo, debe advertirse que la dicotomía «garantías reales-privilegios» no tiene una traducción legal en el Derecho español, y que, como habrá de apreciarse, esa división separa conceptos heterogéneos, ya que la noción de privilegio atiende sobre todo al origen legal del derecho de preferencia, mientras que la noción de garantía real se basa en la utilización del derecho real como expediente técnico para la protección del derecho de preferencia. Por ello, en la heterogeneidad de esa clásica dicotomía se halla el germen de su actual crisis, como se verá posteriormente.

3.1. EL CONCEPTO DE GARANTÍA REAL

En sentido genérico, las garantías constituyen manifestaciones de un fenómeno de reforzamiento negocial de la tutela del crédito cuyo objetivo común es el de hacer más probable la realización del mismo ⁷⁸. Todas las garantías se basan en el mismo expediente técnico, es decir, en la adición al crédito de un nuevo derecho subjetivo que se une al crédito para reforzar la seguridad de satisfacción de éste ⁷⁹.

⁷⁷ Cfr. A. DIMUNDO, «I privilegi nelle procedure concorsuali», en *Fallimento*, 1985, pp. 127 ss., p. 133.

⁷⁸ Como se ha dicho, «el concepto de garantía es difícilmente asible», aunque todas las garantías pueden reconducirse a la idea u objetivo general de «mejorar la suerte del acreedor» (G. MARTY-P. RAYNAUD-PH. JESTAZ, *Les sûretés*, cit., p. 1). Las garantías son medios para hacer más probable la satisfacción del crédito (C. M. PRATIS, *Della tutela dei diritti*, cit., p. 5), y en este sentido amplio del término «garantía» numerosas figuras de la práctica jurídica quedarían incluidas dentro del concepto (vid. M. AMORÓS GUARDIOLA, «La garantía patrimonial y sus formas», en *RGLJ*, 1972, pp. 561 ss., p. 561; E. ROCA TRÍAS, «Rasgos básicos de la regulación española en materia de negocios de garantía», en U. NIETO CAROL-J. I. BONET SÁNCHEZ (coords.), *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, I, Madrid, 1996, pp. 127 ss., p. 142). Sin duda, toda garantía, tanto en sentido estricto como amplio, se caracteriza por reforzar las probabilidades del acreedor de ser satisfecho (se trata de un «reforzamiento privado de la acción ejecutiva»: M. FRAGALI, voz «Garanzia e diritti di garanzia», en *Enc. del diritto*, XVIII, Milano, 1969, pp. 448 ss., pp. 453-455). «[La garanzia è] un rimedio che dà al creditore la sicurezza (relativa) di raggiungere il risultato, dedotto in obbligazione e al quale egli è interessato, o almeno un suo equivalente economico —anche quando venga meno la prestazione del debitore o malgrado la sua opposizione od inerzia— agendo sui beni di lui o di terzi oppure grazie all'attività di un terzo» (F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, Torino, 1989, p. 69). En cualquier caso, «no existe un concepto de garantía unívoco, técnico-jurídico» (H. SCHOLZ-H.-J. LWOWSKI, *Das Recht der Kreditierung*, 7.^a ed., Berlín, 1994, p. 33).

⁷⁹ Cfr. L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, Las relaciones obligatorias, 4.^a ed., Madrid, 1993, p. 395; L. DÍEZ-PICAZO-A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, 7.^a ed., II, Madrid, 1995, p. 172; v. también P. BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, «La responsabilidad patrimonial universal», en *Estudios A. Menéndez*, IV, Madrid, 1996, pp. 4843 ss., p. 4848: la diferencia, respecto del texto, es que estos autores hablan de «un nuevo derecho o una nueva facultad». Se hace difícil definir a la garantía como una nueva facultad, ya que una facultad es uno de los poderes que conforman un derecho, y en las garantías se produce algo más que la simple adición de una nueva facultad al derecho de crédito. Por tanto es preferible afirmar que se añade un nuevo derecho en todos los casos (cfr. E. ROCA TRÍAS, «Rasgos básicos...», cit., pp. 152-154). Las garantías son, en suma,

Este refuerzo puede producirse mediante la adición de un nuevo derecho de crédito, frente a un sujeto diverso, al derecho de crédito ya existente y cuya satisfacción se desea garantizar (*garantías personales*)⁸⁰. De este modo, al poder dirigirse el acreedor contra varios sujetos, aumentan las probabilidades de satisfacción del crédito, especialmente cuando los sujetos obligados son de gran solvencia. El derecho de crédito que se añade a la primitiva relación crediticia puede tener carácter subsidiario, en cuyo caso requiere la previa insolvencia del obligado principal para su ejercicio (fianza, o fianza simple); o puede, por el contrario, vincular al garante de manera directa (aval cambiario, fianza solidaria), o quizá incluso de manera autónoma (garantías a primera demanda)⁸¹.

En cualquiera de estos casos, surge un derecho a favor del acreedor que no debe confundirse con el derecho de crédito original, al que se superpone. Lo que importa destacar de las garantías personales es que en ninguna de ellas se da un fenómeno de preferencia, ya que el acreedor no adquiere un derecho ejercitable frente a otros acreedores, como sucede por definición en la preferencia, sino que adquiere un derecho de crédito contra un nuevo sujeto obligado, pero tal derecho no le confiere ninguna posición de superioridad frente a los acreedores del deudor original ni frente a los acreedores del garante. De ahí que las garantías personales, a pesar de reforzar la posición del acreedor, se sitúen fuera del campo de estudio de la tutela preferencial del derecho de crédito.

La otra gran vía de reforzamiento del crédito consiste en la atribución de un derecho de preferencia al acreedor, que satisface su crédito con precedencia sobre otros acreedores del deudor. Tradicionalmente, estos derechos de preferencia se identifican con las garantías reales⁸².

«derechos de carácter anexo y específicamente afectados a un crédito, tendentes a la satisfacción del acreedor» (G. MARTY-P. RAYNAUD-Ph. JESTAZ, *Les sûretés*, cit., p. 3).

⁸⁰ Véase una brillante y sencilla distinción entre garantías personales y reales en M. N. JOBARD-BACHELLIER, *Sûretés - Publicité foncière*, 10.^a ed., París, 1992, p. 3; asimismo vid. P. DE PACE, *Il pegno dei crediti*, Padova, 1939, p. 5. Sobre el concepto de «adicionalidad» en las garantías personales, vid. E. ROCA TRÍAS, «Rasgos básicos...», cit., pp. 150-151.

⁸¹ L. DIEZ-PICAZO-A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, II, cit., p. 172, describen las garantías personales como aquellas que «autorizan al acreedor para dirigirse contra un tercero a fin de que ejecute la prestación que satisface su interés». Debe entenderse que en esa autorización se halla implícito el contenido de un derecho, derecho que, por lo demás, suele presentar los caracteres de accesoriidad y subsidiaridad, al menos en la fianza clásica, pero conviene recordar que en la práctica moderna, tales rasgos comienzan a desdibujarse, especialmente por lo que se refiere al aval cambiario y a las garantías a primera demanda. Vid. L. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., pp. 461 ss.; F. VICENT CHULIÁ, «Introducción al estudio de las garantías personales en el Ordenamiento español», en U. NIETO CAROL-J. I. BONET SÁNCHEZ (coords.), *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, I, Madrid, 1996, pp. 367 ss.; A. CARRASCO PERERA, «Las nuevas garantías personales: las cartas de patrocinio y las garantías a primer requerimiento», *ibid.*, pp. 623 ss.

⁸² En la existencia de la preferencia radica la diferencia básica entre garantías reales y garantías personales: vid. H. SCHOLZ-H.-J. LWOWSKI, *Das Recht der Kreditsicherung*, cit., p. 42; cfr. M. CABRILLAC-C. MOULY, *Droit des sûretés*, cit., pp. 376-378.

Las garantías reales constituyen causas de preferencia estructuradas de un modo complejo. No puede, por ello, formularse un concepto «simple» de la garantía real, puesto que en ésta se hallan presentes elementos de naturaleza jurídica totalmente diversa.

En primer lugar, las garantías reales constituyen causas de preferencia. De esta afirmación se deduce lógicamente que las garantías reales atribuyen al acreedor un derecho de preferencia, con las características antes mencionadas (accesoriedad, tipicidad, legalidad, relatividad). Suele indicarse que el rasgo de legalidad de las causas de preferencia está presente de una manera diversa en las garantías reales: ciertamente, puede afirmarse, como principio general, que la nota de legalidad está atemperada en las garantías reales⁸³. Ello se debe a la fundamental intervención de las partes en la atribución de garantías reales: las garantías reales se distinguen por su origen negocial, separándose así de los privilegios, que surgen automáticamente, *opera legis*. Efectivamente, es necesario que exista un acuerdo entre el deudor y el acreedor, o un acto unilateral del deudor, para que nazca la garantía real, aunque sea la ley la que reconoce los efectos de los actos de los particulares⁸⁴. Así, en las garantías reales es necesario que se produzca un hecho constitutivo, esto es, un crédito no nace necesariamente garantizado, sino que puede llegar a serlo⁸⁵. No obstante, la ley prevé las diversas modalidades de acuerdo que las partes pueden alcanzar, con sus correspondientes requisitos y efectos. De este modo, la ley marca los tipos posibles de garantías reales. Desde este punto de vista, también las garantías reales obedecen al principio de legalidad, lo que viene a reforzar la idea de un concepto unitario del derecho de preferencia.

La peculiaridad de las garantías reales aparece al considerar su objeto y estructura: en las garantías reales, el derecho de preferencia queda restringido al producto de la ejecución de un bien o varios bienes determinados del patrimonio del deudor (*principio de especialidad*). En este sentido, el principio de especialidad de las garantías reales suponen una evidente limitación a los efectos del derecho de preferencia, que puede hacerse valer frente a otros acreedores exclusivamente en relación con el producto de la venta de un determinado bien.

⁸³ Sin embargo, téngase en cuenta la existencia de garantías reales de origen legal (especialmente, las hipotecas legales): v. *infra*, II, 3.3.

⁸⁴ Sobre el contrato como fundamento de las garantías reales, vid. C. MAIORCA, *Il pegno di cosa futura e il pegno di cosa altrui*, Milano, 1938, p. 20. A pesar de que la convención constituye el supuesto general, las garantías reales pueden constituirse también por acto unilateral del deudor (vid. M. ALBALADEJO, «La hipoteca unilateral», en *ADC*, 1950, pp. 61 ss.). Respecto a la atenuación de la nota de legalidad, es preciso resaltar que, aunque es obvio que las garantías encuentran su fuente última en la ley (S. CICCARELLO, *Privilegio del credito...*, cit., p. 59), es igualmente cierto que la legalidad de las garantías reales se halla atemperada por la inserción de un momento de autonomía privada en su creación. Por ello, con razón habla Roca Trías de «control de legalidad» de las garantías (E. ROCA TRÍAS, «Rasgos básicos...», cit., pp. 154-156). También aprecia distintas modalidades de actuación en el principio de legalidad L. Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 397.

⁸⁵ D. BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, 6.^a ed., II, Torino, 1962, p. 139, aprecia en este dato una de las diferencias importantes entre garantías y privilegios.

La limitación del objeto del derecho de preferencia al producto de la ejecución de un bien determinado entraña serios riesgos para el acreedor: la posición de éste resulta, en principio, extraordinariamente vulnerable a las alteraciones que puedan producirse en el bien objeto de la preferencia (destrucción, enajenación, etc.). En las garantías reales, como puede apreciarse, existe un interés evidente del acreedor a que el bien del deudor no se sustraiga al futuro –y potencial– ejercicio de la preferencia⁸⁶. Sin embargo, los riesgos derivados de la limitación del derecho de preferencia se reducen *mediante la concesión al acreedor de un derecho real sobre el bien objeto de la garantía*⁸⁷. Gracias a ese derecho real, el acreedor protege su derecho de preferencia de doble manera: por un lado, el derecho real confiere al acreedor las facultades de intervención necesarias para asegurarse la integridad material del bien objeto de garantía. Pero además, gracias al derecho real puede el acreedor ejercitar la preferencia sobre el producto de la ejecución de la cosa incluso cuando la misma haya sido transmitida a otro sujeto distinto del deudor, evitando así que desaparezca el derecho de preferencia cuando se produce la enajenación del bien objeto de la garantía.

Por lo tanto, la garantía real constituye una institución jurídica compleja, en la que confluyen un derecho de preferencia y un derecho real⁸⁸. El crédito resulta reforzado por el derecho de preferencia, cuya conservación se asegura gracias al derecho real.

El análisis revela que el derecho real que contienen las garantías reales no debe ser confundido con el derecho de preferencia que estas mismas garantías confieren. El derecho real se presenta en relación de

⁸⁶ Vid. G. GORLA, *Pegno-ipoteca*, cit., p. 251.

⁸⁷ La mayoría de la doctrina se centra, de modo casi exclusivo, en la existencia de ese derecho real para definir las garantías reales: «uno o más bienes quedan expresamente afectados al pago de una deuda, para que su valor se destine a la extinción de ésta» (J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, III, 3, cit., p. 5); así, las garantías reales: «conceden al acreedor el poder de dirigirse contra cosas concretas y específicas» «*realizando por los procedimientos legalmente establecidos su valor a fin de satisfacerse con lo obtenido en caso de incumplimiento por el deudor (prenda e hipoteca) o con los frutos o con aquella realización (anticresis)* y son oponibles *erga omnes*, es decir, cualquiera que sea el titular de la cosa después de constituida la garantía, está sujeto a la acción del acreedor» (L. DÍEZ-PICAZO-A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, II, cit., p. 172). Del mismo modo, Albaladejo, siguiendo a Ferrandis (J. FERRANDIS VILELLA, «Introducción...», cit., pp. 37 ss., p. 50, que habla de «concrección del poder de agresión del acreedor») define las garantías reales como «un poder directo e inmediato sobre una cosa ajena, poder que faculta a su titular para, si la obligación se incumple, promover la enajenación y hacerse pago con su precio» (M. ALBALADEJO, *Derecho civil*, III, *Derecho de bienes*. Vol. 2.º, 5.ª ed., Barcelona, 1983, p. 221).

⁸⁸ No es posible negar la «realidad» de las garantías reales, a pesar de la polémica histórica que ha existido en torno a la existencia de un derecho real en la hipoteca. Los datos legales (v. arts. 2 y 104 LH; art. 1876 CC) fundamentan la calificación de la hipoteca como un derecho real. Así, en la definición de Roca Sastre, la hipoteca es un «derecho real de vinculación y realización del valor en función de garantía del cumplimiento de una obligación dineraria de carácter accesorio y indivisible, de constitución registral, que recae directamente sobre bienes inmuebles, ajenos, enajenables y que permanecen en la posesión del propietario» (R. M.ª ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, 5.ª ed., IV,

dependencia respecto del derecho de preferencia⁸⁹, en primer término, y respecto del derecho de crédito, en segundo lugar, toda vez que ese derecho real despliega una pluralidad de efectos cuya función común se

Barcelona, 1954, pp. 6-7; cfr. R. M.^a ROCA SASTRE-L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, 7.^a ed., IV, Barcelona, 1979, pp. 202 ss. En el mismo sentido, N. DITASO, *Natura giuridica dell'ipoteca*, Milano, 1953, pp. 84 ss., esp. p. 141; A. RAVAZZONI, *L'ipoteca*, cit., p. 9; P. DE LISE-L. COSSU, *Delle ipoteche*, cit., p. 435; A. GORDILLO CAÑAS, voz «Hipoteca», en *Enciclopedia Jurídica Básica Civitas*, II, Madrid, 1995, pp. 3313 ss.; v. también R. BALLARÍN HERNÁNDEZ, *La hipoteca (Génesis de su estructura y función)*, Madrid, 1980, pp. 283 ss.). No parece dudoso que la hipoteca constituya un derecho real, una vez superados los excesos de la doctrina procesalista. Véase una excelente revisión sumaria de las teorías sobre la hipoteca en J. B. VALLET DE GOYTISOLO, «Observaciones sobre la naturaleza real de la hipoteca», en *Estudios sobre garantías reales*, 2.^a ed., Madrid, 1984, pp. 11 ss. Resulta pacífica la afirmación según la cual tanto en la prenda como en la hipoteca existe un derecho real (v., p. ej., M. ALBALADEJO, *Derecho civil*, III, vol. 2.^o, cit., p. 224; V. GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios*, XXIII, cit., pp. 570 y 601; J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil...*, cit., II, vol. 2.^o, p. 443), una vez superada una polémica que puede considerarse histórica. Sobre la polémica en torno a la naturaleza real de las garantías, en especial la hipoteca, vid. F. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, Padova, 1928, n. 38, que define las garantías reales como situaciones de carácter procesal. El obstáculo a la teoría de Carnelutti, ha sido, fundamentalmente, la necesidad de que exista un derecho material para que pueda existir un peculiar régimen procesal. También parece heterodoxa la posición de Gorla, que, rechazando la opinión de Carnelutti, señala no obstante que la prenda es la síntesis de dos elementos distintos: el poder de embargo reforzado y el privilegio, evitando calificar la prenda como un derecho real (G. GORLA, *Le garanzie reali dell'obbligazione, Parte generale*, cit., pp. 87 y 92); pero la especial sujeción de la cosa gravada a la acción ejecutiva del acreedor puede solamente explicarse mediante el concepto de realidad (C. VARELLI, «Contributo alla teoria dei diritti reali di garanzia», en *Ann. Dir. Comp. Stud. Legisl.*, XXXIV, 1960, pp. 197 ss., *passim*, que rechaza también la teoría de la enajenación del valor formulada por CHIRONI (G. P. CHIRONI, *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, cit., pp. 49 ss); v. también A. MONTEL, «Introduzione allo studio dei diritti reali di garanzia», en *Riv. Ip.*, 1963-1964, pp. 1 ss., A. VERSO, «L'ipoteca in generale con particolare riferimento a quella legale ex articolo 26 della legge 7 de enero de 1929, n. 4», en *Tributi*, 1979, pp. 79 ss.; P. BOERO, *Le ipoteche*, cit., p. 43; y especialmente C. M. PRATIS, *Della tutela dei diritti*, cit., pp. 10-14, que sostiene que se debería hablar de «derechos reales de garantía» y que de todos modos considera que se trata de una cuestión meramente terminológica. Sobre el carácter real de estas garantías, v. también A. MONTEL, «Sulla natura giuridica del pegno e dell'ipoteca», en *Foro it.*, 1937, IV, c. 225. No obstante, los problemas ocasionados por la configuración de la hipoteca como derecho real se debieron, en gran medida, al intento de explicar el derecho de preferencia de la hipoteca como una consecuencia del derecho real, cuando en realidad se trata de dos derechos distintos. De todos modos, es evidente que los derechos reales de garantía son de una naturaleza diversa de los demás derechos reales: incluso en el Derecho alemán, que está construido sobre el principio de preferencia derivado de las situaciones jurídico reales, se discute que pueda atribuirse la calificación de derechos o pretensiones reales (*dinglichen Ansprüchen*) a las garantías reales, ya que éstas no se resuelven en un derecho que se manifieste duraderamente sobre el bien, sino que se dirige a la satisfacción del crédito mediante la ejecución del objeto (se trata, por tanto, de «*Ansprüche auf Befriedigung aus einem Gegenstand*»: v., por todos, D. MEDICUS, *Bürgerliches Recht*, 17.^a ed., Köln-Berlín-Bonn-München, 1996, p. 311).

⁸⁹ La doctrina italiana ha destacado la supremacía del derecho de preferencia en las garantías reales, cuya importancia es muy superior a la del propio derecho real: vid. L. BARBIERA, *Garanzia del credito e autonomia privata*, Napoli, 1971, p. 2: «La garantía sustancialmente realiza una prelación»; D. RUBINO, *Il pegno*, 2.^a ed., en *Trattato*

encuentra en la protección del crédito y la preferencia⁹⁰. Queda claro, por tanto, que el derecho real no es sino el medio del que se sirve la ley para proteger el otro derecho conferido al acreedor, el derecho de preferencia. La naturaleza instrumental del derecho real contenido en este tipo de garantías tiene destacables consecuencias. Importa destacar que el derecho a satisfacerse con preferencia frente a otros acreedores no es una mera consecuencia de la existencia de un derecho real⁹¹, sino de un derecho de preferencia, cuya eficacia es protegida por el derecho real⁹².

Vassalli, XIV, I, Torino, 1954, p. 282: «una prenda sin preferencia no parece admisible»; *vid.* F. REALMONTE, *Il pegno*, en *Trattato dir. priv. dir.* P. Rescigno, 19, Torino, 1985, pp. 661 ss). [la hipoteca se traduce en el] «derecho de preferencia sobre el precio que cualquier acreedor obtenga en la venta del bien hipotecado» (E. PROTETTI, *L'ipoteca nella giurisprudenza*, Padova, 1971, p. 19). En definitiva, la garantía se resuelve en la «atribución de un poder de disposición preferencial del valor pecuniario de la cosa, siempre que el derecho de crédito, que con ella se ha querido garantizar, no sea satisfecho por el acreedor» (P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, 3.^a ed., Milano, 1977, p. 110).

⁹⁰ El derecho real consiste en el medio más eficaz de tutela de la preferencia derivada de las garantías reales. Existen, sin duda, otros medios que coadyuvan a la tutela del crédito y de la preferencia, como la acción subrogatoria, la acción revocatoria y el embargo preventivo, cuya función es la de dar al acreedor una tutela preventiva de su derecho, asegurándole la posibilidad de actuar en concreto la responsabilidad patrimonial del deudor (N. DISTASO, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, Torino, 1973, p. 4). Sin embargo, la evolución del Derecho demuestra como uno de los pasos más importantes hacia la mayor eficacia de la tutela del derecho de crédito ha consistido en «dotar de eficacia absoluta a los derechos relativos» (J. FERRANDIS VILELLA, «Introducción ...», *cit.*, p. 38), lo que se ha conseguido mediante la construcción de las garantías reales.

⁹¹ Para la mayoría de la doctrina, sin embargo, la preferencia de las garantías reales no es más que un mero reflejo de la existencia de un derecho real. Así, Rigaud subrayó que la característica natural del derecho real era la preferencia frente a todos los sujetos que ostentan un derecho de crédito, y a todos los que tengan un derecho real posterior (el derecho real «excluye a todos los que sólo tienen un derecho de crédito y a todos los que tienen un derecho real de fecha posterior», de manera que «el que tiene un derecho real cualquiera (...) no tiene nada que temer de los acreedores, anteriores o posteriores, del constituyente, ni de las personas a las cuáles aquel hubiese posteriormente consentido enajenaciones o constituciones de derechos reales» (L. RIGAUD, *El derecho real*, Madrid, 1928 (trad. J. R. Xirau), p. 88; *cf.* C. VARELLI, «Contributo alla teoria dei diritti reali di garanzia», *cit.*, p. 208, para quien la preferencia es «el indicio más sobresaliente de la absolutividad» propia de los derechos reales; *vid.* J. B. VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios sobre derecho de cosas y garantías reales*, Barcelona, 1962, p. 147; J. M. GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, II, Madrid, 1993, pp. 552 ss. M.^a R. VALPUESTA FERNÁNDEZ, voz «Privilegio», *cit.*, p. 5126, que afirma que la preferencia de la prenda «proviene del derecho real»; en sentido similar, J. DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, *cit.*, I, p. 174, que concibe el derecho de preferencia como un efecto reflejo de la eficacia absoluta del derecho real. También Lalaguna hace derivar la preferencia hipotecaria de la existencia de un derecho real (E. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, «Los créditos hipotecarios», en *RDN*, 1974, pp. 109 ss., pp. 131-132; *id.*, «El derecho real de hipoteca y su conexión con el crédito garantizado», en U. NIETO CAROL (coord.), *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, II.2, Madrid, 1996, pp. 19 ss., p. 40).

⁹² Como escribe AYNÈS, «L'attribution d'un droit réel est donc devenue purement technique et artificielle» (L. AYNÈS, *Les sûretés*, *cit.*, p. 136). En las garantías reales, el derecho real se concibe como derecho de persecución, cuya misión no es otra que la de proteger el otro derecho conferido por la garantía, esto es, el derecho de preferencia (*cf.* E. ROPPO, *Manuale di diritto civile*, Milano, 1983, p. 178). En efecto, no existe otra relación entre preferencia y derecho real que la meramente instrumental. *Vid.* A. MONTEL, «Appunti en tema di garanzia reale», *cit.*, p. 96; L. COVIELLO, *Delle ipoteche*, Napoli, 1928, p. 9; y sobre todo F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, 8.^a ed., II, 2, Milano, 1950, pp. 75 ss. *Cf.* I. LUZZATI, *Dei privilegi e delle ipoteche*, *cit.*, I, p. 603; en la doctrina

Como se ha señalado, el derecho real y el derecho de preferencia forman un complejo unitario que se añade a la relación crediticia garantizada⁹³. Mediante la instrumentalización del derecho real, se llega al resultado de protección de la preferencia en la que se resuelve la garantía real. En este sentido, el derecho real que acompaña a las garantías reales se encuentra en perfecta simbiosis con el derecho de preferencia, formándose entre uno y otro un conjunto armónico⁹⁴. Así, como regla general, puede afirmarse que las garantías reales se basan en la especificación de un bien en el patrimonio del deudor sobre el que el acreedor adquiere puede satisfacer su crédito de manera preferente⁹⁵. A una relación crediticia ordinaria se añade un conjunto orgánico formado por un derecho de preferencia y un derecho real accesorio, cuya función es la de proteger ese derecho de preferencia⁹⁶.

española ha destacado el valor instrumental del derecho real respecto del derecho de preferencia M. LÓPEZ ALARCÓN, *El derecho de preferencia*, cit., p. 67. También Lacruz distingue entre preferencia y derecho real: vid. J. L. LACRUZ BERDEJO, «Sobre los privilegios del salario y en particular el “superprivilegio” del artículo 32.1 del Estatuto de los Trabajadores», en *Estudios de Derecho privado, común y foral*, II, Zaragoza, 1992, pp. 247 ss., p. 251. Por ello podía afirmar Carnelutti que en el derecho de preferencia es donde la naturaleza real de la hipoteca es más difícil de demostrar (vid. F. CARNELUTTI, «Natura giuridica dell'ipoteca», en *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, I, pp. 3 ss.), puesto que el derecho real y el derecho de preferencia son dos derechos diversos, sin que uno derive del otro. Además, es muy dudoso que el derecho de preferencia sea «el complemento del derecho real» (así, V. GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios*, XXIII, cit., p. 453), sino que parece más bien que el derecho real es el complemento del derecho de preferencia.

⁹³ Si se examina cualquier garantía real se observa cómo en ellas existe un complejo jurídico unitario desde el punto de vista funcional, formado por la acción ejecutiva, el derecho de persecución y el derecho de preferencia, definido este último como el derecho de satisfacerse sobre la cosa con prioridad sobre los demás acreedores: vid. D. RUBINO, *Il pegno*, cit., pp. 182 y 185; F. VASSALLI, *Tutela dei diritti*, U. Bologna, s. d., p. 142; cfr. J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil...*, cit., II, vol. 2.º, p. 465; R. M. Roca Sastre, *Derecho hipotecario*, cit., IV, 1.º, pp. 190 ss.

⁹⁴ De todas maneras, parece posible, en principio, la existencia de una garantía real que no confiera un derecho de preferencia, sino que solamente confiera una sujeción especial del bien a la acción ejecutiva del acreedor y el *ius persequendi*; no obstante, la utilidad de una garantía de este tipo parece demasiado limitada (aunque superior, quizá, a la de un simple derecho de retención). Vid. L. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 758; L. BARBIERA, *Garanzia del credito e autonomia privata*, cit., pp. 141 ss.; ID., *Responsabilità patrimoniale*, en *Commentario del CC dir.* por P. Schlesinger, Milano, 1991, p. 27; E. GABRIELLI, *Il pegno anomalo*, Padova, 1990, pp. 94 ss. La autonomía del derecho de preferencia y del derecho real atribuido al acreedor para la protección de ese derecho se aprecia con meridiana claridad en la existencia de negocios jurídicos de disposición del rango en la hipoteca (v., certeramente, M. LÓPEZ ALARCÓN, *El derecho de preferencia*, cit., p. 36), ya que el acreedor no pierde su derecho real, que sigue intacto, y sin embargo varía su derecho de preferencia al acordar, p. ej., la posesión de su rango hipotecario.

⁹⁵ De acuerdo con esta definición, las garantías son «medios destinados a reforzar la responsabilidad patrimonial, mediante la individualización del objeto» (R. NICOLO', *Della responsabilità patrimoniale*, cit., p. 4). Las garantías reales producen «una destinación preferente de determinados bienes a la ejecución» (cfr. F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, cit., p. 71).

⁹⁶ Por ello, no debe extrañar que no se dé «ningún caso en que exista derecho de persecución sin derecho de preferencia» (J. FERRANDIS VILELLA, «Introducción...», cit., p. 48). Ello no es en absoluto sorprendente si se tiene en cuenta que el derecho de persecución es en realidad, el accesorio del derecho de preferencia, el elemento que coadyuva a la protección de éste. No existe ningún problema para admitir que una relación real sea accesoria respecto de una relación obligatoria (vid. P. BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, *La obligación (Concepto, estructura y fuentes)*, Madrid, 1989, p. 25).

Conviene insistir en la necesidad de deslindar conceptualmente el derecho real contenido en las garantías reales y el derecho personal que representa la preferencia ⁹⁷. Sin duda, el derecho real colora la garantía real y le da un carácter de absolutividad e inmediatez propio de las relaciones jurídico-reales; pero la absolutividad debe entenderse como oponibilidad de la existencia de la garantía a los terceros ⁹⁸, no como oponibilidad de la preferencia, que no pierde su carácter básico de relatividad ⁹⁹. En concreto, es necesario evitar la errónea tendencia a extender el carácter absoluto de los derechos reales al derecho de preferencia. Ciertamente, en los derechos reales existe una tendencia a la absolutividad que se manifiesta en una obligación de respeto por parte de todos los sujetos. Es claro que en toda garantía real existe una obligación *erga omnes* que se refiere al derecho real contenido en ella, pero no al derecho de preferencia que la misma confiere. En consecuencia, todos los sujetos, incluso aquellos que no guardan relación alguna con el deudor, deben respetar la existencia del derecho real contenido en la garantía, pero esto no significa que todos los acreedores concurrentes en la ejecución del bien deban respetar el derecho de preferencia del

⁹⁷ La idea de que la preferencia de las garantías reales procede del derecho real que éstas incorporan no ayuda en absoluto a la comprensión del sistema de tutela del crédito. En efecto, esa visión hace extensiva al derecho de preferencia la absolutividad de los derechos reales, y la consiguiente proclamación del principio de prioridad temporal como criterio básico para la resolución de conflictos entre los acreedores (así, J. M. GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, II, cit., p. 556, sostiene que el sistema de tutela del crédito se apoya en dos principios fundamentales, prioridad temporal y *par condicio*, y que los privilegios constituyen excepciones a uno y otro principio). Sin embargo, y dejando aparte los Ordenamientos que han llevado la absolutividad de los derechos reales hasta sus consecuencias últimas (entre los que destaca el Derecho alemán), esta interpretación del sistema de tutela del crédito no puede explicar la existencia de privilegios que priman sobre las garantías reales, ni la existencia de otros principios de ordenación de los créditos (como el de prioridad temporal inversa), e incluso ha inducido a alguna solución interpretativa extremadamente polémica: la doctrina ha llegado al extremo de «inventar» un derecho de preferencia que no existe en la ley, como es el del crédito anticrético (v., al respecto, A. SANZ FERNÁNDEZ, «El derecho de preferencia en la anticresis», en *RDP*, 1943, pp. 223 ss., p. 229; L. GARCÍA GRANERO, «Acerca de la naturaleza jurídica del derecho de anticresis», en *RCDI*, 1945, pp. 470 ss.). Esta creación «doctrinal» de un derecho de preferencia ha sido justamente criticada por M. LÓPEZ ALARCÓN, *El derecho de preferencia*, cit., pp. 145-146. Por ello, resulta más lógico construir el principio de preferencia como un concepto unitario, dentro del que coexisten varias modalidades, jerarquizadas legalmente con arreglo a varios principios, uno de los cuales viene dado por la prioridad temporal. Sólo la ley atribuye a unos créditos la preferencia sobre otros, con independencia de la existencia o inexistencia de un derecho real.

⁹⁸ Así, la absolutividad del derecho real sirve para oponer la situación jurídica de vinculación del bien a los terceros, protegiendo así al titular de la situación jurídico-real frente a los terceros (*Drittschutz*: v. H. DIMOPOULOS-VOSIKIS, «Zum Problem der dinglicher Pflicht», en *AcP*, 1967, pp. 515 ss., p. 521). Como se ha dicho anteriormente, esa oponibilidad incluye la ejecución del bien objeto de la garantía a pesar de que su poseedor sea un tercero. Sobre la discutida naturaleza jurídica de la situación del tercer poseedor respecto al crédito hipotecario, vid. R. M.^a ROCA SASTRE-L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, cit., IV-1.º, pp. 252-255.

⁹⁹ Vid. A. MONTEL, «Appuntini in tema di garanzia reale», en *Dir. prat. comm.*, 1942, I, p. 87.

acreedor garantizado, ya que este derecho, por su naturaleza personal y relativa, no obligará a los acreedores que disfruten de derechos de preferencia superiores a los del propio acreedor garantizado. Es decir, la absolutividad del derecho real no se extiende al derecho de preferencia, y es por ello perfectamente posible que exista un derecho de preferencia de otro tipo, como un privilegio, que atribuya un derecho de preferencia superior al que confiera una determinada garantía real. No existe, por tanto, un principio apriorístico por el que los créditos protegidos por garantías reales deban recibir un tratamiento de preferencia absoluta frente a todos los demás derechos de crédito ¹⁰⁰. El empleo de la técnica del derecho real como protección del derecho de preferencia no cualifica el principio de relatividad, ya que el Ordenamiento jurídico establece una escala de valoración de los diversos créditos, sin excluir de ella a los créditos provistos de garantías reales ¹⁰¹.

La hipoteca y la prenda reguladas en el sistema del Código Civil obedecen a los principios del Derecho patrimonial de la codificación, que buscó la eliminación de las garantías generales y ocultas. Ambas garantías, por tanto, tienen en común el principio de la especialidad ¹⁰², a tenor del cual es preciso determinar cuál es el bien o bienes sobre cuyo valor ejercita el acreedor su derecho de preferencia. El principio de especialidad no es consecuencia directa de la adopción de la técnica del derecho real para proteger la preferencia, sino a la inversa: como se ha indicado ya, cuando la ley atribuye un derecho de preferencia referido al producto de la ejecución de un objeto determinado se convierte en necesario el recurso al derecho real para asegurar que tal derecho de preferencia no sea vulnerable a las transmisiones patrimoniales realizadas por el deudor. Para ello se utiliza la técnica de protección consistente en la adición de un derecho real –que, por definición, debe siempre tener un objeto determinado– para sujetar el bien al que se refiere la preferencia al poder de agresión del acreedor, que queda

¹⁰⁰ Ciertamente, la supremacía de otros acreedores sobre los acreedores con garantías reales no suele producirse, *pero no por razones jurídicas, sino por razones económicas y prácticas*: si la preferencia se reduce al producto de la ejecución de un solo bien en el patrimonio del deudor, parece lógico que dicho derecho de preferencia sea protegido de una manera más intensa que un derecho de preferencia referido al producto de todos los bienes existentes en el patrimonio del deudor, como un privilegio general.

¹⁰¹ CICCARELLO sostiene que «el crédito [con garantías reales] no se coloca inmediatamente en términos dialécticos de confrontación con otros créditos... La relación está más cualificada por la realidad que por la relatividad»; pero anteriormente el autor subraya: «La relatividad ... es un genérico presupuesto lógico de toda forma particular de garantía, en las que se tutela un crédito con preferencia sobre otros» (S. CICCARELLO, *Privilegio del crédito...*, cit., p. 32).

¹⁰² Sobre el principio de especialidad, como uno de los fundamentos de la regulación de los derechos reales, *vid.* H. J. WIELING, *Sachenrecht*, 2.^a ed., Berlín-Heidelberg, 1994, p. 8; v. también K. H. SCHWAB-H. PRÜTTING, *Sachenrecht*, cit., pp. 9-11; y J. F. BAUR-R. STÜRNER, *Lehrbuch des Sachenrechts*, cit., p. 31, que se refieren a este principio también como «principio de determinación (*Bestimmtheitsgrundsatz*)».

insensibilizado frente a las posibles transmisiones del bien. Por tanto, el derecho de preferencia que confieren estas garantías reales es *especial*, referido a un bien o varios bienes determinados. Como consecuencia del principio de especialidad, se afirma también el denominado principio de indivisibilidad, en virtud del cual la existencia de la garantía no se ve afectada por la división del objeto o la división del crédito; al contrario, la garantía real continua vinculando íntegramente el bien objeto de la misma y beneficiando a la totalidad del crédito (art. 1860 del CC; arts. 122 y 123 de la LH) ¹⁰³.

La atribución de un derecho de preferencia al acreedor que dispone de una garantía real, así como la existencia de un derecho real que puede afectar a terceros adquirentes de los bienes, justifican el establecimiento de requisitos formales específicos para la válida constitución y oponibilidad de las garantías reales. Puede hablarse, por tanto, de un principio de *formalidad* en la regulación de las garantías reales ¹⁰⁴.

Los requisitos formales actúan como complemento del principio de *publicidad*, básico para la caracterización de las garantías reales a partir de la codificación. Se afirma que ese principio informa la regulación de

¹⁰³ El principio aparece resumido en la formulación latina «*hypotheca est tota in toto et in qualibet parte*»; vid. A. RAVAZZONI, *L'ipoteca*, en *Trattato dir. priv.*, dir. P. Rescigno, 20, Torino, 1985, p. 13; J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, III, 3, cit., p. 62; M. ALBALADEJO, *Derecho civil*, III, vol. 2.º, cit., p. 225; cfr. J. A. DORAL, *La fase de seguridad en la hipoteca*, Pamplona, 1967, pp. 367 ss., según el cual, «con el íntegro derecho de garantía, recayendo sobre la cosa entera, se asegura toda la obligación garantizada, hasta su cumplimiento completo»; vid. M. CABRILLAC-C. MOULY, *Droit des sûretés*, cit., p. 393. Sobre la indivisibilidad de la prenda y la hipoteca, vid. G. GORLA, *Pegno-ipoteca*, cit., pp. 344 ss.; V. GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios*, XXIII, cit., p. 463.

¹⁰⁴ Las formalidades son distintas según el tipo de garantía de que se trate, pero todas las garantías reales requieren, como mínimo, su constancia en escritura pública o documento intervenido por fedatario público. Sobre el requisito de la formalidad de las garantías reales, vid. L. BARBIERA, *Garanzia del credito e autonomia privata*, cit., pp. 141-142. Ciertamente, en el Derecho español lo único que se exige que conste en escritura pública, respecto de la prenda, es la fecha de constitución (art. 1865 del CC), pero resultará extraño que lo único que conste en escritura pública sea la fecha y que no exista ninguna referencia al objeto de la prenda o al crédito garantizado (cfr. V. GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios*, XXIII, cit., p. 519). La doctrina añade que el requisito de la escritura pública no es imprescindible para la constitución de la prenda, ya que «el instrumento público sólo hace falta para que la fecha pueda prevalecer frente a terceros» (J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, III, 3, cit., p. 32). No obstante, la polémica sobre si los requisitos de creación de las garantías reales son constitutivos o son simples condiciones de oponibilidad a terceros no tiene sentido respecto del derecho de preferencia, ya que este derecho se ejercita siempre frente a terceros: como escribe gráficamente AYNÈS, «une hypothèque inopposable aux tiers est un fantôme d'hypothèque» (L. AYNÈS, *Les sûretés*, cit., p. 235). Una vez que se ha definido el derecho de preferencia como un derecho que se ejerce contra otros acreedores del deudor, está claro que una prenda sin eficacia frente a terceros tiene una utilidad muy limitada, y desde luego no proporciona a su titular el derecho de preferencia. Sea como fuere, la importancia de la constancia de la fecha de constitución de la garantía real se explica por el empleo que la ley hace del criterio de graduación temporal respecto de estas garantías (a pesar de que el Código Civil español no prevé el conflicto de varias prendas sobre el mismo bien: cfr. arts. 2074 y 1328 del Code Civil francés: vid. L. AYNÈS, *Les sûretés*, cit., p. 173). De hecho, los riesgos de antedatación de las escrituras privadas explican gran parte de los requisitos formales exigidos en la constitución de garantías reales (así, H. SCHOLZ-H. J. LWOWSKI, *Das Recht der Kreditsicherung*, cit., p. 107).

todas las garantías reales, cuyo objetivo es el de advertir a los acreedores, así como a los terceros en general, sobre la existencia de gravámenes y causas de preferencia sobre los bienes del deudor ¹⁰⁵. No obstante, y a pesar del énfasis que los tratadistas del Derecho civil han puesto en el principio de publicidad desde la promulgación de las primeras leyes hipotecarias y la codificación civil, ha de resaltarse que la prenda, como garantía real que pertenece a épocas históricas muy anteriores al liberalismo codificador, presenta una regulación totalmente ajena al principio de publicidad, por grande que haya sido el empeño de la doctrina en integrarla en el nuevo sistema.

La consideración del principio de publicidad conduce directamente a la tipología de las garantías reales, ya que en el diverso modo en el que se concibe la publicidad se encuentra, aparentemente, la explicación de la diferencia entre los tipos de garantías reales del sistema codificado. Así, la ley tipifica dos modalidades principales de garantía real, la hipoteca y la prenda, cuya diferencia básica se encuentra en la existencia e inexistencia, respectivamente, de un sistema de publicidad registral de la garantía ¹⁰⁶. A partir de la codificación y de la aparición de las leyes hipotecarias, la mayoría de los Ordenamientos, incluido el español, han evolucionado hacia una creciente importancia del principio de publicidad registral, que se ha extendido a nuevas garantías sobre bienes muebles.

3.1.2 Las garantías reales y el derecho de retención

Es necesario establecer las diferencias entre las garantías reales y una institución en cierto modo afín, como el derecho de retención. En efecto, el derecho de retención, a pesar de constituir un medio de tutela del crédito, carece de los elementos básicos y caracterizadores de las garantías reales. Ciertamente, existen algunos rasgos comunes a las garantías reales y al derecho de retención, hasta el punto de que es posible afirmar que el derecho de retención constituye, en sentido amplio, una modalidad de garantía del crédito ¹⁰⁷: el derecho de retención pre-

¹⁰⁵ Véase, refiriéndose a los derechos reales en general, K. H. SCHWAB-H. PRÜTTING, *Sachenrecht*, cit., pp. 14-15; J. F. BAUR-R. STÜRNER, *Lehrbuch des Sachenrechts*, cit., pp. 29-30 (*Publizitätsprinzip* o *Offenkundigkeitsprinzip*). El principio se basa en la necesidad de advertir a los terceros la existencia de situaciones jurídicas que afectan a sus derechos (*vid.* M. WOLFF, *Sachenrechte*, cit., p. 11). Sobre la función de la publicidad en las garantías reales, v. el tratamiento clásico de P. MELUCCI, *Il sistema ipotecario*, Torino, 1893, pp. 3 ss.; y las interesantes aportaciones de F. S. GENTILE, *Le ipoteche*, Roma, 1961, p. 269; y P. BOERO, *Le ipoteche*, cit., p. 3.

¹⁰⁶ Así, puede afirmarse que «la diferencia entre hipoteca y prenda es solamente estructural (...) y ello deriva no tanto de la naturaleza del bien, cuanto de la existencia y de la inexistencia de un sistema de publicidad» (P. DE LISE-L. COSSU, *Delle ipoteche*, en *Commentario* c. c. dir. V. DE MARTINO, Roma, 1974, p. 21).

¹⁰⁷ Es imprescindible realizar la precisión de que se trata de una garantía del crédito sólo en un sentido amplio: cfr., en cambio, L. DÍEZ-PICAZO-A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, cit., II, p. 172. En otros Derechos sí es posible definir el derecho de retención como una garantía en sentido estricto, ya que el régimen jurídico del derecho de

senta el carácter de accesoriedad, y, con matizaciones, cumple también con los principios de legalidad, tipicidad y relatividad. Sin embargo, en el derecho de retención falta un rasgo esencial de las garantías reales, la atribución al acreedor de un derecho de preferencia¹⁰⁸.

Ha de señalarse que, siendo el derecho de retención un instrumento accesorio de tutela del crédito, puede coexistir, y de hecho coexiste, con otras técnicas de tutela del crédito. Así, el derecho de retención constituye parte del contenido de la prenda, y también de ciertos privilegios especiales, los llamados privilegios posesorios¹⁰⁹, pero el derecho de retención también existe aisladamente, como simple forma de protección de un crédito cuando, en los casos previstos por la ley¹¹⁰, el acreedor entra en posesión de bienes del deudor.

retención lo aproxima considerablemente a una prenda de origen legal (v., p. ej., J. DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, cit., II, pp. 570-572).

¹⁰⁸ Gran parte de la doctrina española afirma que el derecho de retención no constituye una garantía real (o constituye un «derecho de garantía con eficacia real limitada») porque no se atribuye al acreedor el *ius distrahendi* (así, J. FERRANDIS VILELLA, «Introducción...», cit., p. 56; J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil...*, cit., II, vol. 2.º, pp. 415 ss.; J. I. CANO, *La retención de cosa ajena*, Barcelona, 1990, p. 14, p. 27). Sin embargo, es claro que el acreedor puede solicitar la venta de la cosa, como todo acreedor. De lo que carece es del derecho de satisfacción preferente sobre tal cosa: *vid.* C. LÓPEZ DE HARO, *El derecho de retención*, Madrid, 1921, pp. 154 ss.; v. también N. CATALA-FRANJOU, «De la nature juridique du droit de rétention», en *RTDC*, 1967, pp. 9 ss.

¹⁰⁹ Sobre la concurrencia de privilegio y derecho de retención, v. C. LÓPEZ DE HARO, *El derecho de retención*, cit., p. 154. Como dice López Alarcón, «el derecho de retención puede ser un elemento de un privilegio, pero no un privilegio» (M. LÓPEZ ALARCÓN, *El derecho de preferencia*, cit., p. 142). La unión de privilegio especial y derecho de retención es el rasgo definidor de los llamados privilegios posesorios, que representan un equivalente «legal» de la forma de garantía negocial que es la prenda. V. *infra*, II. 3.4.2.

¹¹⁰ Sobre el requisito de legalidad del derecho de retención, *vid.* G. P. CHIRONI, *Trattato dei privilegi*, cit., p. 436. Los casos de derecho de retención en el Derecho español son los siguientes: artículos 453, 464, 502, 1600, 1730, 1780, 1866 del Código Civil; v. arts. 276 y 704 del C. de C. Suele mencionarse también el artículo 375 del Código de Comercio, aunque, como se verá, no constituye un derecho de retención. Sobre el derecho de retención en el Código de Comercio, es preciso consultar aún la interesante aportación de C. LÓPEZ DE HARO, *El derecho de retención*, cit., p. 217. Algunas de las normas que instituyen derechos de retención en el Código de Comercio introducen un derecho de preferencia, por lo que constituyen verdaderos privilegios. Existen también derechos de retención fuera del ámbito del Derecho privado: v. artículo 75 de la LGT. Se discute si el derecho de retención puede extenderse de manera analógica a todos los casos en los que el acreedor tenga la posesión de los bienes del deudor. La mayoría de la doctrina española niega la posibilidad de extenderlo analógicamente. V., p. ej., L. DIEZ-PICAZO-A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, cit., II, p. 175. En el mismo sentido negativo, la STS 24 de junio de 1941, R. 758 (la existencia de un derecho de retención necesita apoyo legal) y la STS 7 de octubre de 1949, R. 1120 (que excluye la aplicación analógica) según las cuales es necesario que una norma legal recoja expresamente la posibilidad de ejercitar un derecho de retención. Sin embargo, el derecho de retención puede extenderse analógicamente, ya que no constituye una causa de preferencia (*vid.* G. MARTY-P. RAYNAUD-Ph. JESTAZ, *Les sûretés*, cit., p. 28), así que puede verificarse la aplicación analógica cuando se den los mismos presupuestos a los que la ley condiciona normalmente la existencia de tal derecho. De hecho, el derecho de retención se ha extendido a relaciones contractuales atípicas. En cualquier caso, han de darse varios requisitos, entre ellos el de la conexión jurídica o material entre el crédito y la situación posesoria (a favor de la extensión analógica, con las condiciones indicadas, *vid.* P. BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, *El derecho de retención...*, cit., p. 67; *cf.* E. SABATER BAYLE, «Presupuestos estructurales de la facultad de retención posesoria», en

El derecho de retención es definido como «la facultad otorgada por la ley al obligado a la entrega o restitución de una cosa para retardar su cumplimiento, detentando la misma en tanto no se le satisfaga el crédito que tiene contra el acreedor a esa restitución o entrega»¹¹¹. De esta definición ha de destacarse que el llamado derecho de retención no confiere a su titular un derecho de preferencia sobre otros acreedores, por lo que no puede considerarse en absoluto como una manifestación de la tutela preferencial del derecho de crédito¹¹². En efecto, el crédito del retentor, caso de concurrir en una ejecución con otros acreedores, recibirá el tratamiento de crédito ordinario, salvo que se pueda fundar un derecho de preferencia en otra disposición de la ley distinta de la que confiere el derecho de retención. Este solo hecho bastaría para excluir el derecho de retención del análisis de las causas de preferencia y de las manifestaciones, en sentido amplio, del principio de preferencia en la tutela del crédito¹¹³.

La ausencia de un derecho de preferencia separa al derecho de retención de las garantías reales y de otras causas de preferencia, y merma, en gran medida, su valor como garantía¹¹⁴. El derecho de reten-

AA. VV., *Estudios J. L. Lacruz Berdejo*, II, Barcelona, 1992, pp. 1973 ss., p. 1983). Es también discutible que el derecho de retención pueda afectar a bienes que no son propiedad del deudor, sino de un tercero. En este aspecto ejerce una influencia decisiva el elemento de la buena fe en la posesión del acreedor (art. 464 del CC).

¹¹¹ Vid. L. Díez-PICAZO-A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, II, cit., p. 175. Cfr. la definición de BELTRÁN DE HEREDIA: «la facultad concedida a quien se encuentra en la tenencia de una cosa perteneciente a otra persona, para oponerse a su restitución, cuando el propietario la reclame, hasta que no se le satisfaga el crédito que contra él tiene el tenedor por razón de la cosa misma» (P. BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, *El derecho de retención en el Código Civil español*, Salamanca, 1955, p. 9).

¹¹² Véase STS 21 de junio de 1941, R. 758, a tenor de la cual el derecho de retención no confiere un derecho de preferencia para cobrarse, ni un derecho a la realización del valor, como sucedería si fuera un derecho real de garantía. En sentido conforme, afirmando que la retención no confiere un derecho de preferencia, P. BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, *El derecho de retención...*, cit., p. 67.

¹¹³ Sin embargo, puede existir cierta confusión, como la derivada de la utilización de las palabras «retener en prenda» en el Código Civil. El hecho de que el Código Civil se refiera en ocasiones al derecho de «retener en prenda» debe ser considerado como una simple incorrección técnica, y no como la institución de una verdadera causa de preferencia. Vid. L. Díez-PICAZO-A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, cit., II, p. 175, nota 3; M. LÓPEZ ALARCÓN, *El derecho de preferencia*, cit., p. 144; P. BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, *El derecho de retención...*, cit., pp. 65-66. No obstante, conviene recordar que en alguna ocasión la jurisprudencia ha considerado que esa «retención en prenda» atribuye al acreedor un derecho real que lo aproxima a una garantía en sentido estricto (así, STS de 7 de julio de 1987, R. 5185, que, mezclando conceptos de los contratos de mandato, comisión y depósito, atribuyó al «mandatario» un derecho real de eficacia *erga omnes*: véase la crítica a esta sentencia de R. DE ÁNGEL YAGÜEZ, «El derecho de retención del mandatario ¿un derecho de prenda?», en *A. Civ.*, 1988, pp. 521 ss.).

¹¹⁴ Totalmente distinta es la situación en los Derechos anglosajones y germánicos. En efecto, la evolución de los Derechos anglosajones y germánicos ha conducido por derroteros enteramente diferentes al Derecho de retención. No son excepcionales los casos en los que un determinado tipo de derecho de retención va acompañado por la facultad de vender la cosa y de satisfacerse con preferencia sobre ella. En el Derecho inglés así acontece con la mayoría de supuestos de «*liens*». En el Derecho alemán, el llamado derecho de retención del comerciante (*kaufmännisches Zurückbehandlungsrecht*,

ción queda reducido a la posibilidad de mantener el bien en el poder del acreedor. Se trata, por tanto, de un poder meramente negativo y conservativo: si el acreedor opta por instar la ejecución sobre los bienes retenidos, deberá concurrir con los demás acreedores del deudor, sopor-tando además el ejercicio de los derechos de preferencia que primen sobre su crédito.

Sin necesidad de adentrarse en la espinosa discusión sobre el carácter real del derecho de retención, parece claro que éste constituye un poder de carácter similar al de un derecho real, cuya finalidad es la de proteger la situación del acreedor. Gracias al derecho de retención el acreedor presiona al deudor para que éste pague su deuda, pues de otro modo el deudor no podrá recobrar la cosa en posesión del acreedor¹¹⁵. Como se ha señalado, es discutible si el derecho de retención constituye un derecho real, lo que tiene especial trascendencia para determinar la oponibilidad del derecho de retención a otros sujetos distintos del deudor. En este sentido, la posición más generalizada es la que considera

v. §§ 369-372 HGB; *vid.* K. J. HOPT-A. BAUMBACH, *HGB*, 29.ª ed., München, 1995, pp. 911 ss.) atribuye al acreedor la posibilidad de instar la venta del bien y de satisfacerse con preferencia sobre el producto de su venta, incluso en el supuesto de que se haya abierto un procedimiento concursal que afecte al deudor (*vid.* U. HÜBNER, *Handelsrecht*, 3.ª ed., Heidelberg, 1992, pp. 92-93.; A. JÄNSCH-T. ZERRES, *Handelsrecht*, Stuttgart, 1994, p. 158; K. SCHMIDT, *Handelsrecht*, 4.ª ed., Köln-Berlin-Bonn-München, 1994, pp. 664 ss.; C. W. CANARIS, *Handelsrecht*, 22.ª ed., München, 1995, pp. 405 ss.; P. BÜLOW, *Handelsrecht*, 2.ª ed., Heidelberg, 1996, p. 99). Este derecho de retención mercantil se configura en términos muy amplios (no se requiere conexión entre los créditos y los bienes sobre los que se ejerce) y se diferencia sustancialmente del derecho de retención del BGB no sólo por la laxitud de sus requisitos, sino también, y principalmente, porque el derecho de retención del BGB (§ 273 y § 1000: *vid.* H. HEINRICH, sub § 273 BGB, en *PALANDT, BGB*, 55.ª ed., München, 1996, p. 321 ss.; P. BASSENGE, sub § 1000 BGB, *ibid.*, p. 1177) es meramente negativo, de manera similar al de los Códigos Civiles latinos, mientras que sólo el derecho de retención mercantil confiere el derecho a ejecutar los bienes y a satisfacerse con preferencia sobre ellos (se ha dicho, por ello, que en la quiebra, el derecho de retención adquiere eficacia real: *vid.* R. MÜLLER-ERZBACH, *Deutsches Handelsrecht*, Aalen 1969 (reimpr. 2.ª-3.ª ed., Tübingen, 1928), p. 427; véase una interesante exposición en E. KLUNZINGER, *Grundzüge des Handelsrechts*, 8.ª ed., München, 1994, pp. 194 ss.).

¹¹⁵ La duda fundamental es la de si el derecho de retención es un derecho personal, cara al deudor, o bien obliga también a los demás acreedores del deudor. Resulta difícil afirmar que el derecho de retención pueda ser opuesto a todos los sujetos, incluidos los acreedores del deudor, y afirmar después que no se trata de un derecho real (esa es la contradicción en la que incurre la doctrina francesa: v., p. ej., A. WEILL, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, París, 1979, pp. 114 ss.; por su parte M. N. JOBARD-BACHELLIER, *Sûretés*, cit., pp. 32 ss., precisa que se trata de un derecho real de naturaleza peculiar, que no confiere un *droit de suite*, ni un derecho de preferencia). Cfr. en la doctrina española, P. BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, *El derecho de retención...*, cit., p. 42, p. 64 y pp. 85-86. De manera un tanto contradictoria, se dice que el derecho de retención no es real, pero es oponible también a los acreedores del deudor. «De lo contrario quedaría burlada contrayendo una deuda origen de una ejecución contra su patrimonio si no la paga a su vencimiento, o transmitiendo la titularidad de la cosa». Así, pues, no se trataría de un derecho real, pero compartiría con éstos algunos de sus rasgos característicos: *vid.* L. DíEZ-PICAZO-A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, II, cit., p. 176. Cfr. también J. I. CANO, *La retención de cosa ajena*, cit., p. 14. Sin embargo, *vid.* L. DíEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 411, donde Díez-Picazo afirma que el derecho de retención es inoponible a los demás acreedores.

que el derecho de retención es oponible también frente a otros sujetos distintos del deudor, como los acreedores, aunque es discutible que el derecho de retención pueda ser opuesto a la masa concursal, una vez declarada la quiebra o concurso del propietario de la cosa retenida. La cuestión aparece en relación directa con la función desarrollada por el derecho de retención, que constituye una garantía del crédito en la medida en que las posibilidades de recibir el pago aumentan gracias a él. Esta función de garantía es efectiva por la compulsión o coacción psicológica que la retención de la cosa pueda ejercer en el deudor: la función del derecho de retención es negativa, ya que actúa como un medio de presión para obligar al deudor a pagar sus deudas, amenazándole con la pérdida de la disposición del mismo, pero no confiere al acreedor ningún derecho sobre el producto de la ejecución del bien retenido ¹¹⁶. Esta función accesoria y protectora de un crédito pierde todo su sentido cuando el deudor se encuentra en una situación concursal, en cuyo caso el deudor queda desapoderado de la gestión de su patrimonio ¹¹⁷. En tal situación, desaparece el valor coactivo del derecho de retención como arma destinada a obtener el pago del deudor, puesto que éste no tiene ya la posibilidad de pagar sus deudas al margen del procedimiento concursal. Resultaría injusto que la coacción se ejerciera sobre los acreedores concursales, a quienes no corresponde responsabilidad alguna en el nacimiento de la deuda ni en el incumplimiento del deudor, sino que, al contrario, son a su vez víctimas de la insolvencia de éste. Por lo demás, la posible naturaleza real del derecho de retención no decidiría en absoluto la cuestión de la inclusión del derecho de retención dentro de las causas de preferencia, ya que, aunque la oponibilidad de dicha situación jurídico-real a la masa de acreedores se resolvería, *de facto*, en una situación de preferencia, no se deduce de ello que el acreedor con derecho de retención tenga también un *derecho* de preferencia ¹¹⁸. Como se

¹¹⁶ Cfr. G. GORLA, *Le garanzie reali dell'obbligazione, Parte generale*, Milano, 1935, pp. 161 ss.; A. DE MARTINI, «Diritto di ritenzione e fallimento», en *Foro it.*, 1957, I, c. 36 ss.; F. SEMIANA BIGNARDI, *La ritenzione nell'esecuzione singolare e nel fallimento*, Padova, 1960, pp. 54 ss.; G. RAGUSA MAGGIORE, «La posizione del creditore retentore privilegiato nel fallimento del debitore», en *Studi G. Scaduto*, II, Padova, 1970, pp. 461 ss., p. 475; B. INZITARI, *Effetti del fallimento per i creditori*, en *Comm. legge fall.*, Bologna-Roma, 1988, pp. 65 ss. En la doctrina española, cfr. L. DÍEZ-PICAZO-A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, II, cit., p. 176.

¹¹⁷ Vid. G. DE SEMO, *Diritto fallimentare*, 2.^a ed., Padova, 1959, p. 261; A. PRINA, «Ritenzione e fallimento», en *Mon. trib.*, 1972, p. 232, abundando en las opiniones citadas en la nota anterior.

¹¹⁸ Con la oponibilidad del derecho de retención a los órganos de la quiebra se llegaría a un auténtico callejón sin salida, ya que el acreedor con derecho de retención opondría este derecho a la masa de acreedores hasta obtener una satisfacción íntegra de su crédito. Esta parece ser la solución adoptada por la doctrina francesa, según la cual el derecho de retención se asemeja extraordinariamente a una garantía, pues de hecho atribuye una preferencia al acreedor: así, Aynès destaca que el derecho de retención no es técnicamente una garantía, pero su fin esencial es el de escapar al concurso con los acreedores ordinarios (*vid.* L. AYNÈS, *Les sûretés*, cit., p. 136), lo que consiguen en el actual Derecho concursal francés. Ello ha supuesto, paradójicamente, que el derecho de retención se convierta en la más eficaz garantía con relación al procedimiento concur-

ha demostrado anteriormente, la existencia de un derecho real es independiente del derecho de preferencia ¹¹⁹, y, de la misma manera que puede existir un derecho de preferencia sin un derecho real que lo proteja, como en el caso de los privilegios generales, p. ej., también puede existir un derecho real sin la correspondiente atribución de un derecho de preferencia ¹²⁰. Así, con independencia de la determinación del carácter real del derecho de retención, está claro que éste, de por sí, no confiere la preferencia ¹²¹, sobre todo porque en las garantías y privilegios en los que aparece como elemento constitutivo un derecho de retención, la ley específica que existe, además, un derecho de preferencia.

En consecuencia, el derecho de retención es solamente, a semejanza de los derechos reales que componen las garantías reales, un medio de protección de un derecho de crédito, que debe ser añadido a una norma que instituya un derecho de preferencia para dar nacimiento a una verdadera y propia causa legítima de preferencia.

sal, pues confieren al acreedor una posición «inexpugnable» (L. AYNÈS, *ibid.*, p. 142, p. 148; G. MARTY-P. RAYNAUD-Ph. JESTAZ, *Les sûretés*, cit., p. 10). Por ello, aunque el retentor no tenga un derecho de preferencia, se convierte en un «généneur» para los órganos del procedimiento concursal, que terminarán por satisfacer la deuda si la recuperación del objeto retenido es objetivamente beneficiosa para la masa. La paradoja del derecho de retención llega al punto de que al acreedor pignoraticio le conviene más utilizar su derecho de retención que ejecutar la prenda, puesto que ejecutando la prenda tendrá que soportar la preferencia de otros acreedores privilegiados situados en una posición graduatoria superior.

¹¹⁹ Vid. M. LEMBO, «Il diritto di ritenzione nel fallimento e in altri casi», en *Dir. fall.*, 1984, I, pp. 772 ss.; vid. BENNANI, voz «Prelazione», cit., p. 623. Conviene distinguir entre el derecho de preferencia, que corresponde siempre a un derecho de crédito, y la preferencia en la constitución de derechos reales, que desarrolla una función diferente, ya que no confronta la satisfacción de distintos derechos de crédito sobre un patrimonio o un objeto insuficientes, sino que se determina la prioridad de los poderes de naturaleza real sobre un mismo objeto. Ahora bien, la mayoría de los derechos reales no confieren a su titular el derecho de ejecutar el bien que es su objeto. La naturaleza real del derecho de retención tan sólo sería útil para fijar la prioridad de ese derecho de retención respecto de un derecho real sobre el mismo bien constituido con posterioridad, pero en modo alguno para atribuir al acreedor un derecho de preferencia sobre el producto de la ejecución del bien.

¹²⁰ Vid. I. LUZZATI, *Dei privilegi*, cit., pp. 44 y 68. En efecto, la conocida regla de Goode, según la cual, en el concurso se respetan los derechos reales y concurren los derechos de crédito, tan sólo expresa lo que habitualmente sucede: así, el concurso no es un procedimiento para repartir la propiedad de otros sujetos, sino para distribuir el producto de los bienes del deudor entre los acreedores del mismo; pero hay que distinguir claramente qué derechos reales entran en el concurso y cuáles no, pues de otro modo esa regla aparentemente lógica oculta una clarísima opción a favor de los acreedores con garantías reales, ya que el mero hecho de definirlos como tales, o el mero hecho de definir el derecho de un acreedor como real, lo hace quedar immune a los efectos del concurso. No puede ser esa la función de la ley (sobre la enunciación del principio de Goode, vid. R. M. GOODE, *Principles of Corporate Insolvency Law*, London, 1990, pp. 18-20).

¹²¹ Véase, en este sentido, y de manera terminante, G. P. GAETANO, voz «Privilegi (diritto civile e tributario)», en *Noviss. Dig It. XIII*, Torino 1957, p. 963; ID., *I privilegi*, cit., p. 43; G. RAGUSA MAGGIORE, *Il sistema dei privilegi...*, cit., p. 87; C. M. PRATIS, *Della tutela dei diritti*, cit., p. 58

3.2 LOS PRIVILEGIOS

En general, el término privilegio sirve para denominar toda ventaja particular de un sujeto respecto de otros ¹²². En el ámbito de la tutela del crédito, la palabra privilegio posee un significado más preciso ¹²³, que, a pesar de carecer de homogeneidad, designa la atribución a un crédito de una causa de preferencia de origen legal, constituyendo así «una excepción al principio general de igualdad de los acreedores», o más, exactamente, al principio de reparto proporcional ¹²⁴. En virtud del privilegio, un determinado acreedor adquiere el derecho de satisfacer su crédito con preferencia respecto de otros acreedores del mismo deudor.

¹²² Así, puede definirse el privilegio como la «gracia o prerrogativa que concede el superior, exceptuando o liberando a uno de una carga o gravamen, concediéndole una exención de que no gozan otros» (*Diccionario de la Real Academia Española*, II, cit., voz «Privilegio»), si bien esa definición resulta excesivamente amplia. En sentido general, puede calificarse al privilegio como una «exención del individuo respecto del Derecho común ... en razón de la clase social o de la función o de la condición o del estado o de la cualidad de la persona» (P. RESCIGNO, «Immunità e privilegio», en *Riv. dir. civ.*, 1961, pp. 415 ss., p. 416); v. también G. GARCÍA VALDECASAS, *Parte general del derecho civil español*, Madrid, 1983, p. 71; F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, I, Madrid, 1949, p. 104. Esa definición jurídica aún resulta excesivamente amplia respecto del concepto técnico-jurídico empleado en la tutela preferencial del crédito (no obstante, son numerosos los juristas que utilizan la palabra privilegio en sentido amplio, dentro del contexto de la tutela del crédito: vid. M. AMORÓS GUARDIOLA, «La garantía patrimonial...», cit., p. 568).

¹²³ La noción de privilegio se ha encontrado, en todas las épocas, entre las más oscuras y difíciles de precisar desde un punto de vista sistemático, ya sea por la notable variedad de los tipos que reflejan todas las mutaciones históricas de la tutela del crédito, ya sea por la extraordinaria amplitud del término (C. MAIORCA, *Il pegno...*, cit., p. 41). La noción en el campo de la tutela del crédito no tiene más que un parentesco remoto con el concepto de «norma especial» (cfr. A. GULLÓN BALLESTEROS, *La prelación de créditos...*, cit., p. 16). Se pone de manifiesto, por ello, la «falta de homogeneidad del fenómeno (...), las variaciones de uso del concepto» (cfr. S. CICCARELLO, *Privilegio del crédito...*, cit., p. 3) que de todos modos resulta encuadrado en el ámbito de las causas legítimas de preferencia e inserto, en cierto modo, en el sistema de las garantías del crédito.

¹²⁴ Aunque no exista una definición legal, las aportaciones doctrinales a la definición del privilegio no son escasas: vid. L. Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, I, cit., p. 764; ID., «Los créditos privilegiados en el concurso de acreedores», en AA. VV., *La reforma del derecho de quiebra*, Madrid, 1982, pp. 293 ss., p. 299: «privilegio: toda ruptura o excepción del principio de igualdad de trato de los acreedores y de estricta aplicación de la ley del dividendo, que se produce cuando se concede a un acreedor o a un crédito la facultad de cobrar o de obtener satisfacción antes que los demás acreedores». V. también A. GULLÓN BALLESTEROS, «El crédito privilegiado en el Código Civil», en *ADC*, 11, 1958, pp. 435 ss., p. 436; ID., en *Comentario al CC* [Ministerio de Justicia], II, cit., p. 2064: «privilegio: facultad que tienen determinados acreedores para cobrar con preferencia a otros sobre un bien o bienes del deudor común (...) una derogación de la *par conditio* de los mismos en razón a la naturaleza o causa del crédito, o del título donde consta»; J. L. LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos...*, II, 1.º, cit., p. 388: «privilegio es el derecho del acreedor a cobrar su crédito, pasando por delante de los acreedores ordinarios, e incluso, en su caso, de otros acreedores privilegiados, pero menos»; véase, en sentido descriptivo, R. BÁDENES GASSET, *Conceptos fundamentales del Derecho. Las relaciones jurídicas patrimoniales*, 9.ª ed., Barcelona, 1991, p. 106: «Privilegio es la preferencia de que, por disposición de la ley, gozan ciertos créditos para ser cobrados en caso de que por ser el patrimonio del deudor insuficiente para hacer frente a sus obligaciones, se haya iniciado contra el mismo un pro-

Lógicamente, como causas legítimas de preferencia, a los privilegios les son aplicables plenamente los rasgos de accesoriedad, legalidad, tipicidad y relatividad propios del derecho de preferencia¹²⁵. De hecho, en algunos de los privilegios se da el derecho de preferencia en estado puro, sin que exista ningún otro tipo de derecho o facultad añadido al derecho de crédito.

En los privilegios, el derecho de preferencia que acompaña a un determinado crédito surge por decisión de la ley, sin que intervenga en ningún momento la autonomía privada. Generalmente, la disposición legal responde a una valoración axiológica de la relación en la que surge un crédito determinado, pero debe evitarse una visión excesivamente idealizada de los privilegios, ya que en algunos de ellos es difícil, por no decir imposible, percibir cuál es la concepción de justicia en virtud de la cual el legislador ha procedido a la concesión de un derecho de preferencia.

La naturaleza jurídica de los privilegios se resume en la afirmación de que constituyen causas de preferencia de origen legal. No obstante, su estructura es extremadamente variada, por lo que en el interior de la amplia categoría de los privilegios apenas pueden encontrarse otros rasgos comunes fuera de su origen legal y el de tratarse de derechos de preferencia. Por este motivo, es necesario no sólo analizar los rasgos comunes del privilegio, y examinar las distintas variedades y estructuras de esta causa de preferencia, que se presenta con caracteres de gran amplitud, sino también deslindar la figura del privilegio crediticio de otras que pueden guardar con ella cierta semejanza.

3.2.1 Noción y caracteres del privilegio como causa de preferencia

Al emprender el análisis del privilegio como causa de preferencia, ha de comenzarse por destacar que no existe en la legislación española una definición del privilegio¹²⁶. No obstante, el concepto es caracteriza-

cedimiento de ejecución general...». Cfr. la definición de Gaetano, según el cual, «El privilegio del crédito (...) comporta una modificación de aquel derecho sustancial que, normalmente (...) compete a todos los acreedores en igual grado, concediendo a sus titulares una preferencia frente a los demás acreedores que se encuentren con él en concurso en el momento de la distribución del precio producto de la ejecución de la cosa sujeta al privilegio.» (G. P. GAETANO, *I privilegi*, 2.^a ed., en *Trattato Vassalli*, XIV, I, Torino. 1954, pp. 33 ss., p. 44).

¹²⁵ Cfr. R. SOTO VÁZQUEZ, *Aspectos concursales...*, cit., pp. 431-433.

¹²⁶ La mayoría de las legislaciones es ajena a la preocupación por definir el privilegio. Tan sólo en el *Code civil* francés un legislador tan preocupado de enseñar como de regular ofrece una definición que se ha convertido en «clásica», a pesar de las peculiares circunstancias políticas en las que se realizó esta definición, que se reflejan en el texto, que evita cualquier connotación de tipo estamental o incluso subjetiva (art. 2095: «un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires»). En la mayoría de los Derechos europeos no está definido el privilegio, incluso en algunos Ordenamientos en los que el privilegio es una institución fundamental, como sucede en el Derecho italiano. En el *Codice Civile* de 1942 no existe una definición del término, pero la noción del privilegio sigue siendo la del artículo 1952 del *Codice Civile*

ble, a pesar de las ambigüedades y contradicciones terminológicas del uso del término «privilegio» en las fuentes legales. Así, el privilegio es un derecho ¹²⁷ de preferencia que el Ordenamiento jurídico reconoce a un acreedor ¹²⁸, y gracias al cual su crédito es preferido a otros en la dis-

del 1865, claramente influido por el Código Civil francés: «Il privilegio è un diritto di prelazione che la legge accorda in riguardo alla causa del credito» (vid. I. LUZZATI, *Dei privilegi e delle ipoteche*, I, cit., p. 127; G. A. RAFFAELLI, *Istituzioni di diritto fallimentare*, cit., p. 257). V., además, A. CANDIAN, *Nozioni istituzionali di diritto privato*, Milano, 1949, p. 402; G. SCAFIDI-V. SPITALERI, *Privilegi*, cit., p. 1; D. BARBERO, *Sistema...*, cit., p. 138; F. MESSINEO, *Manuale*, cit., p. 63). En el *Codice Civile* de 1942, ha desaparecido toda definición, aunque, *de facto*, se considera que la definición del privilegio viene dada por el artículo 2745 del CC («Il privilegio è accordato dalla legge in considerazione della causa del credito»: vid. V. ANDRIOLI, *Dei privilegi*, en *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1945, p. 23 ss.). No obstante, los documentos de elaboración legislativa ponen de manifiesto que «el art. 2.745 no persigue un intento definitorio, sino que ha tratado solamente de poner en evidencia la fuente y la finalidad del privilegio» (*Relazione al Re*). El Derecho portugués sí define el privilegio (art. 733 del CC) como un «direito conferido a certos credores de serem pagos com preferência sobre os demais, em atenção à natureza dos seus créditos, independentemente de registro» (vid. J. DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, cit., II, p. 565). La definición portuguesa es muy interesante, y coincide sustancialmente con las características atribuidas en el texto al concepto de privilegio. En el Derecho español, el término privilegio carece de definición legal (vid. A. GULLÓN BALLESTEROS, *Comentarios*, cit., p. 682, que considera que una definición legal hubiera sido útil). La única tentativa de definición legal del privilegio correspondió a GARCÍA GOYENA (art. 1923 del proyecto de 1851: «el privilegio es un derecho que concede la Ley a una acreedor para ser pagado con preferencia a otros acreedores»). Dicha definición es plenamente aplicable a lo expuesto en el texto. En la terminología anglosajona, los términos más usados para referirse a los acreedores privilegiados son los de «preferential unsecured creditors» (en Inglaterra y los Ordenamientos influidos por el *Common Law* inglés) y «preferred creditors» o «priorities» (en Estados Unidos): vid. S. J. CANTLIE, «Preferred Priority in Bankruptcy», en J. S. ZIEGEL (dir.), *Current Developments in International and Comparative Corporate Insolvency Law*, Oxford, 1994, pp. 413 ss.; D. G. BAIRD-T. H. JACKSON, *Cases, Problems and Materials on Bankruptcy*, Boston-Toronto, 1985, p. 548; F. ODITAH, «Assets and the Treatment of Claims in Insolvency», cit., p. 467. Las expresiones anglosajonas citadas se refieren exclusivamente al equivalente de los privilegios generales de los Derechos latinos, y no a los privilegios especiales, que son denominados «statutory liens», o «liens by operation of law». La situación es, salvando las distancias, similar a la del Derecho alemán, en el que el término equivalente a privilegio (*Vorrecht*, v. § 61.5 KO) identifica las causas de prelación general, mientras que las causas de prelación especial, aunque sean de origen legal, no son comprendidas entre los privilegios.

¹²⁷ En realidad, el privilegio no da al acreedor un derecho *frente al deudor*, un derecho que no tuviese ya como simple acreedor. Por ello gran parte de la doctrina niega que el privilegio sea un derecho, v., p. ej., F. VASSALLI, *Della tutela dei diritti*, cit., p. 132; J. B. VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios...*, cit., p. 419; S. MERZ-G. ZANCONATI, *I privilegi e le prelazioni*, cit., p. 4; pero el privilegio confiere al acreedor un derecho de preferencia *frente a los demás acreedores* participantes en el concurso (cfr. F. FERRARA sénior, «Concetto e tipi dei diritti reali», en *Scritti giuridici*, II, Milano, 1954, pp. 411 ss., p. 432), derecho que no puede explicarse a través de la conceptualización del privilegio como simple «cualidad» o «facultad». Como se ha visto, la propia definición del codificador francés establece claramente que el privilegio es un *derecho*.

¹²⁸ Resulta inexacto referirse al privilegio como un derecho que se concede «a un crédito», ya que, por definición, no puede concederse un derecho más que a un sujeto, en este caso al acreedor. Se observa en las definiciones que aluden a la concesión del privilegio «a un crédito» el prejuicio objetivista propio de las codificaciones liberales, una de cuyas finalidades principales fue la de la hacer borrar toda huella, real o aparente, de privilegios concedidos en razón de las cualidades personales de ciertos sujetos.

tribución del producto de la ejecución de los bienes del deudor común. La concesión del derecho de preferencia se basa en la especial naturaleza, causa¹²⁹ o calidad¹³⁰ del crédito del sujeto privilegiado. Por tanto, el privilegio desarrolla una función de «garantía» –en sentido genérico– del crédito, ya que las posibilidades de satisfacción del acreedor aumentan gracias a la causa de preferencia¹³¹.

Esta definición del privilegio está en contraste con la que ofrece gran parte de la doctrina española y extranjera, que ve en el privilegio, simplemente, «una cualidad del crédito»¹³². Sin embargo, señalar que el

¹²⁹ La fundamentación del privilegio en la llamada «causa del crédito», entendida ésta como el conjunto de circunstancias de la relación crediticia tutelada, ha sido obra de la doctrina italiana: *vid.* M. LEMBO, «Privilegio, prelazione e prededuzione», cit., p. 140; *vid.* L. BOLAFFIO-E. MASÉ-DARI, *Del fallimento*, I, Torino, 1882, p. 653; G. CANNADA-BARTOLI, *Il sistema ipotecario italiano*, I, Napoli, 1879, p. 95; G. PANDOLFELLI-G. SCARPELLO-M. STELLA RICHTER-G. DALLARI, *Codice civile, libro della tutela dei diritti*, 2.ª ed., Milano, 1943, p. 95; V. L. CUNEO, *Le procedure concorsuali*, cit., p. 1207; *cf.* N. STOLFI, *Diritto civile*, II, parte III, *I diritti reali di garanzia*, Torino, 1932, p. 50.

¹³⁰ El concepto de calidad del crédito (y no «cualidad», como a veces se traduce impropriamente el término «qualité» de la definición legal francesa del privilegio) es equivalente al de causa del crédito, es decir, se trata de las características peculiares de la relación crediticia que justifican la concesión de la preferencia. Este concepto aparece con la formulación legal del *Code civil* francés de 1807 (art. 2095: «un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires»). Sobre la exégesis de la norma, J. POPLAWSKI, *La notion de privilège en droit romain et en droit civil français*, Bordeaux, 1913, pp. 241 ss.; v. además L. Page, *Privilèges*, París 1960, p. 1; A. PERRAUD-CHARMANTIER-A. RIVAL, *Des privilèges en matière de faillite*, París, 1938, p. 5. La definición del Derecho francés influyó claramente en el *Codice civile* italiano de 1865 (G. TUCCI, *I privilegi*, cit., pp. 451 ss), y en la doctrina de numerosos países, y entre ellos España: escribe Florencio GARCÍA GOYENA que «la ley concede el privilegio por la calidad favorable del mismo crédito» (F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, I, Madrid, 1852 [reimpr. Zaragoza, 1974], p. 983).

¹³¹ En este sentido, la ley hace un uso instrumental del mecanismo de la preferencia para alcanzar el resultado de una protección eficaz de aquellos créditos considerados dignos de especial tutela (S. CICCARELLO, *Privilegio del credito...*, cit., p. 21). Hay quien se refiere al privilegio como «forma de garantía» (V. SIMONCELLI, *Istituzioni di diritto privato italiano*, Spoleto, 1914, p. 341), aunque en un sentido genérico (G. P. CHIRONI, *Trattato dei privilegi...*, cit., p. 141) o amplio (C. M. PRATIS, *Della tutela dei diritti*, cit., p. 5); o, para expresarlo con las palabras de Parente: «Los privilegios, como causas legítimas de preferencia (art. 2741.2 del CC), constituyen figuras típicas de tutela intensificada del interés del acreedor a la satisfacción íntegra de la pretensión del acreedor, sustanciándose, en un cierto sentido, aunque de forma lata, en una forma de garantía del crédito» (F. PARENTE, *Nuovo ordine dei privilegi e autonomia privata*, Napoli, 1981, p. 5). Sobre la identidad funcional de privilegios y garantías como medios de aseguramiento del derecho de crédito, *vid.* L. HASEMEYER, *Insolvenzrecht*, cit., p. 318. V. también F. MESSINEO, *Manuale*, cit., p. 64; M. A. BONFANTI-J. A. GARRONE, *Concursos y quiebras*, 3.ª ed., Buenos Aires, 1981, p. 764.

¹³² *Vid.* A. GULLÓN BALLESTEROS, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, dir. M. Albaladejo, XXIV, Madrid, 1984, p. 694; L. DIEZ PICAZO-A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, II, cit., p. 244: «la cualidad que acompaña a un crédito para ser pagado con preferencia a otro»; en el mismo sentido, R. M.ª ROCA SASTRE-L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, cit., IV-1.º, p. 225-226; M.ª R. VALPUESTA FERNÁNDEZ, voz «Privilegio», en *Enciclopedia Jurídica Básica Civitas*, III, Madrid, 1995, pp. 5125 ss., p. 5125; G. P. GAETANO, *I privilegi*, cit., p. 44; R. DE RUGGIERO-F. MAROI, *Istituzioni di diritto privato*, II, *Diritti di obbligazione e contratti. Tutela dei diritti*. Milano-Messina,

privilegio constituye una cualidad del crédito no define en absoluto el concepto. Parece que la finalidad de esta definición consiste en descartar que el privilegio pueda ser calificado como una garantía real, lo que la doctrina rechaza de forma unánime. No obstante, si el privilegio es una cualidad del crédito, aparece una nueva categoría de conceptos jurídicos, la formada por las cualidades de los derechos, que es totalmente desconocida en la dogmática tradicional. De ahí que definir el privilegio como una cualidad del crédito sea simplemente reenviar de una definición a otra, huir de un concepto ciertamente arduo, como es el privilegio, para refugiarse en un concepto por completo inaprehensible, el de cualidad del crédito.

No faltan autores que sostienen que el privilegio consiste en una facultad ¹³³. Sin embargo, difícilmente puede el privilegio ser una facultad. En teoría del Derecho, una facultad es uno de los poderes que conforman un derecho ¹³⁴. Si el privilegio fuese una facultad, formaría parte del contenido del derecho de crédito, y sin embargo está claro que los derechos de crédito no atribuyen a su titular la preferencia más que en los casos expresamente establecidos por la ley. Por tanto, en el supuesto de tratarse de una facultad, sería una facultad añadida por el legislador en determinados casos al contenido normal de un derecho. Pero, además, existen datos normativos que demuestran que el privilegio es más que una facultad, y que debe ser considerado un derecho: la prescripción de la acción para ejercer el

1950, p. 531; P. GERMANI, «Sulla natura giuridica dei privilegi», en *Riv. Dir. Agr.* 1934, I, pp. 539 ss., n. 4, p. 560; F. MESSINEO, *Manuale*, cit., pp. 78 y ss.; G. RUISI-A. PALERMO-C. PALERMO, *I privilegi*, cit., p. 20; M. LEMBO, «Privilegio, prelazione e prededuzione», cit., p. 141. En la doctrina alemana también se afirma que los privilegios concursales constituyen una cualidad (*Eigenschaft*) del crédito (*vid.*, p. ej., H. Hess, en H. HESS-B. KROPSHOFER, *Kommentar zur Konkursordnung*, cit., p. 557). Esa «cualidad» no puede ser otra cosa más que un derecho (v. p. ej., J. L. LÁCRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos...*, II, 1.º, cit., p. 388), pues no se explicaría de otro modo que en virtud de una cualidad, un acreedor tuviera que soportar una ejecución patrimonial realizada por el acreedor privilegiado y que redunde directamente en su perjuicio.

¹³³ Los mismos Díez-Picazo y Gullón (*Sistema de Derecho civil*, II, cit., p. 244) afirman, poco después de señalar que el privilegio es una cualidad del crédito, que se trata de una facultad, lo que parece contradictorio. Por otro lado, Gullón emplea una definición del privilegio excesivamente amplia, equivalente a la de «derogación de la *par condicio creditorum* en favor de un determinado crédito» (*vid.* A. GULLÓN, *La prelación de créditos...*, cit., p. 16; cfr., en sentido similar, L. DIEZ-PICAZO, «Los créditos privilegiados...», cit., p. 299). Esa definición tiene un valor meramente descriptivo del efecto del privilegio, pero puede predicarse igualmente del resto de causas de preferencia. C. C. CASTILLO señala que el privilegio es una cualidad del crédito, para después afirmar que tiene naturaleza de derecho personal (C. C. CASTILLO MARTÍNEZ, «Prelación de créditos», cit., p. 1287).

¹³⁴ Aunque ciertos autores identifiquen los conceptos de derecho subjetivo y facultad (*vid.* M. SEGURA ORTEGA, *Teoría del Derecho*, cit., p. 177), parece evidente que un derecho puede comprender varias facultades, entendidas éstas como poderes que un sujeto está en disposición de ejercer, y que por tanto conforman el contenido del derecho subjetivo (véase, en este sentido, G. LUMIA, *Principios de teoría e ideología del Derecho*, Madrid, 1978 (trad. A. RUIZ MIGUEL), pp. 99-100; A. FERNÁNDEZ-GALIANO-B. DE CASTRO CID, *Lecciones de teoría del Derecho y Derecho natural*, Madrid, 1993, p. 267).

derecho de preferencia sin que prescriba el derecho de crédito, o la posibilidad de renuncia al privilegio, ponen de manifiesto la existencia de un derecho. Ese derecho está marcado, ciertamente, por una dependencia respecto del derecho de crédito, que es consecuencia del principio de accesoriedad y, en definitiva, de la función protectora que el privilegio ha de desarrollar. Pero idéntica reflexión cabría hacer respecto de las garantías reales. En realidad, la definición del privilegio como causa de preferencia determina su caracterización como derecho accesorio. Ya se ha subrayado que el derecho de preferencia no es sino un derecho adicional al crédito, accesorio respecto de éste, que tiene por sujeto pasivo a los acreedores del deudor colocados en una posición inferior en la graduación.

De la definición de privilegio anteriormente formulada pueden extraerse sus caracteres: como toda causa de preferencia, el privilegio tiene los caracteres de legalidad, tipicidad, accesoriedad ¹³⁵ y relatividad ¹³⁶. El rasgo más peculiar del privilegio como causa de preferencia se halla en la función primordial que en él asume el principio de legalidad ¹³⁷. La tutela preferencial que proporciona el privilegio tiene su origen directo e inmediato en la ley, única causa productiva del privilegio, sin que exista espacio alguno para el juego de la autonomía de la voluntad ¹³⁸. Así es como ha de entenderse la idea de la ley como

¹³⁵ Vid. D. BARBERO, *Sistema...*, cit., p. 140. Parte de la doctrina italiana omite la mención del carácter de accesoriedad, que parece evidente, de acuerdo con el artículo 1263 del CC italiano. En cambio, en la doctrina española se ha subrayado el carácter de accesoriedad de los privilegios, claramente justificada en la dicción del artículo 1528 del Código Civil; v. A. GULLÓN BALLESTEROS, «El crédito privilegiado en el Código Civil», cit., p. 438; Id., *Comentarios al Código Civil...* (dir. M. ALBALADEJO), cit., p. 683. GULLÓN añade, a las notas ya descritas, la de «indivisibilidad» y «renunciabilidad». La renunciabilidad de los privilegios no ofrece problemas, aunque no distingue a los privilegios de los derechos subjetivos en general (v. art. 6.2 del CC), mientras que la nota de indivisibilidad no es predicable de todos los privilegios, sino tan sólo de los privilegios especiales. V. *infra*, cap. II, III («El objeto de la preferencia»).

¹³⁶ Cfr. S. CICCARELLO, *Privilegio del credito...*, cit., p. 30. Además de esos rasgos, S. CICCARELLO distingue los elementos estructurales (la causa del crédito y la preferencia) del origen legal, que sería más bien una cualidad del privilegio (*Privilegio del credito...*, cit., nota 28, p. 25). Así, en el privilegio se darían tres datos constantes, la fuente (la ley), el elemento justificativo (la causa del crédito), la función (la preferencia); y dos datos eventuales, de incierta cualificación: la convención de las partes y la publicidad (*ibid.*, p. 24). Sin embargo, esta construcción parece muy influida por ciertas peculiaridades del sistema crediticio italiano, a saber: la existencia de privilegios convencionales, en los que el acuerdo de las partes desempeña una función trascendental; y la existencia de numerosos privilegios inscripcionales, es decir, aquellos que requieren el cumplimiento de medidas de publicidad legal para su validez y eficacia.

¹³⁷ Vid. A. GULLÓN BALLESTEROS, «El crédito privilegiado en el Código Civil», cit., p. 437; F. VICENT CHULIÁ, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, 3.ª ed., II, Barcelona, 1990, p. 893; E. LOZA, *Ley de concursos, Ley 19.551, comentada, concordada y anotada*, B. Aires, 1972, pp. 39 y 46.

¹³⁸ Vid. I. LUZZATI, *Dei privilegi*, cit., p. 131; G. P. CHIRONI, *Trattato dei privilegi...*, cit., p. 364; A. RIVERA, *Del privilegio mobiliare in sede fallimentare*, cit., pp. 8-10; G. P.

fuente del privilegio ¹³⁹. Es preciso que exista una disposición legal expresa para que un privilegio sea reconocido. De aquí la primera característica diferenciadora respecto a las garantías reales, pues éstas tienen su origen inmediato en la voluntad de las partes, y su origen mediato en el reconocimiento que de ellas hace la ley ¹⁴⁰. Los privilegios, en cambio, no tienen más origen que el legal ¹⁴¹. Así pues, la diferencia fundamental entre privilegios y garantías reales, en principio, se encuentra en la diversa función de la ley y de la autonomía privada. Las partes no tienen el poder de atribuir un privilegio a una determinada relación crediticia, ni tampoco el poder de determinar convencionalmente el contenido o las modalidades de un privilegio, ya que el contenido de los privilegios siempre está rígidamente determinado por la ley ¹⁴².

La negación de la función creadora de la autonomía privada, y la supremacía absoluta de la ley, da a los privilegios características de tipicidad y de excepcionalidad reforzadas ¹⁴³, lo que se traduce en ciertos rasgos peculiares. Naturalmente, como se ha señalado, está vetada la creación y modificación convencional de privilegios ¹⁴⁴. Además, queda

GAETANO, *I privilegi*, cit., p. 52; F. VASSALLI, *Della tutela dei diritti*, cit., p. 133; A. DE FILIPPO-M. VIGNALE, *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 74; S. CICCARELLO, *Privilegio del credito...*, cit., p. 5. La relación entre la ley y el privilegio es *genética*, y puede afirmarse que el privilegio es un «reforzamiento que depende de una valoración legislativa» (F. PARENTE, *Nuovo ordine dei privilegi...*, cit., p. 8, nota).

¹³⁹ «Dire che la fonte è la legge non vuol dire niente, se non si precisa l'accezione di fonte (...) [La] legge come fonte di attribuzione del privilegio, non solo ha di mira la funzione di fonte mediata di ogni obbligo e, in genere, di ogni situazione giuridica, che è propria della legge, ma riguarda questa ultima come la causa produttiva del contenuto del privilegio» (V. ANDRIOLI, *Dei privilegi*, cit., p. 55).

¹⁴⁰ Según Fragali, la nota de la legalidad constituye una diversidad de grado entre los privilegios y las garantías reales, y no de naturaleza, puesto que también las garantías tienen el rasgo de la legalidad, aunque ésta sea indirecta. V. M. FRAGALI, voz «Garanzia e diritti di garanzia», cit., p. 457. V. G. PANDOLFELLI-G. SCARPELLO-M. STELLA RICHTER-G. DALLARI, *Codice civile, libro della tutela dei diritti*, cit., p. 94; R. FRANCESCHELLI, *Scritti civilistici e di teoria generale del diritto*, «Privilegio», cit., p. 297: «[la] differenza tra i due gruppi di legittime cause di prelazione, [è che] il pegno e l'ipoteca sono rafforzamenti di carattere privato, mentre nei privilegi tale rafforzamento dipende da una valutazione legislativa di ciò che sia congruo con la natura particolare dell'obbligazione»; v. también G. GORLA, *Le garanzie reali dell'obbligazione. Parte generale*, cit., p. 9.

¹⁴¹ Así se comprende la crítica que suscitó en la doctrina italiana la inclusión de la prenda entre los privilegios en el *Codice civile* de 1865 (art. 1950). La prenda no encaja en la noción de privilegio porque la ley no atribuye directamente la prenda a una relación de crédito, sino que son las partes quienes lo hacen; y además la ley no efectúa consideración alguna sobre cuáles han de ser los rasgos del crédito pignoraticio: «en la prenda la causa del crédito puede variar hasta el infinito» (E. BIANCHI, *Dei privilegi*, cit., p. 492; *vid.* I. LUZZATI, *Dei privilegi e delle ipoteche*, cit., p. 130; A. MONTEL, «Introduzione allo studio dei diritti reali di garanzia», cit., p. 5).

¹⁴² *Vid.* V. ANDRIOLI, *Dei privilegi*, cit., p. 60; C. M. PRATIS, *Della tutela dei diritti*, cit., p. 117; F. PARENTE, *Nuovo ordine dei privilegi...*, cit., p. 307.

¹⁴³ *Vid.* A. DE FILIPPO-M. VIGNALE, *La responsabilità patrimoniale*, cit., pp. 73 ss. La lengua francesa cuenta con una expresión verdaderamente afortunada: «*Pas de privilège sans texte*» (v., p. ej., A. CLOQUET, *La faillite et les concordats*, Bruxelles, 1965, p. 509). De «legalidad y taxatividad» hablan L. DÍEZ PICAZO-A. GULLÓN, *Sistema...*, cit., II, p. 244.

¹⁴⁴ «La constitución de los privilegios queda sustraída a la autonomía de las partes, a las que no les está permitido ni crear nuevos privilegios ni ampliar o modificar los

excluida la extensión analógica de los privilegios ¹⁴⁵, ya que ello sería equivalente a la creación de privilegios por parte del intérprete o del juzgador, escapando a los principios de legalidad y tipicidad, que postulan la existencia de una serie limitada o número determinado de privilegios ¹⁴⁶. No existe razón alguna, en cambio, para excluir la aplicación

previstos por la ley» (F. MESSINEO, *Manuale*, cit., p. 77; E. BIANCHI, *Dei privilegi*, cit., p. 119; V. ANDRIOLI, *Dei privilegi*, cit., p. 60; G. RUISI-A. PALERMO-C. PALERMO, *I privilegi*, cit., p. 6). De todas formas, no puede decirse que la prohibición de creación de nuevos privilegios sea una característica diferenciadora respecto de otras causas de preferencia. La creación negocial de causas de preferencia está siempre vetada; lo que sucede es que el campo de la autonomía privada en el campo de los privilegios es todavía más restringido.

¹⁴⁵ La prohibición de la extensión analógica es un rasgo común a todas las causas de preferencia: v. *supra*, nota 36. Véase además, refiriéndose específicamente a los privilegios, F. POCHINTESTA, *Dei privilegi e delle ipoteche*, I, Torino, 1880, p. 4; E. PACIFICI-MAZZONI, *Trattato dei privilegi*, I, cit., p. 40; G. P. CHIRONI, *Trattato dei privilegi*, cit., I, p. 364; F. MESSINEO, *Manuale*, cit., p. 64; G. TUCCI, *Privilegi*, cit., p. 457: se trata de una «derivación de la naturaleza excepcional de las normas que instituyen los privilegios» (L. Díez-PICAZO-A. GULLÓN, *Sistema de Derecho privado*, II, cit., p. 244). El privilegio, constituyendo un derecho de preferencia de carácter excepcional, no puede existir sin un explícito precepto legal que lo conceda, y no puede extenderse por analogía. El mismo concepto de «privilegio» es refractario a la analogía: si el privilegio se extendiese analógicamente, se perdería el sentido de la institución, ya que una ventaja particular deja de serlo si se generaliza. La prohibición de la interpretación analógica no guarda relación con la *par condicio creditorum*, sino con la misma lógica de la figura jurídica del privilegio: una tutela preferencial generalizada deja de ser preferencial. «El privilegio debe tener por objeto posiciones jurídicas bien individualizadas y diferenciadas en el ámbito de un *numerus clausus*, aunque no sea más que, desde un punto de vista lógico, un favor no sería tal si fuese indiscriminadamente generalizado» (S. CICCARELLO, *Privilegio del credito...*, cit., p. 29). El mismo principio de tipicidad exige que sea la ley la que establezca los privilegios (en este sentido, *vid.* G. P. CHIRONI, *Trattato dei privilegi e delle ipoteche*, cit., I, pp. 362-364; G. P. GAETANO, *I privilegi*, cit., p. 53; V. ANDRIOLI, *Dei Privilegi*, cit., p. 57; A. RAMELLA, «L'ordinamento dei privilegi nella procedura fallimentare», in *Dir. Fall.* 1930, pp. 222 ss., p. 249; V. ANDRIOLI, *Dei Privilegi*, cit., p. 56; G. RUISI-A. PALERMO-C. PALERMO, *I privilegi*, cit., p. 7). La *Corte di Cassazione* italiana ha admitido, en una controvertida sentencia, la posibilidad de utilizar la analogía en materia de privilegios, favoreciendo así los intereses de los trabajadores. Sin embargo, esta orientación jurisprudencial amenaza con privar de sentido el sistema de tutela legal del crédito. Si se admite que los privilegios pueden aplicarse a supuestos diversos de los previstos por la ley, la creación del privilegio se confía, de hecho, a las partes y a los Jueces, con el resultado de que la proliferación de los privilegios, ya de por sí preocupante, acabaría con el crédito ordinario, puesto que siempre es posible encontrar razones para aplicar analógicamente un privilegio a una situación de concesión de crédito. Así, la tipicidad funciona como una válvula de seguridad del sistema de tutela del crédito. Quizás la *Corte di Cassazione* no ha evaluado serenamente las consecuencias de su elección interpretativa, por lo demás carente de una sólida base jurídica. El principio de no extensión analógica de los privilegios está basado en la propia lógica interna del instituto, y por ello se aplica en todos los sistemas jurídicos (v., p. ej., el conocido caso estadounidense de *Nathanson v. NLRB*, 344 U.S. 25, 29 [1952]).

¹⁴⁶ D. BARBERO, *Sistema...*, cit., p. 156. En realidad, la certeza de la existencia de este principio es superior a la del principio de *numerus clausus* de los derechos reales. Definido el derecho de preferencia gracias a la nota de la legalidad, en cualquier momento histórico determinado debe existir una serie limitada de derechos de preferencia. Así, pues, este principio se sigue como un corolario lógico del principio de legalidad. Curiosamente, y al examinar el problema del *numerus clausus* en los derechos reales, Díez Picazo concluye que desde luego el principio de *numerus clausus* tiene aplicación a los derechos reales de

de la interpretación extensiva, que mira sólo a establecer la verdadera voluntad del legislador ¹⁴⁷. De hecho, quizá constituiría una violación de la ley el negarse a dar al privilegio el alcance que de ella pueda inferirse ¹⁴⁸.

3.2.2 Privilegios sustantivos y privilegios procesales

A pesar de la definición que se ha dado al privilegio en el seno de la tutela preferencial del crédito, sería un error identificar, de manera absoluta, el privilegio como una causa de preferencia. Ya se ha señalado que no todas las garantías constituyen causas de preferencia (*v. gr.*, las garantías personales); ahora debe añadirse que tampoco todos los «privilegios» constituyen causas de preferencia ¹⁴⁹.

Así, existen situaciones en las que se concede una ventaja particular a un acreedor en el contexto de un procedimiento ejecutivo, singular o colectivo, pero no se le confiere una preferencia para el pago de la suma obtenida en la ejecución. Son los llamados *privilegios procesales* ¹⁵⁰. El privilegio procesal, o de ejecución, tiene poco que ver con la preferencia o con la prelación. Los privilegios de este tipo confieren una ventaja –a veces muy importante, desde el punto de vista táctico ¹⁵¹– de orden procesal, que se sustancia en una derogación singular de las reglas del procedimiento ejecutivo. Estos privilegios permanecen en el terreno de lo adjetivo, pues no atribuyen a su titular la preferencia sobre el producto de la ejecución singular.

garantía, pero no por constituir derechos reales, sino por representar una excepción al principio de igualdad de los acreedores: *vid. L. DÍEZ PICAZO*, «Autonomía privada y derechos reales», en *RCDI*, 1976, pp. 273 ss., pp. 304-305.

¹⁴⁷ También la interpretación extensiva es común a todas las causas de preferencia: *v. supra*, nota 36.

¹⁴⁸ Así, G. P. CHIRONI, *Trattato dei privilegi*, cit., p. 245.

¹⁴⁹ Esta distinción cuenta con tradición en la doctrina extranjera: «Es preciso distinguir entre el privilegio que concede la preferencia a algunos créditos frente a otros para su satisfacción sobre los bienes del deudor (*privilegio sostanziale o civile*) y el privilegio que se refiere a un procedimiento especial que beneficia a determinados créditos para su más fácil y más segura realización (*privilegio formale o fiscale*)» (G. A. RAFFAELLI, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Milano, 1932, p. 265). En efecto, existen situaciones de discriminación entre acreedores que no pueden ser consideradas privilegios en sentido estricto (*vid. V. BENNANI*, voz «Prelazione», cit., p. 622).

¹⁵⁰ *Vid. B. INZITARI*, *Effetti del fallimento per i creditori*, cit., pp. 32-33. La doctrina usa también el término «prerrogativas» (con el inconveniente de tratarse de una denominación demasiado amplia), o la denominación más descriptiva de «privilegios de ejecución o de recaudación» (*privilegi di esazione o di riscossione*) (G. P. GAETANO, voz «Privilegi [diritti civile e tributario]», cit., p. 971). La doctrina italiana utiliza también el término «privilegio fiscal», sin duda porque el Fisco es el acreedor más favorecido por esta clase de privilegios. *Vid. U. NAVARRINI*, *Trattato di diritto fallimentare*, I, Bologna, 1934, p. 233. A. RIVERA (*Del privilegio mobiliare in sede fallimentare*, Torino, 1931, p. 37) critica justamente el uso del término «privilegio fiscal» por su equivocidad, y considera preferible el uso de los términos «privilegio sustancial» y «privilegio formal».

¹⁵¹ *Vid. U. APICE*, *Tutela dei creditori e terzi nelle procedure concorsuali*, Padova, 1989, p. 230; N. DAL CERO, en *Il codice del fallimento*, dir. P. Pajardi, Milano, 1991, sub. art. 51 l. f., p. 177.

Desde el punto de vista lógico, los privilegios procesales pueden ser numerosos y muy diversos, desde la existencia de reglas especiales para el ejercicio de las acciones de reintegración contra ciertos créditos¹⁵², hasta la existencia de un régimen especial para la prueba y reconocimiento de los créditos tributarios y de la Seguridad Social¹⁵³. En relación con la tutela preferencial del crédito, los privilegios procesales más importantes son los llamados privilegios de ejecución, que representan derogaciones singulares de la regla general de suspensión de las acciones ejecutivas singulares en pendencia de un procedimiento concursal.

Los privilegios de ejecución conocen dos modalidades: una, limitada a determinados objetos de la masa, y de carácter intenso, denominada separación *ex iure crediti*, y otra, más moderna, de carácter más débil, aunque sin restricción en cuanto su objeto, que puede calificarse como «privilegio de ejecución separada».

La separación *ex iure crediti*¹⁵⁴ constituye un privilegio procesal que permite a un determinado acreedor ejecutar separadamente el bien sobre

¹⁵² Véase, en el Derecho español, el artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario de 25 de marzo de 1981. Este privilegio procesal puede aproximarse a un privilegio sustancial, ya que la limitación o exención de la revocatoria puede también traducirse en el reconocimiento de una posición de preferencia inmerecida, pero el privilegio procesal, de por sí, no atribuye la preferencia, tal y como se ha definido ésta. Este privilegio es particularmente conocido en el ámbito del Derecho bancario italiano (vid. R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 1986, p. 146; C. MARTINO, «La realizzazione coattiva del pegno bancario nelle procedure concorsuali», en AA. VV. *Le garanzie reali e personali nei contratti bancari*, Milano, 1976, pp. 157 ss., p. 173, con amplias referencias. En Italia este privilegio procesal se extiende también al sector público (v., p. ej., la Ley 30 de diciembre de 1987, n. 535, de exención de la acción revocatoria a favor del INPS (Instituto de la Seguridad Social): vid. C. PICCININI, «La par condicio nelle prospettive di riforma», en *Dir. fall.*, 1989, I, pp. 823 ss., p. 836), produciéndose un fenómeno de «fuerte limitación de la *par condicio*» (R. COSTI, «Attività creditizia e procedure concorsuali. Un profilo del processo di socializzazione del rischio di impresa», en *Pol. del Dir.*, 1975, pp. 517 ss., p. 525) y que probablemente sería conveniente eliminar, como en general deberían ser eliminados los privilegios procesales (R. COSTI, voz «Credito agrario (problemi e prospettive)», en AA. VV. *Dizionario di diritto agrario*, dir. Carrozza, Milano, 1983, pp. 303 ss., pp. 328-329).

¹⁵³ Como se ve, los privilegios procesales pueden ser de numerosas clases (en teoría, puede haber tantos privilegios procesales como excepciones a las reglas del proceso). Los acreedores públicos, junto a los acreedores con garantías reales, son los más beneficiados por la existencia de estas reglas especiales. Mientras que los acreedores públicos pueden escudarse en nociones de interés general y supremacía del Derecho público sobre el Derecho privado, no es tan sencillo justificar la auténtica panoplia de privilegios procesales que asiste al crédito hipotecario (v., p. ej., v. art. 131 de la LH; art. 127 de la LH; art. 166 de la LEC; para una descripción general del régimen procesal del crédito hipotecario, vid. U. NIETO CAROL, «La ejecución hipotecaria. El procedimiento judicial sumario y la ejecución extrajudicial», en U. NIETO CAROL [coord.], *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, II.2, Madrid, 1996, pp. 567 ss.). No es de extrañar, por tanto, que algunos de estos privilegios hayan sido criticados con dureza: vid. J. MONTERO AROCA, «Las ejecuciones hipotecarias y la tutela judicial privilegiada», en *RCDI*, 1996, pp. 253 ss., que examina críticamente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que ha aprobado la existencia de los privilegios procesales (o «diferencias de trato») de los créditos hipotecarios (v. STC 41/1981, de 18 de diciembre).

¹⁵⁴ La expresión «*separatio ex iure crediti*» ha sido utilizada tradicionalmente para designar la acción ejecutiva de ciertos acreedores, sobre los bienes objeto de su preferen-

el que recae un derecho de preferencia¹⁵⁵. Por lo tanto, la *separatio ex iure crediti* está ligada a la existencia de una causa de preferencia especial¹⁵⁶ sobre

cia y al margen del concurso. Debe ser distinguida, por tanto, de la «*separatio ex iure domini*», que sirve para englobar todos los supuestos de acciones reivindicatorias, propias e impropias, que tienen como función el separar del concurso los bienes que los acreedores concursales no pueden ejecutar, por no formar parte de la masa activa. La *separatio ex iure domini* constituye la verdadera separación, mientras que la *separatio ex iure crediti* es una separación sólo en sentido impropio, puesto que el bien afectado está sujeto al poder de agresión de los acreedores concursales (vid. J. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *La separación de bienes en la quiebra*, México, 1951, pp. 253 ss.). En el Derecho alemán, aparentemente, la *separatio ex iure crediti* se corresponde con la *Absonderung* (§ 4 KO; §§ 47-52 KO) y la *separatio ex iure domini* con la *Aussonderung* (§§ 43-46 KO). Sin embargo, la estructura y función de estas acciones es relativamente diversa en comparación con sus presuntas equivalentes en los Derechos latinos. Como se verá a continuación, la *Absonderung* constituye más un régimen general de la acción ejecutiva de los acreedores con causas de preferencia especial que un privilegio procesal, como sucede en el Derecho español. En cuanto a la *Aussonderung*, ésta se define, en términos muy amplios, como «la defensa de un derecho ajeno a la masa» (*die Verteidigung eines massefremden Rechts*: vid. J. KILGER-K. SCHMIDT, *Konkursordnung*, pp. 253 ss., y especialmente H. HESS, en H. HESS-B. KROPSHOFER, *Kommentar zur Konkursordnung*, cit., pp. 451 ss.). En el Derecho alemán, todo derecho real de un tercero contra la masa se ventila por medio de la *Aussonderung* o de la *Absonderung* (L. HÄSEMAYER, *Insolvenzrecht*, cit., pp. 219 ss.; H. HEILMAN-S. SMID, *Grundzüge des Insolvenzrechts*, 2.^a ed., München, 1994, pp. 279-280, con apuntes críticos; cfr. J. BAUMANN, *Konkurs und Vergleich*, 2.^a ed., Bielefeld, 1981, p. 100). F. BAUR-R. STÜRNER, *Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht*, II, cit., pp. 181 ss., consideran que la *Aussonderung* es un procedimiento de depuración de la masa activa, mientras que la *Absonderung* (*ibid.*, pp. 195 ss.) consiste en extraer un objeto que sí está dentro de la masa, para satisfacer un crédito con el producto de la ejecución. Sin embargo, la línea de separación entre *Absonderung* y *Aussonderung* está muy poco definida, debido a la utilización de la propiedad como garantía en la práctica alemana, por lo que existen garantías reales basadas en el uso de la propiedad que dan derecho a una *Aussonderung* (así, reserva de dominio simple), pero en otros casos sólo dan derecho a una *Absonderung* (p. ej., reserva de dominio sobre bienes transformados o elaborados): para una introducción a estos complicados y polémicos problemas del Derecho alemán, vid. U. DROBNIG, «Sicherungsrechte im deutschen Konkursverfahren», en 44 *RabelsZ*, pp. 784 ss. (1980), pp. 801-802. Véase, un tratamiento muy profundo y actualizado en R. SERICK, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung*, VI, Heidelberg, 1986, pp. 423 ss.

¹⁵⁵ En efecto, la *separatio ex iure crediti* no es sino un privilegio procesal (vid. E. BELTRÁN, «Hipoteca, ejecución separada y reintegración de la masa», en *Estudios A. Menéndez*, III, Madrid, 1996, pp. 3479 ss., p. 3483). Sobre la separación *ex iure crediti*, v. también R. SOTO VÁZQUEZ, *Aspectos concursales...*, cit., p. 73 ss. Aunque es cierto que la doctrina no ha dedicado mucha atención a otros privilegios procesales del crédito hipotecario (así lo afirma L. J. CORTÉS DOMÍNGUEZ, «La posición del acreedor hipotecario en la quiebra», en *Estudios A. Menéndez*, III, Madrid, 1996, pp. 3513 ss., p. 3528), el privilegio procesal más importante de los acreedores hipotecarios consiste en la ejecución separada del bien objeto de la garantía, cuya extensión es muy discutida en la doctrina española. No obstante, la separación *ex iure crediti* favorece también a otros créditos, como los créditos pignoraticios en la quiebra: vid. E. BELTRÁN, «El derecho de separación en la quiebra», en U. NIETO CAROL-J. I. BONET SÁNCHEZ (coords.), *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, I, Madrid, 1996, pp. 253 ss., pp. 268 ss. Además, R. SOTO VÁZQUEZ (*Aspectos concursales...*, cit., pp. 93 ss.) señala acertadamente que existe otro derecho de separación *ex iure crediti*: el de los trabajadores sobre los bienes por ellos elaborados (art. 32.2 del ET): v. SSTS (Sala especial de conflictos), 28 de enero de 1983 (R. 2728, R. 2729), comentadas por L. GIL SUÁREZ, «Los créditos laborales y los procesos concursales», en *CRET*, 1983, pp. 127 ss.

¹⁵⁶ El concepto de causa de preferencia especial es delimitado más adelante (v. *infra*, II. 3. 4.). Baste con afirmar, por ahora, que las causas de preferencia especial se identifican con las garantías reales y los privilegios.

un bien del deudor concursado o quebrado¹⁵⁷. Sin embargo, la posibilidad de ejecutar separadamente ese bien sobre el que recae la preferencia del deudor no es una consecuencia necesaria de la existencia de un derecho de preferencia especial, como una garantía real¹⁵⁸. De hecho, el Derecho español conoce supuestos de preferencia especial en los que no existe esa posibilidad de ejecución separada¹⁵⁹. Por ello, ha de concluirse que la separación *ex iure crediti* no es sino un privilegio procesal, que favorece a determinados créditos a los que el legislador ha estimado pertinente favorecer¹⁶⁰. Ciertamente, los créditos a los que corresponde

¹⁵⁷ Así, en la definición que la doctrina alemana hace del *Absonderungsrecht* (correlato aproximado de la *separatio ex iure crediti*), se resalta la existencia del poder del acreedor de ejecutar separadamente un bien determinado, sobre el que disfruta de un derecho de preferencia especial (cfr. O. JAUERNIG, *Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht*, cit., p. 309; F. BAUR-R. STÜRNER, *Insolvenzrecht*, cit., pp. 191 ss.).

¹⁵⁸ Aquí se encuentra una importante diferencia entre el régimen concursal, y, en definitiva, del régimen de responsabilidad patrimonial, entre los Derechos germánicos y los Derechos latinos. En efecto, mientras que en los Derechos latinos la posibilidad de ejercer la acción ejecutiva al margen del proceso se concibe como un privilegio y no tiene un alcance general (pero cfr. E. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, «El derecho real de hipoteca...», cit. pp. 32 ss., que analiza la «autonomía» de los créditos hipotecarios respecto de los procedimientos concursales»), en el Derecho alemán es cuanto menos discutible que pueda hablarse de «privilegio procesal», ya que la *Absonderung* favorece a todos los sujetos que disponen de derechos reales de garantía sobre bienes del deudor, con lo que aparece como una consecuencia de la eficacia real de esos derechos. En realidad, parece que la *Absonderung* no es más que el cauce procesal para el ejercicio de la preferencia especial en el Derecho alemán (de hecho, el § 3.1 KO dice claramente que la masa sirve para satisfacer a los acreedores personales). Así pues, no es la ejecución separada un privilegio, sino una norma, y puede que hasta un principio. La satisfacción de todos los acreedores con garantías reales y causas de preferencia especial se produce al margen del concurso, puesto que, a pesar de que la ley concursal indique que sólo los acreedores señalados por esa ley pueden ejercerlo (§ 4.1 KO), la misma ley configura los supuestos de separación en términos muy amplios (§§ 47-52 KO), que engloban *todos los supuestos de preferencia especial*, incluidos los derechos de retención mercantiles (v. § 4 KO §§ 47, 48, 49 KO: *vid.* J. KILGER-K. SCHMIDT, *Konkursordnung*, cit., pp. 281 ss.).

¹⁵⁹ V. art. 1268 LEC, que establece la obligación de aportar el objeto de la prenda al concurso de acreedores. Ese era también el régimen de la prenda en el Código de Comercio de 1829 (art. 1118).

¹⁶⁰ En definitiva, la mera existencia de un derecho real no confiere un derecho de ejecución separada en el Ordenamiento español, sino que es preciso que la ley atribuya ese derecho expresamente a un acreedor o tipo de crédito (*vid.* E. BELTRÁN, «Hipoteca, ejecución separada...», cit., p. 3486, y nota 19; *Id.*, «El derecho de separación...», cit., pp. 267-268). Más restrictivos aún, respecto de los privilegios de ejecución, son el Derecho francés (v. arts. 47 ss. de la Ley de 25 de enero de 1985), y el Derecho portugués (art. 154 del d.-l. 132/1993, de 23 de abril), que no prevén excepciones al principio de suspensión de las acciones ejecutivas singulares en el concurso. Asimismo, en el Derecho italiano, las causas de preferencia especial sobre muebles no tienen reconocido un verdadero derecho de separación, sino que, a tenor, del artículo 53 l. f., los acreedores provistos de prenda o privilegios especiales posesorios (arts. 2756 y 2761 del CC) deben solicitar y obtener la autorización del *giudice delegato* para proceder a la venta del bien objeto de la preferencia (art. 53.2 l. f.). No obstante, el Derecho italiano ha desarrollado toda una serie de privilegios de ejecución separada, al amparo de una legislación particularista en materia de causas especiales de prelación. Respecto de los institutos de crédito inmobiliario (credito fondiario), v. Corte cost., 3 de agosto de 1976, n. 211, en *Foro it.*, 1976, I, c. 2059: la justificación tradicional se basaba en el conocido principio de correlación entre la masa de operaciones activas y la de operaciones

este privilegio procesal gozan a la vez de un verdadero derecho de preferencia, pero se trata de dos «privilegios» independientes: sería perfectamente posible que, de la misma manera que existen causas de preferencia especiales sin separación *ex iure crediti*, existieran créditos que gozasen del privilegio de la separación *ex iure crediti* sin que les fuera atribuida una causa de preferencia. Tales créditos no existen por una razón de lógica elemental: en nada beneficia al acreedor ejecutar separadamente determinados bienes del deudor si no se le atribuye un derecho de preferencia sobre el resultado de la ejecución, ya que en tal caso el privilegio procesal no produciría ningún resultado beneficioso a su titular. En definitiva, el privilegio procesal adquiere todo su sentido cuando protege un privilegio sustantivo; pero ello no quiere decir, en absoluto, que ese privilegio procesal derive de alguna característica de la preferencia especial ¹⁶¹.

pasivas de crédito inmobiliario (vid. G. OPPO, «Il privilegio del credito fondiario, oggi», en *Riv. dir. civ.*, 1983, II, pp. 397 ss., esp. p. 404; G. TARZIA, «Espropriazione per credito fondiario e procedimenti concorsuali», en *Banca, borsa, tit. cred.*, 1957, II, p. 252), y la naturaleza de la particular actividad crediticia ejercitada por estos institutos (véase, críticamente, B. INZITARI, *Effetti del fallimento per i creditori*, cit., p. 40); esta explicación parece la única posible, una vez que ha quedado abolido el peculiar régimen que establecía una correlación entre operaciones activas y pasivas de los institutos de crédito inmobiliario (vid. S. SATTA, «Rapporti tra la legge sul credito fondiario e la legge fallimentare», en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, pp. 173 ss.; F. CORSI-S. PACCHI PESUCCI, «Gli effetti del fallimento per i creditori», en *Giur. comm.*, 1976, I, pp. 715 ss., p. 734). Se trata de la justificación que se da también a los privilegios de los institutos de crédito agrario en el Derecho italiano (vid. G. COSTANTINO, «Il processo de esecuzione nel credito agrario: i privilegi speciali», en *Riv. dir. agr.*, 1981, p. 598). Vid. A. SALETTI, «Espropriazione immobiliare per credito fondiario e procedure concorsuali», en *Riv. dir. proc.*, 1991, pp. 799 ss., con amplia bibliografía y jurisprudencia sobre la crítica al privilegio.

¹⁶¹ Como se ha señalado, ha de evitarse la tendencia a hacer derivar un régimen procesal especial por el hecho de la presencia de un derecho real de garantía sobre un bien del deudor. Ciertamente, esta puede ser la posición del Derecho alemán, donde la hipertrofia de los derechos reales de garantía, y el exquisito respeto a la ejecución de los créditos garantizados en el concurso, ha provocado la negación del concurso, el «*Konkurs des Konkurses*» (así lo admite Gottwald, que relaciona el fenómeno de la quiebra con el del respeto absoluto de las prerrogativas concedidas a las garantías reales y a la hipertrofia de éstas: vid. P. GOTTWALD, «Die Rechtsstellung dinglich gesicherter Gläubiger», en D. LEOPOLD (dir.), *Insolvenz im Umbruch*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1991, pp. 197 ss.). En efecto, la posibilidad de ejecutar los bienes objeto de la garantía real sin restricción alguna abre una gran brecha entre el Derechos alemán y los Derechos latinos. Esta diferencia obedece, quizá, a causas profundas: en los Derechos germánicos se percibe una tendencia clara a construir una responsabilidad de cosas (*Sachhaftung*) en lugar de una verdadera responsabilidad patrimonial (*Vermögenshaftung*). Por ello, el poder del acreedor tiende a concretarse sobre un determinado bien del deudor. En última instancia esta tendencia elimina la posibilidad del concurso, ya que la existencia de derechos reales sobre la mayoría de los bienes del deudor, y su atribución a los acreedores de acuerdo con el principio de prioridad temporal, aniquila el principio de concursabilidad, la esencia misma de la quiebra (cfr. L. BARBIERA, «Responsabilità patrimoniale», en *Commentario del CC. dir.* P. SCHLESINGER, Milano, 1991, pp. 7-8). Por el contrario, en los Derechos latinos las causas de preferencia especial, entre las que se encuentran las garantías reales, suelen utilizar el derecho real como expediente técnico para la conservación del derecho de preferencia atribuido al acreedor. Una vez que se abre el concurso, el derecho real pierde su función, puesto que los órganos concursales pasan a controlar el patrimonio del quebrado y proceden a la satisfacción de los acreedores según sus relati-

Una modalidad más reciente de los privilegios de ejecución se manifiesta en el denominado «privilegio de ejecución separada», consistente en la facultad, atribuida a un determinado acreedor, de ignorar la regla de la suspensión de acciones ejecutivas singulares que produce el procedimiento concursal y continuar el procedimiento iniciado sobre *el patrimonio* del deudor. Respecto de la separación *ex iure crediti* existen dos significativas diferencias: en primer lugar, aquí se habla de continuar una ejecución ya iniciada, no de instar la ejecución de los bienes una vez abierto el procedimiento concursal. En segundo lugar, no se trata de separar un bien de la masa para satisfacerse con él; al contrario, la ejecución singular puede afectar a todos los bienes que conforman el patrimonio ejecutable del deudor, si ello es necesario para el pago del crédito del sujeto beneficiado por el privilegio.

Conviene añadir inmediatamente que aunque estas normas establecen privilegios *lato sensu*, es decir, tratamientos excepcionales y diferenciados, no constituyen, sin embargo, causas de preferencia *in se*, puesto que no otorgan al acreedor preferencia alguna sobre el producto de la ejecución singular, que debe ser repartido de acuerdo con la graduación ¹⁶². Así, el privilegio opera estrictamente en el

vos derechos de preferencia. Si el Derecho reconoce la posibilidad de ejecutar separadamente un bien, lo hace como regla excepcional, como *privilegio*, ya que el establecimiento de ese régimen como regla implica minar el procedimiento concursal que la propia ley ha establecido para proceder a una liquidación ordenada de las responsabilidades del deudor. No ha de sorprender, por tanto, que se califique de extremado el sistema alemán de tutela del crédito, pues su vuelco hacia los derechos reales, lo que podría llamarse la «realización» de su Derecho de obligaciones, convierte en principal lo que es accesorio, esto es, los derechos reales de garantía no son apéndices de los derechos de crédito, sino que sucede al revés: los derechos de crédito ven su régimen desplazado por el de los derechos reales. Los acreedores buscan conseguir un derecho real sobre los bienes del deudor: ello les proporciona la preferencia, deshace el concurso, y vacía el patrimonio del deudor. Las características del sistema alemán justifican las aseveraciones de Rodríguez, que destacó las grandes diferencias entre el sistema alemán de separación de bienes de la quiebra y lo que él denominó sistema «español», en el que los acreedores deben acudir al concurso para su graduación y pago (*vid.* J. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *La separación...*, cit., pp. 257-258). Rodríguez llegó a afirmar, incluso, que el derecho de cobro por separado de los acreedores pignoraticios constituía «un privilegio injustificado» (*ibid.*, p. 260). No es extraño que existan autorizadas voces a favor de una reforma restrictiva de las garantías reales y de las ejecuciones separadas en Derecho alemán: *vid.* L. HÄSEMAYER, *Insolvenzrecht*, cit., p. 35. De hecho, la regulación de la nueva *Insolvenzordnung*, de 5 de octubre de 1994, aun reconociendo ampliamente la *Aussonderung* y la *Absonderung* (§§ 47-52 InsO) ha limitado considerablemente las facultades de los acreedores beneficiados por la *Absonderung*, subordinándolas, en parte, al poder del administrador concursal (v. §§ 165-173 InsO).

¹⁶² Se trata de una clase de acreedores inalterados por la quiebra, no de una categoría que disfruta de particular tratamiento *dentro de la quiebra* (G. RAGUSA MAGGIORE, «Profili generali dei crediti privilegiati...», cit., p. 6). Por tanto, se trata de un privilegio en sentido amplio, «un particular *privilegium* legislativo» (*ibid.*, p. 3), ya que las acciones ejecutivas no dan lugar a un verdadero y propio privilegio, entendido éste como causa de preferencia (G. RAGUSA MAGGIORE, «I crediti privilegiati nel fallimento», en *Dir. fall.*, 1969, I, p. 390). Así, concluye con acierto Tucci que la distinción verdadera, a efectos de la tutela preferencial del crédito, no debe establecerse entre normas de derecho procesal y normas de derecho sustantivo, sino que reside en el hecho de que el privilegio confiera una causa de preferencia o no (G. TUCCI, *I privilegi*, cit., p. 484).

plano procesal ¹⁶³. De hecho, los acreedores concursales (y, sobre todo, aquellos provistos de causas de preferencia) pueden participar en el reparto del producto de la ejecución. Normalmente el privilegio procesal va acompañado por un privilegio sustancial (u otra causa de preferencia), y ésta es, quizá, la circunstancia que genera la confusión entre una y otra técnica de tutela del crédito ¹⁶⁴. Así, no existe identidad entre privilegio procesal y sustancial, pues bien pudiera suceder que un crédito sea privilegiado desde el punto de vista procesal, y que carezca de una causa de preferencia, o viceversa, que un crédito esté protegido por una causa de preferencia y que carezca de privilegios procesales. De hecho, este segundo supuesto es el más frecuente.

En cualquier caso, es evidente que el acreedor provisto de un privilegio procesal no puede adquirir más derechos sobre el producto de la ejecución del bien que aquellos que tiene en virtud de la existencia de su crédito, acompañado de un privilegio sustancial o garantía real, en su caso. El titular de un mero privilegio procesal es vulnerable a las pretensiones de acreedores que estén situados en puestos superiores de la escala graduatoria, que podrán hacer valer sus derechos de preferencia a través del cauce de la tercería de mejor derecho.

En casos excepcionales, la ley ha creído conveniente establecer, o mejor dicho, mantener las facultades de ciertos acreedores de continuar o iniciar ejecuciones singulares durante el proceso concursal, para evitar que estos sujetos, supuestamente apremiados por falta de recursos económicos, se vean afectados por los retrasos en los pagos de la distribución concursal. Así, este privilegio procesal suele encontrar justificación en la idea de que existen ciertos acreedores ¹⁶⁵, sobre todo el

¹⁶³ Sobre la naturaleza procesal del «privilegio de recaudación», *vid.* G. BONELLI, *Del fallimento*, cit., I, p. 82; U. NAVARRINI, *Trattato del fallimento*, cit., I, p. 249; A. BRUNETTI, *Istituzioni di diritto fallimentare*, cit., p. 575; R. PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, 3.^a ed., I, Milano, 1955, pp. 815 y 818; U. AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, II, cit., p. 1123; C. CELORIA-P. PAJARDI, *Commentario della legge fallimentare*, 2.^a ed., I, Milano-Messina, 1963, p. 492; B. INZITARI, *Effetti del fallimento per i creditori*, cit., pp. 37 y 44; G. CHESI, *Nuovo codice delle cause di prelazione*, cit., p. 324. No obstante su naturaleza procesal, la trascendencia de estos privilegios no puede ser ignorada (*vid.* L. DIEZ-PICAZO, «Los créditos privilegiados...», cit., p. 296), ya que en la práctica, supone uno de los medios más poderosos de tutela del acreedor, al dejar a éste al margen de las incidencias y complicaciones del procedimiento concursal.

¹⁶⁴ *Vid.* E. Scandale, *La riscossione delle imposte dirette*, Napoli, 1953, pp. 276 ss.; G. SCAFIDI-V. SPITALERI, *Privilegi*, cit., p. 3; A. DE FILIPPO-M. VIGNALE, *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 70.

¹⁶⁵ La justificación es de orden subjetivo: la autonomía de la acción se funda por tanto en peculiares condiciones subjetivas de los acreedores, no en las características de la relación crediticia (cfr. G. RAGUSA MAGGIORE, «Profili generali dei crediti privilegiati...», cit., p. 7). Por ello, se trata, curiosamente, de un privilegio en el sentido originario del término (*privilegium personae*), esto es, una ventaja conferida a un sujeto en virtud de sus características personales (*vid.* G. TUCCI, *I privilegi*, cit., p. 483). En consecuencia, estos privilegios no pueden considerarse transmisibles.

Estado ¹⁶⁶ y los trabajadores ¹⁶⁷, que tienen necesidad inmediata de fondos para realizar sus fines, y por ello no pueden esperar a la realización del activo concursal, que puede experimentar retrasos considerables. Se trata de una ventaja que opera exclusivamente en el plano temporal, por tanto, y cuya función es de la de hacer más fácil y expedita la ejecución, para asegurar, prevalentemente, una rápida y efectiva recaudación de los tributos del Estado y una mayor celeridad en la satisfacción de los créditos de los trabajadores ¹⁶⁸.

La crítica a la existencia de privilegios de carácter procesal, especialmente a los privilegios de ejecución, parece atinada y justa. Es difícil, en verdad, sostener su oportunidad, ya sea desde el punto de vista de la función del procedimiento concursal, ya sea desde el punto de vista de la equidad. Así, en otros Ordenamientos, acaso más pródigos que el español en la concesión de privilegios procesales, existe un acuerdo prácticamente unánime en lamentar la existencia de estas ventajas de carácter procesal, sobre todo por los efectos destructivos para el resultado económico del procedimiento concursal, toda vez que el ejercicio de la acción ejecutiva singular por parte del acreedor provoca, con frecuencia, el desmembramiento de la empresa del deudor, y la consiguiente pérdida para la masa de acreedores ¹⁶⁹. Pero es que, además, el

¹⁶⁶ Véase artículos 93 y 95 del Reglamento General de Recaudación, que confieren a la Administración la posibilidad de continuar el procedimiento de apremio si la providencia de embargo emitida en éste es anterior al acto de apertura del procedimiento concursal. En el Derecho italiano este privilegio asume una gran impotencia: *vid.* P. PAJARDI, *Fallimento e fisco*, 3.ª ed., Milano, 1980, pp. 315 ss. Curiosamente el Derecho alemán, tan generoso en la atribución de derechos de separación a los acreedores con garantías reales y causas de prelación especial, no confiere un privilegio de ejecución separada al Fisco cuando éste carece de una causa de prelación especial: *vid.* K. H. MAUS, *Steuerrechtliche Probleme im Insolvenzverfahren*, 2.ª ed., vol. 3, München, 1995, pp. 21 ss., p. 27.

¹⁶⁷ Véase artículos 32.5 del ET; *vid.* B. RÍOS SALMERÓN, *Los privilegios del crédito salarial*, Madrid, 1984, pp. 140 ss.; M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, «Concurrencia entre ejecución laboral y ejecuciones concursales en el Ordenamiento laboral español», en *Relaciones laborales*, 1993, pp. 9 ss.

¹⁶⁸ *Vid.* B. INZITARI, *Effetti del fallimento per i creditori*, cit., p. 33; C. M. PRATIS, *Della tutela dei diritti*, cit., p. 122; A. BONSIGNORI, *Il fallimento*, cit., p. 376; G. RUISI-A. PALERMO-C. PALERMO, *I privilegi*, cit., p. 5. Así, Kemelmajer habla de «derecho al pronto pago» (A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, «Primera aproximación a las modificaciones producidas al régimen de las prioridades por la Ley 24.522», en *DYE*, 1995, pp. 300 ss., pp. 300-301). La Corte constitucional italiana (s. 13 de abril de 1967, n. 67, en *Giust. civ.*, 1974, III, p. 163) ha declarado conforme a la Constitución el poder de ejecución autónoma del Estado italiano, por el interés preeminente, y constitucionalmente reconocido, de garantizar el desarrollo regular de la vida financiera del Estado. Así, parece justa la observación crítica de Provinciali sobre la «hipocresía» de esta postura, ya que es el mismo Estado el que pone de manifiesto una inadmisibles desconfianza en las posibilidades solutorias de una actuación pública, cual es la del Juez concursal (R. PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, I, cit., p. 464).

¹⁶⁹ En este sentido, *vid.* V. TAVORMINA, «Esecuzione esattoriale, procedure concorsuali e parità di trattamento», en *Fallimento*, 1983, p. 404; A. ILARIA, «Esecuzione esattoriale e par condicio creditorum», en *Temi rom.*, 1981, pp. 409 ss., esp. p. 412; G. G. RUISI-A. JORIO-A. MAFFEI ALBERTI-G. U. TEDESCHI, *Il fallimento*, I, cit., p. 412.

ejercicio de la acción ejecutiva singular proporciona, a veces, un resultado escasamente útil a los sujetos presumiblemente beneficiados por el privilegio de ejecución ¹⁷⁰. Ambas circunstancias provocan que, en numerosas ocasiones, los privilegios procesales se utilicen más como armas de negociación, hasta cierto punto contestables, para obtener condiciones ventajosas de pago.

De todos modos, lo que importa subrayar es que los llamados privilegios procesales no atribuyen al acreedor un derecho de preferencia. Por tanto, y aun tratándose de exponentes de un trato discriminatorio entre acreedores, estos privilegios no constituyen manifestaciones del principio de preferencia. Las referencias a los privilegios en sentido genérico, en esta obra, se refieren, salvo indicación expresa en contrario, a los privilegios que son causas de preferencia (privilegios sustanciales o de crédito) ¹⁷¹.

¹⁷⁰ Vid. A. URZI, «Fallimento ed esecuzione esattoriale: inutilità di una deroga», en AA. VV., *La legge fallimentare, bilancio e prospettive dopo 30 anni di applicazione*, Milano, 1975, pp. 659 ss.; A. ROSSI, «Fallimento ed esecuzione esattoriale: una decisione definitiva», en *Giur. comm.*, 1978, II, p. 804, comentando la sentencia de la Cass. (s. u.), 12 de mayo de 1978, n. 2325.

¹⁷¹ Existe un único supuesto de privilegio procesal de efectos muy similares al de la causa de preferencia: se trata del privilegio de la acción directa. En ciertos casos, la ley confiere a un acreedor el derecho de actuar contra un deudor de su deudor, sin que pueda hablarse en tal caso de acción subrogatoria, ya que la acción puede ejercitarse de forma automática, sin sujeción a los requisitos del artículo 1111 del Código Civil, y se trata de una acción del acreedor, independiente de la acción que corresponda al deudor. El supuesto se halla presente en el Derecho español, en materia de seguros de responsabilidad civil (art. 76 de la LCS), pues se atribuye al perjudicado por la actuación del asegurado una acción para reclamar la indemnización al asegurador. La intención de la Ley es la de garantizar el pago del crédito por responsabilidad civil que surge a favor del perjudicado. Sin embargo, el expediente técnico utilizado para ello no constituye una causa de preferencia, ya que el perjudicado no adquiere un derecho frente a otros acreedores del deudor, sino que más bien parece que al perjudicado se le confiere un instrumento procesal suplementario para exigir el pago de su crédito (así, Ph. SIMMLER-Ph. DELEBECQUE, *Les sûretés*, cit., pp. 509-510, configuran la acción directa como un privilegio procesal, que dispensa al acreedor del procedimiento ejecutivo para atribuirle directamente un derecho del deudor —el crédito contra el asegurador— como pago de su crédito). No obstante, toda acción refleja la existencia de un derecho, y este caso no es una excepción. Por ello, es preferible analizar la acción directa como un caso *sui generis* de garantía personal de origen legal: la ley establece, de manera automática, que un determinado sujeto queda obligado frente a otro en razón de un crédito ajeno (a favor de esta construcción, vid. M. CABRILLAC-C. MOULY, *Droit des sûretés*, cit., pp. 428-429; M. COZIAN, *L'action directe*, París, 1969, p. 329; cfr. Ch. JAMIN, *La notion d'action directe*, París, 1991, *passim*, que destaca el fundamento de la acción directa en la voluntad de la ley, con el fin de corregir la injusticia de una aplicación rígida de la norma de la relatividad de los contratos). En la doctrina española, vid. J. DUQUE, «Acción directa del tercero y solidaridad de las obligaciones del asegurador responsable», en *Rev. Der. Cir.*, 1967, núm. 6, pp. 10 ss., y la matizada posición de F. SÁNCHEZ CALERO-F. J. TIRADO SUÁREZ, *Ley del contrato de seguro, en Comentarios al C. de C. y a la legislación mercantil especial* (dir. M. MOTOS-M. ALBALADEJO), XXIV-2.º, Madrid, 1985, pp. 619 ss., con abundantes referencias.

3.3 LA CRISIS DE LA DISTINCIÓN ENTRE GARANTÍAS REALES Y PRIVILEGIOS. LA DIFERENCIA ENTRE CAUSAS DE PREFERENCIA DE ORIGEN LEGAL Y CAUSAS DE PREFERENCIA DE ORIGEN NEGOCIAL COMO CRITERIO FUNCIONAL BÁSICO

La distinción neta que ha sido establecida entre privilegios y garantías reales, fundamento de la división tradicional de las causas de preferencia, queda difuminada al considerar la existencia de fenómenos que no son encuadrables satisfactoriamente en esas categorías. Recapitulando, se observa que los rasgos comunes de los privilegios y las garantías reales son numerosos, pues no en vano ambas instituciones están basadas en el principio de preferencia. La diferencia entre garantías reales y privilegios se basa, esencialmente, en la diversa función de la tipificación legal y la autonomía privada en uno y otro tipo de causas de preferencia. Junto a esta diferencia, que parece fundamental, suele apuntarse que la garantía real contiene un derecho real y afecta a un bien determinado, mientras que los privilegios pueden conferir un derecho de preferencia respecto al producto de la ejecución de un bien determinado o respecto del producto de la ejecución de todo el patrimonio del deudor, pero en cualquier caso no confieren a su titular ningún derecho real.

La bipartición entre privilegios y garantías reales, con arreglo a los criterios enunciados, no puede explicar la diversidad de figuras existentes en el Derecho de la tutela del crédito. El primer ejemplo de esa inadecuación lo encontramos en las llamadas «garantías reales de origen legal», que en el Derecho español se manifiestan como «hipotecas legales». Pues bien, no deja de resultar paradójico que se califique a ciertas causas de preferencia como «garantías reales de origen legal», pues con ello se incurre en una renuncia de los elementos básicos de la definición de las garantías reales, a saber: que son garantías reales las causas de preferencia tipificadas de modo amplio por la ley, y atribuidas a una determinada relación crediticia por la autonomía de la voluntad. Es bien cierto, por tanto, que uno de los elementos claves en la configuración de las garantías reales lo constituye la trascendental y necesaria actuación de las partes, que crean y concretan convencionalmente los rasgos de la garantía real, a través del juego de la autonomía de la voluntad. En este sentido, referirse a «garantías reales de origen legal» parece una contradicción, o, cuando menos, una desviación significativa del concepto antes delineado ¹⁷².

No obstante, las garantías reales de origen legal son un instrumento técnico empleado por el legislador desde los orígenes del Derecho de la

¹⁷² Tiene razón Ciccarello cuando se refiere a la hipoteca legal como una «anomalía»: «chi dice che essa è legale ne ammette la sostanziale affinità col privilegio; chi invece la considera ipoteca, cerca di attribuire all'aggettivo "legale" una valenza diversa pur di ricondurla alla (presunta) matrice "pattizia"» (S. CICCARELLO, *Privilegio del credito...*, cit., p. 110).

tutela preferencial del crédito. Por ello, es necesario analizar más profundamente las diferencias entre privilegios, garantías reales y las garantías reales de origen legal, para poder establecer las verdaderas características de cada una de las causas de preferencia y trazar así los contornos exactos de cada una de estas figuras del Derecho de la tutela del crédito.

Como se señaló, el privilegio constituye una causa de preferencia fijada por la ley, que determina la tutela preferencial de un crédito con independencia de la voluntad de las partes de esa relación crediticia. La garantía real, por el contrario, fundamenta su existencia en un acuerdo entre las partes, en virtud del cual un crédito determinado queda protegido mediante dicha garantía. Desde este punto de vista, parece que la garantía real de origen legal no es sino un privilegio, puesto que se trata de una modalidad de tutela preferencial que asiste un determinado crédito sin necesidad de que las partes presten su consentimiento. No cabe duda de que, desde el punto de vista funcional, la garantía real de origen legal desempeña una función idéntica a la del privilegio ¹⁷³.

Sin embargo, la denominación genérica «garantías reales de origen legal» encubre una variedad de modelos desarrollados en distintos Ordenamientos jurídicos a lo largo de la historia. Así, las garantías reales de origen legal surgen como una forma intensificada de tutela preferencial, como respuesta a la supremacía de las garantías reales sobre los privilegios, que amenazaba con privar de eficacia a éstos ¹⁷⁴. Posteriormente, se produjo una extensión cada vez mayor de las garantías reales de origen legal, que en los Ordenamientos latinos terminaron por ser asimiladas a los privilegios (privilegios especiales), mientras que en los Ordenamientos de matriz germánica y anglosajona permanecen aún como garantías reales de origen legal (prendas legales). Sin embargo, la asimilación efectuada en los Ordenamientos jurídicos latinos no fue completa, como lo prueba el hecho de que en la codificación pervive la hipoteca legal, como único exponente de esta clase de garantías ¹⁷⁵.

¹⁷³ Por ello, es difícil distinguir las garantías reales de origen legal, y en concreto la hipoteca legal, de los privilegios inmobiliarios. Quizá pueda afirmarse que la hipoteca legal responde a ciertas características subjetivas del acreedor (cónyuge, menor, etc.), mientras que el privilegio inmobiliario guarda relación con circunstancias objetivas, tradicionalmente identificadas con el concepto de causa del crédito. No obstante, esta distinción no aparece clara en absoluto.

¹⁷⁴ Conviene recordar que las nociones de privilegio y de garantía legal son cambiantes a lo largo de la historia, de modo que para llegar a un significado concreto es necesario examinar su contexto histórico-jurídico.

¹⁷⁵ Existen también reminiscencias del sistema de garantías anterior a la codificación en las llamadas «hipotecas judiciales». La hipoteca judicial existe aún en el Derecho francés (v. l. 9 de julio de 1991, arts. 77-79), en el que tiene su origen (*vid.* L. AYNÈS, *Les sûretés*, cit., p. 146; M. CABRILLAC-C. MOULY, *Droit des sûretés*, cit., pp. 603 ss.; Ph. SIMMLER-Ph. DELEBECQUE, *Les sûretés*, cit., p. 322). También el Derecho italiano regula la hipoteca judicial (art. 2818 del CC italiano), que suele fundamentarse en la especial consideración del crédito por el carisma de certeza y de imperatividad que se deriva del pronunciamiento judicial de condena (*vid.* D. RUBINO, *Le ipoteche*, cit., p. 287; v. también A. VERSO, «L'ipoteca in generale...», cit., pp. 79 ss.). Se trata de una

La hipoteca legal constituye la figura más importante y generalizada de entre las garantías reales de origen legal, ya que se trata de una figura que comparten, con diversos matices, los principales Ordenamientos latinos¹⁷⁶.

No obstante, existen distintos modelos de hipoteca legal. Ciertamente, la hipoteca puede surgir con independencia de la voluntad de las partes, sin exigir ninguna actividad de éstas, y producir sus efectos sin necesidad de cumplir las disposiciones relativas a la publicidad legal de las hipotecas. Se trataría, en este caso, de una *hipoteca legal tácita*. Si además dicha hipoteca se antepone en el rango a todas las hipotecas, aun las inscritas con anterioridad, se trata de una *hipoteca legal tácita privilegiada*¹⁷⁷. No obstante, las hipotecas tácitas no constituyen un

hipoteca legal, pero no en el sentido de que haya sido concedida en razón de la causa del crédito, sino, en todo caso, porque es concedida en razón de la actividad del acreedor (vid. G. GORLA, *Pegno-hipoteca*, cit., pp. 454 ss., y, en general, sobre la hipoteca legal, pp. 444 ss.). De parecido significado es la anotación de embargo del Derecho español (v. art. 1923. 4.º del CC), y la preferencia de las sentencias firmes (1924. 3.º, letra b, del CC). El legislador español ha querido evitar, conscientemente, la expresión «hipoteca judicial» para dejar constancia de la existencia de trascendentes diferencias de régimen entre la hipoteca, de un lado, y la anotación preventiva de embargo y la preferencia de las sentencias firmes, de otro.

¹⁷⁶ La figura de la hipoteca legal cuenta con una larga tradición en el Derecho español: vid. J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de derecho civil*, 3.ª ed., III, 3, Barcelona, 1983, pp. 280 ss., y sobre todo, R. M. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, IV, cit., pp. 589 ss. La naturaleza de la hipoteca legal es idéntica a la de la hipoteca convencional, pues su especialidad se refiere sólo a su origen (contra, indicando que quizás las hipotecas legales no sean sino *simples preferencias de cobro*, X. O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Compendio de Derecho civil*, III, Madrid, 1988, p. 330). En el Derecho español, como en el resto de los Derechos latinos, la hipoteca legal ha perdido importancia como medio de tutela de los créditos nacidos dentro de las relaciones familiares (p. ej., art. 168 de la LH, hipoteca de las mujeres), pero sigue teniendo gran importancia en relación a los créditos públicos (v. art. 168.5.º de la LH; art. 194 de la LH). En el sistema francés, como en el español, la hipoteca legal continúa siendo una institución de gran trascendencia en la ordenación del crédito: vid. M. CABRILLAC-C. MOULY, *Droit des sûretés*, cit., pp. 596 ss.; Ph. SIMMLER-Ph. DELEBECQUE, *Les sûretés*, cit., pp. 310 ss., que resaltan la importancia de las hipotecas legales del Fisco y de la Seguridad Social. En el Derecho italiano, vid. D. RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, cit., p. 257; G. P. CHIRONI, *Trattato dei privilegi e delle ipoteche*, cit., II, pp. 194 ss. y pp. 238 ss. En la actualidad la hipoteca legal es una figura de escasa importancia práctica en Italia, tras la abolición de la hipoteca legal del Estado (art. 218 d. l. g. 28 de julio de 1989, n. 271) y de la hipoteca legal de la esposa por la dote (art. 208, l. 9 de mayo de 1975, n. 151). En el sistema italiano existen en la actualidad solamente dos supuestos de hipoteca legal: la del vendedor de un inmueble por las obligaciones que derivan de la enajenación; y la hipoteca legal de los comuneros por el pago de las obligaciones comunes (*conguagli*) (v. art. 2.817 Codice civile).

¹⁷⁷ En el Derecho español existen dos hipotecas legales tácitas privilegiadas: la del Estado, Provincias y Ayuntamientos sobre los bienes inmuebles sobre los que graven impuestos, por la última anualidad de los mismos (art. 194.1 de la LH) y la hipoteca de los aseguradores sobre el inmueble asegurado (v. art. 196 de la LH). A estas hipotecas puede asimilarse la preferencia establecida a favor de la comunidad de propietarios, por los gastos comunes del último año (art. 9.5.º de la LPH). Existe también en el Derecho italiano, aunque de forma marginal, la institución de la hipoteca privilegiada (sobre la cual, vid. G. P. CHIRONI, *Trattato dei privilegi...*, cit., p. 147), que la doctrina analiza como una hipoteca a la que se añade un privilegio, y prevalece sobre las hipotecas anteriores. En realidad, las hipotecas legales privilegiadas son indistinguibles de los privilegios inmobiliarios

supuesto habitual, ya que sólo encajaron como excepciones dentro del sistema de publicidad impuesto a partir de las leyes hipotecarias. Así, la regla general en materia de hipotecas legales exige un comportamiento activo por parte del acreedor, comportamiento que habrá de materializarse en una actuación que dote de la necesaria publicidad a la garantía conferida por la ley (art. 159 de la LH). Este dato podría señalar que la hipoteca legal se sitúa en un espacio intermedio entre las garantías reales puras y los privilegios, ya que el nacimiento del derecho de preferencia exige una actividad positiva por parte del acreedor, pero no requiere, en cambio, un acuerdo de las partes, o un acto del deudor.

No obstante, si el único rasgo diferenciador entre la hipoteca legal y los privilegios es el de la necesidad de inscripción de la hipoteca legal¹⁷⁸, habrá que precisar inmediatamente que ese dato no es determinante, porque el acto de inscripción no es necesario en todas las hipotecas legales (ya se ha visto que existen hipotecas legales tácitas) y ni siquiera es privativo de las hipotecas legales. Así, la ley prevé también una categoría de privilegios cuyo nacimiento queda sometido al cumplimiento de determinados requisitos de publicidad legal. Son los llamados privilegios inscripcionales o registrales¹⁷⁹. En estos privilegios, la publicidad legal se presenta como requisito fundamental para la existencia del derecho de preferencia¹⁸⁰.

Como puede apreciarse, la consideración de la mera existencia de la hipoteca legal difumina la clásica distinción entre privilegios y garantías reales; con ella, se produce un cierto trastorno en la delimitación de los conceptos básicos de la teoría de la preferencia, forzando al intérprete a replantear las verdaderas diferencias entre las causas de preferencia¹⁸¹.

(*vid.* G. MARTY-P. RAYNAUD-Ph. JESTAZ, *Les sûretés*, cit., p. 105). Por ello, parte de la doctrina francesa habla de «privilegios inmobiliarios», mientras que otros autores prefieren la denominación de «hipotecas legales privilegiadas» (así, Ph. SIMMLER-Ph. DELEBECQUE, *Les sûretés*, cit., pp. 290 ss.).

¹⁷⁸ Para Gino GORLA (*Le garanzie reali dell'obbligazione. Parte generale*, cit., p. 11) la base de la distinción es la necesidad de inscripción. Si faltase este elemento, según Gorla, no habría ninguna diferencia entre el privilegio «real» (es decir, especial) y la hipoteca legal.

¹⁷⁹ En el Derecho español, el ejemplo más claro lo constituye el privilegio del crédito refaccionario. La categoría de los privilegios inscripcionales ha sido elaborada por la doctrina italiana: *vid.* G. RAGUSA MAGGIORE («Profili generali dei crediti privilegiati...», cit., p. 40, nota 61). «(Los) privilegios inscripcionales, para su validez, requieren la anotación del derecho del acreedor en registros especiales destinados a la publicidad» (A. BRUNETTI, *Lezioni sul fallimento*, cit., p. 258; v. también F. MESSINEO, *Manuale*, cit., p. 80).

¹⁸⁰ *Vid.* S. PUGLIATTI, *La trascrizione*, I, en *Trattato dir. civ. e comm.* Cicu-Messineo, Milano, 1957, pp. 306-307. En estos supuestos, «la inexistencia de la publicidad impide al privilegio, que la norma concede al crédito de manera abstracta, operar en concreto como causa de preferencia» (A. DE FILIPPO-M. VIGNALE, *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 73). En el Derecho español, el privilegio del acreedor refaccionario de inmuebles requiere su inscripción para adquirir un derecho de preferencia superior. La falta de inscripción no priva al crédito refaccionario de su preferencia, pero éste queda en una posición inferior y escasamente protegida.

¹⁸¹ *Vid.* S. CICCARELLO, *Privilegio del credito...*, cit., p. 30. La difuminación de los conceptos provoca teorías como la de J. Poplawski, que concibe la hipoteca como una de las

A fin de cuentas, parece como si las palabras usadas por el legislador fuesen la única diferencia entre las instituciones, pues las líneas de separación entre las diversas figuras no están en absoluto claras¹⁸².

En cualquier caso, la contraposición entre garantías reales y privilegios no conduce a una comprensión del sistema de tutela del crédito. Los rasgos de las instituciones analizadas ponen de manifiesto que la diferencia básica entre privilegios y garantías reales se encuentra en el origen inmediato en la ley, propio de los privilegios, en contraste con la función atribuida a la autonomía de la voluntad en el nacimiento de las garantías reales. Desde esta perspectiva, los privilegios y las hipotecas legales deben ser agrupadas en la misma categoría, ya que la hipoteca legal, como el mismo término indica, tiene un origen determinado fundamentalmente por la ley, por más que se afirme, en ocasiones, que se basa en la existencia de una voluntad presunta¹⁸³. En resumen, la hipoteca legal constituye una causa de preferencia atribuida por la ley a determinados sujetos, a los que se considera merecedores de una tutela especialmente intensa¹⁸⁴. Desde el punto de vista de la función y del ori-

variedades del privilegio. Esta tesis fue desarrollada por J. BONNECASE (*Supplément au traité théorique et pratique de droit civil de Baudry-Lacantinerie*, París, 1930, pp. 450 ss.) que, al reconducir el concepto de privilegio a los derechos reales, concluye que la hipoteca constituye un derecho real de las mismas características que el privilegio.

¹⁸² La cuestión es todavía más difícil, si cabe, en el Ordenamiento italiano, en el que existe el llamado «privilegio convenzionale», que constituye una, al menos aparente, *contradictio in terminis*. Esta figura, peculiar del Derecho italiano, ha experimentado un gran auge, debido a una prolija y compleja legislación especial, que ha dado a esta figura una vitalidad asombrosa, cuya causa se encuentra, principalmente, en la inexistencia de garantías sin desposesión sobre bienes muebles en el Derecho italiano. Sobre esta particularidad del Ordenamiento italiano, vid. F. FERRARA jr., *L'ipoteca mobiliare*, cit., p. 1; Véase también, *in extenso*, G. PIEPOLI, *Garanzie sulle merci e spossessamento*, cit., pp. 10 ss.; G. TUCCI, *I privilegi*, cit., p. 463; *Commentario codice civile*, dir. P. CENDON, cit., vol VI, pp. 252 ss. Los privilegios convencionales nacen de la exigencia de la empresa de obtener financiación (S. CICCARELLO, *Privilegio del credito...*, cit., p. 96). En el Derecho italiano, todos los privilegios convencionales son privilegios especiales, lo cual está en consonancia con la idea central de la especialidad como principio regulador de las garantías reales en el Derecho de la codificación. De este modo, el privilegio convencional es prácticamente indistinguible de una hipoteca mobiliaria: se trata de un privilegio cuyo nacimiento se subordina a la existencia de una convención de las partes con requisitos de formalidad y que normalmente debe inscribirse en un registro especial. Conceptualmente, pues, se pueden configurar «tres alternativas (*sic*): un privilegio que nace con la convención; un privilegio que nace con la convención y que está también sujeto a publicidad; y un privilegio que, aun no estando subordinado a la convención, necesita cumplir con los requisitos de la publicidad» (S. CICCARELLO, *Privilegio del credito...*, cit., p. 58). Parece lógica la asimilación del privilegio convencional a la hipoteca (en este sentido, S. CICCARELLO, *Privilegio del credito...*, cit., p. 22), y resulta también explicable que la mejor doctrina se refiera a la «incoherencia y contradicciones de la figura de los privilegios convencionales» (G. TUCCI, *I privilegi*, cit., p. 462).

¹⁸³ Así, G. P. GAETANO, *I privilegi*, cit., p. 55. La teoría de la voluntad presunta ha sido ampliamente criticada por su indefinición. Además, esta teoría sería igualmente aplicable a numerosos supuestos de privilegios, en los que cabría interpretar que existe una voluntad presunta del deudor respecto a la concesión de un derecho de preferencia al acreedor sobre determinados bienes.

¹⁸⁴ En resumen, en la hipoteca legal «el título que justifica la inscripción deriva directamente de la ley, en consideración de la causa del crédito y, a veces, de la persona del acreedor» (A. VERSO, «L'ipoteca in generale...», cit., p. 79); por tanto, también

gen de la hipoteca legal, sería preciso hablar de identificación con el privilegio, más que de paralelismo¹⁸⁵. Por todo ello, parece conveniente englobar a los privilegios e hipotecas legales dentro de una misma categoría de causas de preferencia, marcada por el origen legal de la preferencia. Así, la dicotomía privilegios-garantías reales ha de ser sustituida por la distinción entre *causas de preferencia de origen legal* y *causas de preferencia de origen negocial*. Esta distinción, basada sobre el origen legal o negocial del derecho de preferencia, resulta muy adecuada para la construcción de una tipología funcional de las causas de preferencia.

Es evidente, sin embargo, que las categorías de causas de preferencia enunciadas son extraordinariamente amplias, y que dentro de ellas existen fenómenos de caracteres muy diversos. La causa de la insuficiencia de esta clasificación radica en que la misma atiende solamente al origen, pero no tiene en cuenta en absoluto las diferencias estructurales de las causas de preferencia. Por ello, la división entre causas de preferencia de origen legal y causas de preferencia de origen negocial no sirve para establecer la estructura y caracteres de los distintos tipos de causas de preferencia. Así pues, el criterio de distinción por el origen debe ser complementado por un criterio de rasgos diversos. Es bien posible que la fragmentada categoría de las causas de preferencia pueda ser reconstruida si se presta atención no sólo al origen de los derechos de preferencia, sino también a su estructura.

el fundamento es análogo al de los privilegios. En efecto, los privilegios, en ciertas épocas históricas, suplían las funciones de las actuales hipotecas legales (D. RUBINO, *Le ipoteche*, cit., p. 257). El único matiz diferenciador entre hipoteca legal y privilegio puede venir dado por la mayor relevancia que la persona del acreedor tiene en ciertas hipotecas legales, hasta el punto de asumir los rasgos de un *privilegium personae* (vid. L. AYNÈS, *Les sûretés*, cit., p. 145: «L'hypothèque legale est attachée à la qualité du créancier quelle que soit la nature des créances qu'il a envers le débiteur»). Aunque la afirmación de Aynès no pueda ser compartida en su totalidad (p. ej., el Estado goza de hipoteca legal por las deudas tributarias, no por las que pueda tener en virtud de un contrato de préstamo), sí es cierto que en la hipoteca legal existe una consideración subjetiva del acreedor de mayor relevancia que la formulada en el privilegio (p. ej., hipoteca legal de la mujer casada; hipoteca de los menores sobre los bienes de sus tutores), aunque esa consideración subjetiva debe analizarse en el contexto revolucionario de la codificación y en las ansias de evitar cualquier tipo de connotación política en la atribución de privilegios: quizá fue el intento de evitar las connotaciones de los privilegios subjetivos lo que produjo que estas causas de preferencia se denominasen hipotecas legales.

¹⁸⁵ Cfr. L. COVIELLO (*Delle ipoteche*, cit., p. 144), que considera que la hipoteca legal tiene en su fundamento numerosas afinidades con el privilegio; G. GORLA (*Pegno- ipoteca*, cit., p. 475) establece solamente una débil distinción en el sentido de que la hipoteca legal no se concede tanto por la causa del crédito como por la actividad del acreedor (vid. S. CICCARELLO, *Privilegio del credito...*, cit., p. 30). Así, la conclusión obligada es la de la imposibilidad de distinguir los privilegios de las demás causas legales de preferencia, en particular de la hipoteca legal (arts. 2817 y 2834 del codice civile) y de la denominada hipoteca judicial (arts. 2818 y 2836 del Codice civile). En las figuras indicadas en segundo lugar, en efecto, la causa justificativa de la preferencia no es el acto de autonomía privada, verdadera y propia condición para constituir la garantía, sino el hecho cualificado por la ley como presupuesto idóneo para obtener la inscripción de la garantía» (*Commentario Codice civile*, dir. P. CENDON, cit., p. 252; vid. G. TUCCI, *I privilegi*, cit., p. 462).

3.4 LA DISTINCIÓN ENTRE PREFERENCIA GENERAL Y PREFERENCIA ESPECIAL COMO CRITERIO ESTRUCTURAL BÁSICO

Al examinar la distinción entre privilegios y garantías reales, se ha dejado de lado, voluntariamente, uno de los rasgos diferenciadores a los que la doctrina atribuye mayor importancia: las garantías reales confieren un derecho real sobre un objeto determinado, mientras que los privilegios tan sólo confieren «una preferencia». Sin embargo, puede apreciarse ya que la distinción entre privilegios y garantías reales no es afortunada porque confronta términos totalmente heterogéneos: el término «privilegio» alude al *origen* legal de la preferencia, y en cambio el término «garantía real» está referido a la *estructura* de la preferencia. Por ello existen garantías reales de origen legal, como las hipotecas legales, que ponen de manifiesto la incoherencia de la bipartición. Desde luego, resulta particularmente complejo establecer una teoría del derecho de preferencia basándose en la distinción entre garantías reales y privilegios. Esta división pone de manifiesto el diverso origen y la diversa función de las distintas causas de preferencia, es decir, el origen directamente legal de los privilegios, y el origen indirectamente legal, a través del reconocimiento de la actividad de la autonomía privada, de las garantías reales. Esa diferencia de origen trasciende al terreno de la función, dado que las garantías reales sirven para el desarrollo de las operaciones de financiación de la economía privada, en tanto que los privilegios asumen una función pública de protección de los acreedores considerados dignos de tutela especial. Sin embargo, la distinción entre garantías reales y privilegios tiene un interés limitado cuando se trata de examinar la estructura y efectos del derecho de preferencia.

De la misma manera que se ha precisado el significado de la división entre causas de preferencia de origen legal y negocial, conviene ahondar ahora en las diferencias de estructura de las causas de preferencia, para tratar de encontrar un criterio delimitador.

Suele afirmarse que los privilegios no confieren un derecho real al acreedor, sino que constituyen «meras preferencias crediticias». En ese dato estructural se funda la bipartición de privilegios y garantías reales. Sin embargo, cuando se realiza tal afirmación, es necesario precisar el significado del término «privilegios». En efecto, muchos de los problemas que surgen al intentar establecer la naturaleza jurídica de los privilegios y sus rasgos generales proceden del uso de la palabra «privilegio» para designar dos figuras radicalmente diversas desde el punto de vista estructural: los privilegios generales y los privilegios especiales. La distinción entre privilegios generales y privilegios especiales, trascendental para la comprensión de los primeros fundamentos de la teoría de la preferencia, es aceptada unánimemente por la doctrina, aunque dichos términos no

aparezcan expresamente en el Código de Comercio ni en el Código Civil ¹⁸⁶.

La característica común y fundamental de los dos tipos de privilegios, generales y especiales, es que ambos confieren un derecho de preferencia, y que ambas causas de preferencia tienen origen legal ¹⁸⁷. No obstante, la estructura de los privilegios generales y especiales es totalmente diversa. Los privilegios generales son aquellos que otorgan al acreedor un derecho de preferencia referido al producto de la ejecución del conjunto de los bienes que forman el patrimonio del deudor. Los privilegios especiales, en cambio, son causas de preferencia que determinan uno o varios bienes muebles o inmuebles del patrimonio del deudor como objeto del privilegio. El derecho de preferencia del acreedor, por consiguiente, se limita al producto de la ejecución de los bienes que forman el objeto del privilegio. Si el importe de dicho producto no alcanza a satisfacer completamente el crédito, la porción de éste que quede insatisfecha no podrá gozar del derecho de preferencia, sino que tendrá la condición de crédito ordinario. *Prima facie*, parece que la distinción entre privilegios generales y privilegios especiales reside fundamentalmente en la extensión del objeto de la preferencia, debido a una diversa valoración sobre la necesidad de protección del crédito ¹⁸⁸. Así,

¹⁸⁶ En el Código Civil se habla de «créditos que gozan de preferencia con relación a determinados bienes (arts. 1922 y 1923 del CC, según se trate de bienes muebles o inmuebles) y de «créditos que gozan de preferencia con relación a los demás bienes» (art. 1924 del CC). Una de las confusiones que debe evitarse es la derivada del uso del término «créditos singularmente privilegiados» en el Código, ya que con dichos términos no se hace referencia a privilegios especiales en el sentido definido en el texto, sino a privilegios generales dignos de una consideración especial por historia y posición en la graduación de créditos; en concreto, privilegios que recibían un tratamiento preferencial respecto de las hipotecas, con anterioridad a la reforma del sistema hipotecario. La distinción de privilegios especiales y privilegios generales sí tiene relevo legislativo en el Código Civil francés y en el Código Civil italiano, por citar los dos ejemplos más importantes.

¹⁸⁷ *Vid.* G. P. GAETANO, *I privilegi*, cit., p. 74. Puede afirmarse que el origen directo en la ley es la única nota unificadora de los privilegios, la que los distingue de las demás causas de preferencia (*vid.* L. AYNÈS, *Les sûretés*, cit., p. 145).

¹⁸⁸ El privilegio especial sería, en principio, la expresión de un *favor* más limitado por parte del legislador, representando el «cálculo que el acreedor haya podido razonablemente realizar sobre los muebles del deudor para proporcionarse una garantía de satisfacción del propio crédito» (I. LUZZATI, *Dei privilegi*, cit., p. 153). El origen de la distinción, pues, se encontraría en la diversa causa del crédito, puesto que en la mayor parte de los privilegios especiales, la causa del crédito pone en inmediata relación al acreedor con la cosa (cfr. G. P. GAETANO, *I privilegi*, cit., p. 50). También basa la distinción privilegios generales-privilegios especiales en la causa del crédito A. BRUNETTI, *Diritto fallimentare italiano*, Roma, 1932, p. 579. Pero la distinción entre privilegios generales y especiales, aparte de estar basada en la causa del crédito, puede ser también consecuencia de la falta de alternativas del legislador: «Quando il legislatore si determina a dichiarare privilegiati certi crediti per ragioni soggettive, ritenendo meritevoli di questo favore i crediti stessi per considerazioni desunte dalla persona del creditore, e dalla natura dei servizi da esso prestati al debitore, non vi è ragione di considerare come specialmente affetti alla soddisfazione di quei crediti dei beni determinati; il privilegio colpisce indistintamente tutti i beni mobili del creditore. Quando invece la determina-

el privilegio general sería testimonio de una mayor expresión de *favor legislativo* hacia el acreedor, al poder éste satisfacer su crédito de manera preferente con el producto de la ejecución de todos los bienes del deudor ¹⁸⁹.

Sin embargo, la diferencia de objeto de los privilegios generales y especiales no es sino la manifestación externa de una divergencia más profunda, de carácter estructural. En efecto, la diferencia fundamental entre el privilegio general y el privilegio especial reside en el diverso tipo de preferencia, hasta el punto de que, desde el punto de vista morfológico y estructural, es posible afirmar que *la distinción entre preferencia especial y general constituye una de las bases de todo el sistema de las causas de preferencia*. La existencia de dos tipos de privilegios se traduce, en realidad, en la existencia de dos tipos de preferencia, general y especial, que da lugar a una distinción de la máxima importancia para la reconstrucción de un sistema seriamente dañado por intervenciones continuas y contradictorias del legislador, y sometido a los vaivenes de una peculiar evolución histórica.

Volviendo sobre la distinción, es claro que la preferencia general es aquella que confiere al acreedor un derecho de preferencia referido al producto de la ejecución de todos los bienes muebles e inmuebles del deudor. La preferencia general consiste en la adición de un derecho accesorio *personal* al derecho de crédito de que es titular el acreedor ¹⁹⁰. De esta afirmación se deduce que la preferencia general no confiere al acreedor ningún derecho adicional frente al deudor. Aquí, también, puede hallarse una explicación a la tradicional definición del privilegio general como «simple cualidad del crédito» ¹⁹¹, o un «modo de ser del crédito». A decir verdad, la expresión «cualidad del crédito» es, como mínimo, crítica y ambigua, y, sobre todo, no logra explicar el fenómeno

zione del legislatore è ispirata da considerazioni oggettive, e il privilegio trova il suo fondamento in un rapporto intercedente fra il credito e certi particolari beni del debitore, è naturale che abbia per oggetto questi soltanto; il credito in tal caso è nato in ragione di una o più cose, o il creditore ha per altra causa motivo di considerare una o più cose come sua particolare garanzia; in questi casi si ha il privilegio speciale» (E. BIANCHI, *Dei privilegi*, cit., p. 160).

¹⁸⁹ Hay que tener en cuenta que en ciertos momentos históricos, al no existir, o no aparecer claramente la existencia de un principio de prevalencia de las causas de preferencia especiales sobre las generales, la concesión de un privilegio general era motivo de un gran favor al acreedor, ya que sus posibilidades de obtener satisfacción eran muy elevadas; no así si se le concedía un privilegio especial. V. cap. IV, sobre la evolución de las causas de preferencia; y cap. VII, sobre los principios de graduación de las causas de preferencia.

¹⁹⁰ Evidentemente, no se puede tratar de un derecho real (*vid.* I. LUZZATI, *Dei privilegi*, cit., p. 140), ya que no confiere un poder inmediato y directo sobre objeto alguno. Existen, sin embargo, autores de una determinada etapa histórica que defendieron la naturaleza real de los privilegios generales (p. ej., *vid.* J. POPLAWSKI, *La notion de privilège...*, cit., pp. 129 ss., pp. 278 ss.; E. PACIFICI-MAZZONI, *Trattato dei privilegi*, I, cit., p. 46), pero no se puede aceptar que todos los bienes del deudor queden gravados por un derecho real. En la actualidad, defiende la calificación como «garantía real» de los privilegios generales L. AYNÈS, *Les sûretés*, cit., p. 161, aunque la noción de garantía real que utiliza este autor es extraordinariamente amplia.

¹⁹¹ V. *supra*, nota 135.

de la preferencia ¹⁹². El privilegio general consiste, sencillamente, en la adición a un crédito de un derecho personal frente a ciertos acreedores del deudor común ¹⁹³. Es conveniente destacar la naturaleza personal del derecho de preferencia, ya que el acreedor no adquiere ningún poder o facultad sobre los bienes del deudor, y sobre todo, el deudor no asume ninguna obligación suplementaria, porque el derecho de preferencia se ejercita frente a los demás acreedores del deudor común: son éstos acreedores los obligados a respetar la posición de preeminencia del acreedor privilegiado ¹⁹⁴. Gracias al derecho de preferencia, el acreedor privilegiado puede anteponer la satisfacción de su crédito frente a las pretensiones de todos los acreedores situados en puestos inferiores de la graduación. El hecho de que la preferencia general tenga como objeto todos los bienes muebles e inmuebles del deudor no resta nada a la naturaleza de derecho personal de la misma: en efecto, el patrimonio

¹⁹² Es ambigua en el sentido de que el privilegio, como cualidad, se confunde con la «calidad» del crédito como causa del reconocimiento de la preferencia. Por otro lado, es particularmente difícil comprender el mecanismo técnico por el que el privilegio, que no es sino «una cualidad o modo de ser» del crédito (A. CANDIAN, *Nozioni istituzionali...*, cit., p. 402) puede producir un efecto tan sustancial –y trascendente– como la preferencia. *Vid. F. MESSINEO, Manuale*, cit., p. 65, cuyo recurso a la noción de cualidad parece un intento de explicar cómo se altera la naturaleza del derecho de crédito sin atribuir ningún deber al deudor.

¹⁹³ A. TRABUCCHI (*Istituzioni di diritto civile*, 29.^a ed., Padova, 1988, p. 603) sostiene que el privilegio no constituye un derecho aparte, sino que se trata de una cualificación del mismo crédito. El problema es que la doctrina tiende a buscar un derecho frente al deudor, derecho que ciertamente no existe, pero sí existe, en cambio, un derecho frente a los demás acreedores. Otros autores admiten la existencia de un derecho, aunque no se llega a la formulación de su naturaleza: se habla de un derecho *sui generis*, o no se especifica el carácter del derecho: «La característica de los privilegios... es la de atribuir a los acreedores el derecho de ser satisfechos de manera preferente» (G. RAGUSA MAGGIORE, «Profili generali dei crediti privilegiati...», cit., p. 14; véase también «Profili generali dei crediti privilegiati nel fallimento», en *Riv. Dir. Comm.*, 1968, pp. 30 ss.). En realidad, una vez que se ha definido el derecho de preferencia, y que se acepta que los privilegios son causas de preferencia, no cabe sino aplicar a todos los privilegios los rasgos de la preferencia.

¹⁹⁴ Es bien cierto que, con anterioridad a la ejecución, el privilegio no confiere ningún derecho: «el privilegio general no es un *status*, una situación análoga a la de realidad, que pueda compararse a la prenda y a la hipoteca; es una situación que se expresa y que se hará valer en el momento de la ejecución, no en el momento precedente, en el momento de la cognición» (G. RAGUSA MAGGIORE, «Relazione generale», en *Dir. fall.*, 1984, I, pp. 597 ss., p. 602). En este sentido, la teoría procesalista ha visto en el privilegio general «un régimen especial de la acción» (E. Redenti) o «una modalidad de la acción ejecutiva, esto es, del derecho (subjetivo) procesal, no del derecho material del acreedor (F. CARNELUTTI, *Il processo di esecuzione*, I, n. 191, p. 585; véase un examen de esas posturas en R. FRANCESCHELLI, «Privilegio», cit., p. 293). Pero no puede explicarse la adquisición de una posición sustancial mediante una institución procesal. Si se analiza el derecho de preferencia como un derecho subjetivo frente a los demás acreedores, se comprende enseguida porqué el privilegio no opera con anterioridad al concurso: no tiene operatividad simplemente porque con anterioridad al concurso la categoría de sujetos vinculados por el derecho del acreedor privilegiado no ha sido determinada. En efecto, es necesaria la actividad de verificación del pasivo para que se pueda llegar al ejercicio de la preferencia. El privilegio general se explica a través del concepto de derecho material, pero un derecho personal y no real (sobre la teoría heterodoxa del privilegio general como derecho real, *vid. G. P. CHIRONI, Trattato dei privilegi*, cit., I, p. 77; véase una aguda crítica en C. VARELLI, «Contributo alla teoria dei diritti reali di garanzia», cit., pp. 248 ss.).

del deudor actúa como parámetro del derecho de preferencia, como medida del mismo, pero en la preferencia general no existe ningún derecho del acreedor que sujete directamente los bienes del deudor.

Desde el punto de vista de la naturaleza jurídica, en consecuencia, la preferencia general aparece como la forma pura del derecho de preferencia, que se presenta sin ningún accesorio, despojada de cualquier otro poder o facultad. Consecuentemente, el privilegio general se agota en el derecho de preferencia, pues, aparte de este derecho, el acreedor que cuenta con un privilegio general no tiene poderes mayores, ni diversos, de los de un acreedor ordinario ¹⁹⁵.

En la mayoría de los Ordenamientos europeos, la preferencia general se identifica con los privilegios generales, ya que se desconocen otras instituciones de tutela del crédito que confieran al acreedor este tipo de preferencia. Conviene señalar, no obstante, que durante su desarrollo histórico, han existido garantías reales que conferían un derecho de preferencia sobre el producto de la ejecución de todos los bienes del deudor (hipotecas generales), y que sólo a partir de la racionalización del derecho de las garantías reales introducida por la codificación desaparecen de los Derechos del continente europeo, al menos nominalmente, las garantías reales sobre todo el patrimonio del deudor. En los Derechos anglosajones, ajenos por completo a las preocupaciones técnicas y sistemáticas de la codificación, las garantías reales sobre todo el patrimonio del deudor continúan existiendo, con las denominaciones de *floating charge* o *floating lien*, típicas de los Derechos anglosajones y estadounidense, respectivamente, y desempeñan una función de primordial importancia en el mercado crediticio ¹⁹⁶. Así pues, se aprecia que ni desde el punto de vista histórico, ni desde el punto de vista del Derecho comparado, es posible enunciar un principio inmutable por el que las causas de preferencia de origen negocial deban recaer sobre un objeto determinado y atribuir un derecho real sobre éste.

Estas garantías que se han mencionado confieren el derecho de preferencia sin atribuir a su titular un derecho real, En efecto, tales garantías no otorgan al acreedor ningún poder sobre el patrimonio del deudor, que es libre de enajenar los bienes que constituyen el objeto de la

¹⁹⁵ De hecho, el acreedor con privilegio general simplemente solicita una ejecución ordinaria, y embarga y ejecuta cualesquiera de los bienes del acreedor. No existe, por tanto, ninguna particularidad procesal en el ejercicio del privilegio general, ni existe ninguna obligación de respeto por parte del deudor, al que es ajena e indiferente la existencia de privilegios generales. La distinción entre garantías reales y privilegios generales es implícita cuando se afirma que «mientras la garantía real sirve para reforzar la sanción frente al mismo deudor, el privilegio [general] no contempla más que las relaciones entre los acreedores del deudor común» (A. MONTEL, «Appunti in tema di garanzia reale», cit., p. 90); vid. V. ANDRIOLI, *Dei privilegi*, cit., p. 60; S. MERZ-G. ZANCONATI, *I privilegi...*, cit., p. 6.

¹⁹⁶ Vid. R. M. GOODE, *Legal Problems of Credit and Security*, cit., pp. 46 ss.; L. C. B. GOWER, *Principles of Modern Company Law*, 5.ª ed., London, 1992, pp. 413 ss.; I. SNAITH, *The Law of Corporate Insolvency*, London, 1990, pp. 61 ss. Muy similar a la *floating charge* es el *floating lien* del Derecho estadounidense (vid. J. J. WHITE-R. S. SUMMERS, *Uniform Commercial Code*, 2.ª ed., St. Paul, Minn., 1980, pp. 1007 ss.).

garantía del acreedor sin que el acreedor pueda dirigirse a los terceros adquirentes para ejercitar su derecho de preferencia sobre dichos bienes. En el Derecho inglés la estructura de estas garantías se explica en los siguientes términos: la garantía real existe, pero «flota» sobre el patrimonio del deudor. Con tal expresión se indica que los bienes del deudor no quedan vinculados por la garantía y que éste puede transmitirlos libremente, mientras otros bienes ingresan en su patrimonio. En un momento determinado contractualmente, que suele ser el del incumplimiento o insolvencia del deudor, la garantía «cristaliza». En ese momento, los bienes comprendidos en el patrimonio del deudor son embargados y ejecutados para dar satisfacción al crédito garantizado¹⁹⁷. Puede dudarse de que en la situación descrita exista un derecho real, ni siquiera un derecho real «latente», ya que la sujeción que corresponde a la *floating charge* cristalizada no es muy diferente de la que proporciona a cualquier acreedor la traba y embargo de los bienes del deudor. Un análisis similar puede efectuarse con relación a las antiguas hipotecas generales del Derecho histórico, o incluso respecto de garantías reales hoy vigentes en el Derecho español, como la prenda sin desplazamiento, o la hipoteca de establecimiento mercantil cuando ésta se extiende a las mercancías y materias primas situadas en el establecimiento del deudor. En tales casos, es muy dudoso que exista un derecho real sobre las mercancías pignoradas sin desplazamiento o sometidas a la hipoteca de establecimiento mercantil, y más correcto sería ver en estas formas de garantía la expresión de un puro derecho de preferencia que se refiere al producto de la ejecución de un conjunto de bienes.

La existencia de estas garantías sirve de apoyo para una afirmación importante: no puede identificarse la categoría de las causas de preferencia de origen negocial con las garantías reales. Las causas de preferencia basadas en actos de autonomía privada no tienen porqué atribuir, *a priori*, un derecho real al acreedor¹⁹⁸. Igualmente, no existe ninguna razón *a priori* que justifique que sólo los privilegios puedan atribuir una preferencia general. De hecho, el Ordenamiento español presenta aquí una de sus particularidades más acusadas en materia de tutela del crédito: la existencia de una causa de preferencia general de

¹⁹⁷ Aunque existen créditos con preferencia sobre los créditos protegidos por una *floating charge*: en concreto, todos los créditos asistidos por privilegios y las garantías equivalentes de las garantías reales de los Derechos continentales (*fixed charges*). Véase, para una primera aproximación, R. R. PENNINGTON, *Pennington's Corporate Insolvency Law*, London-Dublin-Edinburgh, 1991, pp. 274 ss.

¹⁹⁸ Por supuesto, existe una explicación, pero no es lógica, sino económica. La codificación reaccionó contra los perjuicios económicos de las garantías ocultas, estableciendo un sistema de publicidad basado en el principio de especialidad. De esta manera, la existencia de garantías con preferencia general quedaba excluida, puesto que el sistema de publicidad no contaba con expedientes técnicos para organizar su publicidad. Una vez superadas las limitaciones técnicas de la publicidad legal, no existe razón alguna para ignorar garantías en las que el principio de especialidad, cuando menos, aparece atenuado, como en algunos de los supuestos de hipoteca de establecimiento mercantil, o en la prenda sin desplazamiento.

origen negocial, como es el derecho de preferencia conferido a los créditos que consten en escritura pública.

En contraste con la preferencia general, la preferencia especial confiere al acreedor el derecho de satisfacer su crédito con prioridad sobre el producto de la ejecución de un determinado bien o grupo de bienes. Expuesta en esos términos, es claro que la preferencia especial engloba tanto los privilegios especiales como las garantías reales. En esas causas de preferencia, el acreedor dispone de un derecho de preferencia, pero ese derecho sólo se podrá hacer valer respecto del producto de la ejecución del bien o bienes a los que se refiera la preferencia especial.

Al compartir los rasgos generales del derecho de preferencia, la única diferencia, en un primer análisis, entre la preferencia general y la preferencia especial se encuentra en su distinta extensión. Ciertamente, existen grandes semejanzas entre los dos tipos de preferencia: de entrada, tanto la preferencia general como la especial constituyen manifestaciones del derecho de preferencia, y comparten, en consecuencia, todos los rasgos de éste. Así, tanto en la preferencia general como en la especial, existe un derecho personal y accesorio que se añade al derecho de crédito tutelado. También la preferencia especial confiere al acreedor un derecho personal frente a los acreedores del deudor que queden situados en puestos inferiores de la graduación. A este respecto, los dos tipos de preferencia contienen los mismos elementos jurídicos.

Sin embargo, la preferencia especial suele contener un elemento adicional, un *plus*, que la distingue de la preferencia general. Este elemento adicional sólo puede entenderse si se considera la distinta extensión de la preferencia general y la especial. La preferencia general proporciona al acreedor un derecho respecto del producto de la ejecución de todo su patrimonio, pero la preferencia especial limita sus efectos al producto de la ejecución de un solo bien o, a lo sumo, de un grupo de bienes¹⁹⁹. Existe, por tanto, en la preferencia especial un peligro que es poco menos que inexistente en el caso de la preferencia general: la destrucción, enajenación o pérdida del objeto al que se refiere la preferencia. En efecto, de producirse alguno de los hechos señalados, el derecho de preferencia del acreedor queda privado de eficacia.

Para asegurar la eficacia de la preferencia especial, es necesario añadir alguna facultad o derecho adicionales. Es preciso el recurso a la técnica de los derechos reales para preservar la posición de preeminencia del acreedor, a través de la vinculación del bien, que se resuelve en una oponibilidad *erga omnes*, ejercitable desde el momento del nacimiento de la causa de preferencia. A la relación crediticia se añade por tanto un derecho personal (la preferencia) y un derecho *real*²⁰⁰, o de naturaleza

¹⁹⁹ Fuera del producto de la ejecución del bien objeto del privilegio especial, el acreedor se convierte en un acreedor ordinario: exactamente lo que sucede con los acreedores provistos de garantías reales (vid. G. RAGUSA MAGGIORE, «Profili generali dei crediti privilegiati...», cit., p. 24).

²⁰⁰ La doctrina española tiende a negar, unánimemente, que el privilegio especial constituye un derecho real. No deja de ser curioso que, con datos normativos práctica-

cuasi real²⁰¹. Aquí es donde estriba la verdadera diferencia entre la preferencia general y la preferencia especial. La preferencia especial comprende un derecho real o cuasi real cuya misión es la de proteger la eficacia del derecho de preferencia, que no por ello pierde su naturaleza personal. Obviamente, es perfectamente posible que un derecho de preferencia especial no vaya ligado a un derecho real o a una situación jurídico-real, pero en tal caso la eficacia protectora de la causa de preferencia es mínima²⁰².

La existencia de distintos derechos reales o cuasi reales que pueden servir para proteger el derecho de preferencia especial marca las diversas manifestaciones de este tipo de preferencia. La hipoteca, convencional o legal, comprende un derecho real que acompaña a un derecho de preferencia especial. Otro tanto puede decirse de los privilegios especiales inmobiliarios, que contienen verdaderos derechos reales. La situación respecto de las causas de preferencia sobre bienes muebles es bien distinta, ya que las exigencias de protección del comercio y de la circulación de los bienes muebles dificultan la existencia de derechos reales de los acreedores sobre estos bienes. No obstante, tanto la hipoteca mobiliaria, la prenda sin desplazamiento, y la prenda con despose-

mente iguales, la doctrina italiana encuentre un derecho real en el privilegio especial: *vid.* E. BIANCHI, *Dei privilegi*, cit., pp. 120 y 131; G. BOLLA, *Il diritto ipotecario*, cit., p. 40; N. STOLFI, *Diritto civile*, II, parte III, *I diritti reali di garanzia*, cit., p. 54; G. P. GAETANO, *I privilegi*, cit., pp. 44 y 50-52; C. ZAPPULLI, *Il libro della tutela dei diritti*, Milano, 1943, p. 333; G. PANDOLFELLI-G. SCARPELLO-M. STELLA RICHTER-G. DALLARI, *Codice civile, libro della tutela dei diritti*, cit., p. 92; F. MESSINEO, *Manuale*, cit., p. 67; P. GERMANI, «Sulla natura giurídica dei privilegi», cit., p. 577; C. VARELLI, «Contributo alla teoria dei diritti reali di garanzia», cit., p. 247; D. BARBERO, *Sistema...*, cit., p. 153; A. DI FILIPPO-M. VIGNALE, *La responsabilità patrimoniale*, cit., pp. 71 y 81; M. FRAGALI, voz «Garanzia e diritti di garanzia», cit., pp. 456-457; A. TORRENTE-P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, 10.^a ed., Milano, 1978, pp. 54 y 440; S. CICCARELLO, *Privilegio del credito...*, cit., p. 33. cfr. A. CICU, *Diritto civile. Sull'ipoteca*, Bologna, 1928-1929, p. 54; contra, aisladamente, R. FRANCESCHELLI, «Privilegio», cit., p. 297; y C. M. PRATIS, *Della tutela dei diritti*, cit., pp. 16-17 y 52.

²⁰¹ A pesar de que la mayoría de la doctrina española se ha pronunciado en contra de la naturaleza real de los privilegios especiales, es muy diverso afirmar que la naturaleza real de los privilegios especiales es «dudosa», o afirmar que está «atenuada» (ambas calificaciones corresponden a J. FERRANDIS VILELLA, «Introducción ...», cit., p. 58). La *atenuación* del carácter real es mucho más conforme con la estructura jurídica y la historia de los privilegios especiales. Una idea muy similar puede expresarse afirmando que en los privilegios especiales se verifica una «intensificación de la oponibilidad del crédito a los terceros» (M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours*, cit., p. 48).

²⁰² Así, el privilegio especial inmobiliario de los créditos refaccionarios no anotados (art. 1923.5.º del CC; art. 1927 del CC), que contiene un mero derecho de preferencia, sin poder jurídico-real alguno. Ello significa que el deudor puede anular fácilmente la eficacia del privilegio mediante la transmisión del objeto sobre el que recae. Esta aparente anomalía en el Derecho de la tutela del crédito se explica por la voluntad del legislador de proteger el tráfico inmobiliario, evitando la existencia de garantías ocultas, y sobre todo porque el acreedor refaccionario tiene la posibilidad de anotar su crédito en el Registro de la propiedad para recibir una protección real plena (arts. 1923.3.º y 1927.2.º del CC). Otro supuesto de privilegio especial que se presenta sin medida alguna de tutela jurídico-real es el del privilegio del cargador sobre los medios de transporte (art. 372.2 del C. de C.).

sión del deudor, constituyen ejemplos de causas de preferencia especial que combinan un derecho real con un derecho de preferencia. El punto más dificultoso, sin duda, lo presentan los privilegios especiales sobre bienes muebles. Dichos privilegios confieren al acreedor un derecho de preferencia limitado al producto de la ejecución de los bienes señalados por el privilegio, pero no existe una interpretación pacífica sobre la naturaleza de los poderes que acompañan al derecho de preferencia. La mayoría de la doctrina niega que los privilegios especiales contengan un derecho real ²⁰³, pero es bien cierto que en casi todos estos privilegios existe una situación de carácter cuasi real que protege el derecho de preferencia ²⁰⁴. Así, la mayoría de los privilegios especiales se basan en la posesión, por parte del acreedor, de los bienes sobre los que recae la preferencia. Además, la posesión del acreedor se protege mediante el derecho de retención ²⁰⁵. Morfológicamente, pues, los privilegios especiales se sitúan en una posición similar a la de la prenda, sin llegar a la contundente afirmación de la existencia de un derecho real en ellos ²⁰⁶. Parcialmente diversos son algunos privilegios en los que el acreedor no cuenta con la posesión inmediata de los bienes, pero la eficacia de dichos privilegios exige que los bienes se encuentren en un determinado lugar (*status loci*) ²⁰⁷, reconociéndose al acreedor diversos derechos en relación a dichos bienes, que lo protegen contra el traslado de los mismos fuera del lugar definido por el privilegio.

²⁰³ Así, recalcan que los privilegios especiales son garantías reales imperfectas, por no contener el poder de reipersecutoriedad, J. FERRANDIS VILELLA, «Introducción...», cit., p. 58; J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil...*, cit., II, vol. 2.º, pp. 415 ss. Sin embargo, parece afirmar que los privilegios especiales son derechos reales L. DíEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 753.

²⁰⁴ La cuestión de la existencia o inexistencia de un derecho real es, en parte académica, ya que no cabe duda de que existen ciertos efectos reales en el privilegio especial, y se manifiestan en una pluralidad de aspectos, no sólo en la reipersecutoriedad, que queda limitada por la aplicación del artículo 464 del Código Civil (véase, sobre los fundamentos de la reipersecutoriedad de los privilegios especiales, M. LÓPEZ ALARCÓN, *El derecho de preferencia*, cit., pp. 67 ss.), sino también en otras materias, como la subrogación real, que serían muy difíciles de explicar si no se admitiera la existencia de un cierto poder de naturaleza real sobre el bien. Por ello, resultan explicables afirmaciones como las de M. N. JOBARD-BACHELLIER, *Sûretés*, cit., p. 53, según quien los privilegios son derechos reales que confieren un derecho de preferencia, pero no necesariamente un *droit de suite*.

²⁰⁵ Las diferencias en el interior de la categoría de los privilegios especiales son simétricas respecto de las diferencias entre las garantías reales: algunos privilegios están asistidos de otros dos derechos, aparte del derecho de preferencia, esto es, el derecho de retención y el derecho de vender la cosa gravada sin las formalidades judiciales: los mismos poderes que caracterizan a la prenda (v. p. ej., arts. 2756 y 2761 del *Codice civile italiano*; vid. V. ANDRIOLI, *Dei privilegi*, cit., p. 64).

²⁰⁶ Todo depende de la solución que se dé a la clásica controversia en torno a la posesión como hecho, como derecho de obligación o como derecho real. Díez Picazo sostiene la naturaleza real de la posesión, si bien indicando que la posesión constituye un derecho real limitado en su eficacia y duración. En cualquier caso, parece claro que en los privilegios posesorios, se atribuye al acreedor un derecho a la posesión del bien que podemos calificar de poder real, o situación afín a los derechos reales, sin riesgo de violentar las categorías de la dogmática jurídica.

²⁰⁷ El *status loci* es expresión de una conexión espacial de la cosa objeto de la preferencia con el inmueble (cfr. M. WOLFF-L. RAISER, *Derecho de cosas*, cit., p. 180).

En todo caso, los privilegios especiales presentan numerosas similitudes de estructura respecto de las garantías reales. No en vano, muchos de los problemas que afectan a esas instituciones son comunes, pues tienen que ver con el tipo de preferencia que confieren. Es más, históricamente, los privilegios especiales son garantías reales de origen legal que, a partir de la prohibición de la reipersecutoriedad de las garantías sobre muebles, cambiaron de denominación y fueron adaptados a una nueva situación jurídica²⁰⁸. En los Ordenamientos jurídicos anglosajones y germánicos, esta transformación no se produjo, así que existen causas de preferencia especial de origen legal, sobre bienes muebles, que no difieren de las garantías reales. Antes al contrario, estos «privilegios» reciben la denominación de «prenda o garantía real de origen legal» (*gesetzliches Pfandrecht*²⁰⁹, en el Derecho alemán y otros Derechos germánicos; *statutory lien*, o *lien by operation of law*²¹⁰ en los Derechos anglosajones).

²⁰⁸ El fundamento histórico de los privilegios especiales viene dado por la existencia de una prenda o hipoteca legal (G. P. CHIRONI, *Trattato dei privilegi*, cit., p. 229; véase también p. 232). La evolución del Derecho francés medieval marca las características actuales del privilegio especial. Vid. A. GULLÓN BALLESTEROS, *La prelación de créditos en el Código Civil*, cit., p. 21; J. B. VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios...*, cit., p. 420. «La règle prohibant l'affectation réelle d'un meuble, en vue de l'acquittement d'une obligation par simple convention, par pacte nu, n'empêche pas la loi d'affecter d'elle-même au paiement des créances, en vertu de sa toute puissance, et dans certains cas dont elle prit le soin de dresser une liste limitative, les meubles restés en la possession du débiteur» (J. POPLAWSKI, *La notion de privilège...*, cit., p. 323). Véase también G. P. CHIRONI, *Trattato dei privilegi...*, cit., p. 141.

²⁰⁹ Sobre la prenda legal (*gesetzliches Pfandrecht*) en el Derecho privado alemán, vid. H. J. WIELING, *Sachenrecht*, cit., pp. 213-214; J. F. BAUR-R. STÜRNER, *Lehrbuch des Sachenrechts*, cit., pp. 602 ss., y sobre todo H. ALTMEPPEEN, «Zur Rechtsnatur der handelsrechtlichen Pfandrechte», en *ZHR*, 1993, pp. 541 ss., que despeja las dudas sobre la naturaleza real de la prenda legal mercantil, en contra de cierta doctrina que vio en ella una especie de derecho de retención especial. Véase también K. SCHMIDT, *Handelsrecht*, cit., pp. 662-663, que incluye una enumeración de los supuestos más importantes desde el punto de vista mercantil. Las prendas legales han sido tradicionalmente descuidadas en el análisis del Derecho concursal alemán, pero una simple mirada a la lista de supuestos elaborada por Karsten Schmidt basta para demostrar que en el Derecho alemán esas prendas desarrollan la función que corresponde a los privilegios especiales de los Derechos latinos: v. p. ej., § 397 ss. HGB (prenda legal del comisionista); § 410 HGB (prenda legal del porteador o expedidor); § 421 HGB (prenda legal del depositario), § 647 BGB (prenda legal del comisionista de obra), etc. A las prendas legales les son de aplicación las disposiciones en materia de prenda negocial (§ 1257 BGB) aunque no todas ellas pueden serles aplicables, por pura incompatibilidad con su función: vid. E. WOLFF, *Lehrbuch des Sachenrechts*, Köln-Bonn-Berlín-München, 1971, p. 232). El sistema incluye causas de preferencia que escapan del modelo pignoraticio, como la prenda legal del arrendador (§ 559 BGB) o la del hostelero (§ 701 BGB), y que reflejan la coincidencia, en numerosos aspectos, con los privilegios especiales. Sobre la comparación funcional entre prendas legales y privilegios especiales, vid. J. M. GARRIDO, «The Distributional Question in Insolvency: Comparative Aspects», en *International Insolvency Review*, 1995, pp. 25 ss., p. 40).

²¹⁰ La cuestión de los *liens* es una de las más intrincadas del Derecho inglés en materia de derechos reales, hasta el punto de que puede afirmarse que el término «*lien*» por sí solo tiene un significado demasiado impreciso como para recibir una calificación jurídica (la traducción más correcta sería la de «vínculo»), por lo que es necesario siempre especificar el tipo de *lien*. Conviene no confundir los *statutory liens* o *liens by operation of law* con los derechos de retención (que son equivalentes a los llamados *liens by operation of contract*). En efecto, mientras los *liens by operation of contract*, pactados por las partes,

A estas causas de preferencia les son de aplicación las normas relativas a las garantías reales. Aunque la caracterización de los privilegios especiales en los Ordenamientos latinos ha de ser forzosamente distinta, lo cierto es que la mayoría de los privilegios especiales comparten numerosas características con las garantías reales²¹¹. La mayoría de los privilegios especiales

dan lugar a un derecho de retención, pero no a una garantía oponible a terceros (*vid.* I. SNAITH, *The Law of Corporate Insolvency*, cit., p. 80; A. H. SILVERTOWN, *The Law of Lien*, London, 1988, pp. 1 ss.), los *liens by operation of law* (que se subdividen a su vez en *Common Law liens*, *equitable liens*, y *maritime liens*), confieren al acreedor que de ellos es titular la posibilidad de satisfacer su crédito mediante la ejecución de las cosas vinculadas (*vid.* A. P. BELL, *Modern Law of Personal Property in England and Ireland*, London, 1989, pp. 147-148; cfr. E. L. G. TYLER-N. E. PALMER, *Crossley Vaines on Personal Property*, 5.ª ed., London, 1973, pp. 137-138). La división de los *liens by operation of law* tiene su explicación en el distinto origen de cada uno de los grupos, que se corresponden con la gran subdivisión del Derecho inglés (*Common Law* y *Equity*) y las tres antiguas *jurisdictions* (*Common Law Courts*, *Equity Courts*, y *Admiralty Courts*). En cualquier caso, el *lien by operation of law*, como su propio nombre indica, encuentra su justificación en una norma de Derecho objetivo, y no en una estipulación de las partes. La diferencia básica entre un *Common Law lien* y un *equitable lien* es que el primero requiere siempre la posesión del bien objeto de la preferencia por parte del acreedor (es por tanto, el equivalente de la prenda legal del Derecho alemán), mientras que un *equitable lien* no requiere la posesión de ese bien (en este sentido, la categoría se aproxima a los privilegios cuasiposesorios de los Derechos latinos). Los *maritime liens* responden a principios diversos, desarrollados durante siglos por los Tribunales especiales (*vid.* D. R. THOMAS, *Maritime Liens*, London, 1980, pp. 3 ss.). En cualquier caso, todo *statutory lien* o *lien by operation of law* coloca al acreedor que dispone de ellos en la clase de acreedores con garantías reales, y no en la de acreedores privilegiados (*preferential creditors*, o *preferred creditors*). Goode distingue entre *statutory lien* y *statutory charge* para diferenciar el derecho de retención conferido por la ley, y la garantía real de origen legal (*vid.* R. M. GOODE, *Commercial Law*, London, 1982, pp. 729-731). No obstante, el intento de Goode de restringir el término *lien* al derecho de retención y el término *charge* a la garantía real tropieza con la abundante literatura y jurisprudencia existente, así que, a pesar de ese loable intento de clarificar un abigarrado conjunto de reglas jurídicas, no es posible prescindir de la complejidad de la explicación que se ha esbozado. Por otro lado, en el Derecho estadounidense se prefiere la denominación «*statutory lien*», que revela el origen de esta causa de preferencia en la ley como acto del poder legislativo (*statute*). Además, téngase en cuenta que en el Derecho estadounidense la palabra *lien* tiene el significado genérico de «garantía real» (p. ej., lo que en Inglaterra se conoce como *floating charge* equivale al *floating lien* estadounidense).

²¹¹ En Italia, Luzzati ha analizado el privilegio especial como una prenda legal, en la que se presume el acuerdo entre las partes: «Esso ha fondamento eziandio in una presunzione di tacita convenzione delle parti, per la quale, la garanzia del soddisfacimento del credito si debba trovare negli oggetti stessi in occasione od in contemplazione dei quali il credito è sorto. Dalla presunzione legale di questa tacita stipulazione trae nascimento il rapporto diretto tra il credito e l'oggetto della garanzia. Quel rapporto diretto tra un diritto ed una cosa risponde alla nozione di un diritto reale sulla cosa stessa» (I. LUZZATI, *Dei privilegi*, cit., p. 308). Sin embargo, el privilegio especial constituiría, en ciertos casos, una garantía real de origen legal, más que una prenda legal (afirmaba Ferrandis que «la ley no constituye directamente prendas» («Introducción...», cit., p. 56)). Así, G. GORLA (*Pegnoipoteca*, cit., p. 284) no duda en calificar los privilegios de los arts. 2756, 2757, 2761, 2764 del Codice civile como prendas legales, aunque sean reguladas por normas especiales del propio Código. En sentido similar, en la doctrina española, *vid.* P. DEL POZO CARRASCOSA (*El derecho de retener en prenda del depositario*. Barcelona, 1989, p. 113), que considera el privilegio del depositario como una «prenda legal». Pérez González y Alguer denominan prenda legal al supuesto del artículo 1600 del CC (derecho de preferencia del acree-

son muy similares, en cuanto a estructura y morfología, a las garantías reales²¹², y, como éstas, reúnen los caracteres de especialidad e indivisibilidad²¹³. Además, y al igual que las garantías reales, muchos de los privilegios especiales vinculan, aun de manera imperfecta, un determinado bien desde su nacimiento, a diferencia de los privilegios generales, que no despliegan ningún efecto con anterioridad a la ejecución del crédito privilegiado. La existencia de la reipersecutoriedad de los privilegios especiales sobre muebles constituye el punto más polémico de su caracterización²¹⁴. Sin duda,

dor por refacción de cosa mueble: *vid.* B. Perez González y Alguer, en M. WOLFF, M. L. RAISER, *Derecho de cosas*, cit., p. 475). También Olivencia enumera toda una serie de privilegios especiales a los que denomina «prendas legales» (arts. 374 y 375, 665-667, 704, 867 del C. de C.: *vid.* M. OLIVENCIA, «Introducción...», cit., pp. 37-39). En realidad, la discusión sobre la existencia de prendas legales en los sistemas jurídicos latinos parece infructuosa y teñida de nominalismo. Ciertamente, la distinta evolución histórica ha separado a los derechos anglosajones y germánicos de los Derechos latinos, pero la ruptura es más terminológica que efectiva. No existe problema en aceptar que en Derecho español no existen las prendas legales, como quiere Gullón (*vid.* A. GULLÓN BALLESTEROS, *Comentarios*, cit., pp. 690 ss.), pero sí es conveniente indicar que la mayoría de los privilegios especiales están más cerca de la prenda legal que del privilegio general (correctamente, ciertos autores franceses hablan de «privilegios especiales basados en la noción de prenda»: así G. MARTY-P. RAYNAUD-Ph. JESTAZ, *Les sûretés*, cit., p. 254); también la jurisprudencia española se ha referido, en alguna ocasión a privilegios que «obedecen a la presunción de que los respectivos bienes se deben considerar tácitamente obligados al cumplimiento de las obligaciones» (STS 16 de noviembre de 1927, *Repertorio Oficial*, t. 128, pp. 385 ss.; v. también STS 24 de junio de 1941, R. 758, que atribuye la cualidad de garantías reales a los privilegios de los arts. 276, 704 y 842 del C. de C.). La diferencia fundamental que se encuentra entre los privilegios especiales y la prenda se refiere a la menor reipersecutoriedad de los primeros, además de ciertas peculiaridades que afectan a la graduación y actuación procesal de estas causas de preferencia (*vid.* J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, III, 3, cit., p. 23).

²¹² *Vid.* F. FERRARA jr., *L'ipoteca mobiliare*, cit., p. 117. Los privilegios especiales desarrollan la función de garantizar el crédito de su titular, y consisten en un derecho de garantía, destinado a operar en las relaciones de los terceros, y por tanto de naturaleza esencialmente real (G. P. GAETANO, *Dei privilegi*, en *Commentario al codice civile* (dir. M. D'AMELIO) *Libro della tutela dei diritti*, cit., p. 462). Se podrían dividir, pues, los privilegios en privilegios generales (o «de concurso») y privilegios especiales (o reales) (G. RUISI-A. PALERMO-C. PALERMO, *I privilegi*, cit., p. 14).

²¹³ La aplicación del principio de indivisibilidad sólo tiene interés respecto de los privilegios especiales. En las palabras de Andrioli, «para los privilegios generales la afirmación de la indivisibilidad no tiene sentido, porque, en relación a la cosa gravada, ésta se identifica con el entero patrimonio mobiliario (V. ANDRIOLI, *Dei privilegi*, cit., p. 75). *Vid.* D. BARBERO, *Sistema...*, cit., pp. 157-158, que examina los dos aspectos de la indivisibilidad: si la cosa pasa pro indiviso a varias personas y continúa vinculada (consecuencia inmediata de la realidad); y el aspecto más relevante de la suerte del privilegio si existe pago parcial: en tal caso no se extingue ni limita el privilegio, que continúa vinculando todos los bienes que constituyen su objeto. Véase también F. MESSINEO, *Manuale*, cit., p. 68; L. DIEZ-PICAZO-A. GULLÓN, *Sistema de Derecho privado*, II, cit., p. 245. Contra la indivisibilidad como carácter del privilegio, G. P. CHIRONI, *Trattato dei privilegi...*, cit., p. 389. La posición de Chironi es lógica, por otra parte, ya que niega el carácter de derecho real del privilegio especial. Pero si se acepta la naturaleza de derecho real, se sigue el carácter indivisible del privilegio (cfr. A. GULLÓN BALLESTEROS, *La prelación de créditos en el Código Civil*, cit., pp. 18-20; *Id.*, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, cit., p. 684, que acepta el rasgo de la indivisibilidad, aunque no defiende la naturaleza real de los privilegios especiales; cfr. M. A. BONFANTI-J. A. GARRONE, *Concursos y quiebras*, cit., p. 767). A favor de la indivisibilidad, E. BIANCHI, *Privilegi*, cit., p. 152, G. P. GAETANO, *I privilegi*, cit., p. 44.

²¹⁴ La doctrina viene constantemente afirmando el derecho de persecución del privilegio especial: *vid.* G. SEGRE, «Ancora del privilegio sulle macchine contro i suc-

este *ius sequelae* queda severamente limitado por las normas que protegen el tráfico de bienes muebles, pero no puede afirmarse que sea inexistente. De hecho, la doctrina admite sin dudas que el Código Civil reconoce al arrendador un limitado derecho de persecución de los bienes afectos a su privilegio (art. 1922 del CC). Sin embargo, de esta norma infiere la mayor parte de la doctrina que los demás privilegios especiales carecen de eficacia real²¹⁵. En realidad, el Código establece una particular tutela para uno de los privilegios especiales que más lo necesita, es decir, un privilegio en el que el acreedor no cuenta con la posesión inmediata de los bienes objeto de la preferencia. Es lógico, por tanto, que exista una tutela especial para el privilegio que no cuente con la posesión directa de los bienes que forman su objeto. En los demás casos, los acreedores con privilegios especiales pueden oponer la situación jurídico-real de la posesión de los bienes afectos a todos los sujetos que intenten apropiarse de ellos, disponiendo para ello de todas las acciones que tutelan la posesión. No cabe duda de que la tutela de los privilegios especiales está disminuida en comparación con la de las garantías reales, pero esta solución legislativa se explica por la necesaria protección de la circulación de los bienes muebles²¹⁶.

cessivi acquirenti», en *Riv. dir. comm.*, 1917, II, p. 3; G. GASCA, *I privilegi nel rapporto coi terzi*, cit., p. 109. A favor de la reipersecutoriedad de los privilegios especiales, vid. P. FLORIO, «Crediti privilegiati e diritto di sequela», en *Amm. it.*, 1990, pp. 577 ss. «El *ius perseguendi*, entendido como inoponibilidad de los derechos sucesivamente adquiridos por los terceros, tiene como único presupuesto el privilegio especial, del que constituye el efecto normal» (V. ANDRIOLI, *Dei privilegi*, cit., p. 64; vid. también G. RUISI-A. PALERMO-C. PALERMO, *I privilegi*, cit., pp. 18 ss.). El derecho de persecución se ve limitado, como se ha dicho, por la norma de protección del tráfico del artículo 464 del CC. Por ello, como se ha dicho, en la mayor parte de los casos, la polémica sobre la eficacia real de los privilegios especiales es ociosa (L. AYNÉS, *Les sûretés*, cit., p. 207).

²¹⁵ Así, A. GULLÓN BALLESTEROS, en *Comentario al CC* [Ministerio de Justicia], II, cit., p. 2070. La dicción del artículo es engañosa, pues una primera lectura parece sugerir que existe una acción de recuperación de la posesión para todos los acreedores con privilegios especiales (solución defendida por J. M.^a MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil español*, XII, Madrid, 1973, pp. 974-975). No obstante, el estudio de la historia legislativa de este artículo demuestra que la intención del legislador es la de aplicar esa norma de tutela tan sólo al arrendador: el Proyecto de 1851 lo afirmaba expresamente en su art. 1926.1.^o. Además, el estudio del Derecho comparado desvela que en otras legislaciones la tutela limitada *erga omnes* corresponde al privilegio del arrendador (v., p. ej., art. 2102.1.^o5 del Code civil francés, vid. L. AYNÉS, *Les sûretés*, cit., pp. 200-201). Como se afirma en el texto, el arrendador es, en el sistema del Código Civil (y con la única posible excepción del posadero) el único acreedor que no tiene la posesión de los bienes del deudor sobre los que ejerce su privilegio. Por eso la norma especial de tutela no es ociosa.

²¹⁶ Así, no cabe duda de que los acreedores con privilegios posesorios podrán defender la posesión de los bienes objeto del privilegio, que no deja de ser una posesión legítima (art. 446 del CC). La prenda tiene una protección más intensa, pues en caso de ser despojado el acreedor pignoraticio será de aplicación no sólo el artículo 446 del Código Civil, sino también el artículo 1869.2 del Código Civil (el acreedor podrá ejercitar las acciones que competan al dueño de la cosa pignorada para reclamarla o defenderla contra tercero» (E. SERRANO ALONSO, en *Comentario al CC* [Ministerio de Justicia], II, cit., pp. 1874-1875). El artículo 1869.2 del Código Civil no es aplicable a los privilegios especiales, según opinión mayoritaria de la doctrina. Sin embargo, es posible

La delimitación de la preferencia general y la preferencia especial que se ha defendido tiene importantes consecuencias al efectuar una clasificación de las causas de preferencia del Ordenamiento jurídico español. Esta partición pone de manifiesto que es necesario contar con dos perspectivas diferentes: de un lado, y atendiendo al origen de las causas de preferencia, así como a su función, las causas de preferencia se dividen en privilegios (y garantías reales de origen legal); y garantías reales. Desde el punto de vista estructural, esto es, tomando en consideración los elementos del derecho conferido al acreedor, es preciso distinguir entre los privilegios generales y las causas de preferencia general de origen negocial (exponentes de la preferencia general) y garantías reales, garantías reales de origen legal y privilegios especiales (exponentes de la preferencia especial). Así, las causas de preferencia en el sistema español pueden sistematizarse de acuerdo con la siguiente matriz:

	Preferencia general	Preferencia especial
ORIGEN LEGAL	Privilegios generales	Privilegios especiales Hipotecas legales
ORIGEN NEGOCIAL	Preferencia de los créditos escriturarios	Garantías reales

Esta doble clasificación justifica que en un análisis de la estructura y elementos de las causas de preferencia sean aunados los privilegios especiales y las garantías reales, mientras que un examen de la función de las causas de preferencia exige una consideración separada de los privilegios y de las garantías reales ²¹⁷. Pero además, la doble clasificación explica el malestar de la doctrina en su búsqueda de una noción unitaria del privilegio, e incluso el error de identificar dicha noción con

que la importancia que se haya dado a la existencia del artículo 1869.2 del Código Civil sea excesiva, ya que ese artículo permite que el acreedor pignoraticio pueda reaccionar frente a cualquier perturbador en la posesión del bien, pero no le permite actuar contra quien ha comprado el bien al dueño, ya que en tal caso el dueño no tiene acción para recuperar la cosa, y por ello tampoco la tiene el acreedor (*vid.* J. B. VALLET DE GOYTISOLO, «La reivindicación mobiliaria como tema fundamental del artículo 464 del Código Civil», en *ADC*, 1956, pp. 422 ss.).

²¹⁷ Además, el Código Civil utiliza este criterio estructural para clasificar las causas de preferencia, pues dedica los artículos 1922 y 1923 a establecer las causas de preferencia especial, y el artículo 1924 a enumerar las causas de preferencia general. Por ello, aunque se suele criticar que el Código coloque a la prenda y a la hipoteca entre los privilegios (así lo hacen, p. ej., A. GULLÓN BALLESTEROS, *La prelación de créditos...*, cit., p. 46; E. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, «El derecho real de hipoteca...», cit., p. 41), el criterio del Código es totalmente coherente, pues responde al criterio estructural que se ha delineado en el texto.

el concepto de privilegio general ²¹⁸. No existe una noción unitaria de privilegio ²¹⁹, o, para ser más precisos, no existe desde el punto de vista estructural. Los privilegios sólo tienen en común su origen legal, pero su estructura y elementos son muy diferentes según se trate de privilegios generales o privilegios especiales. Desde el punto de vista morfológico y estructural, las figuras del privilegio general y del privilegio especial son irreductibles ²²⁰.

Establecer la distinción entre preferencia especial y preferencia general, y desplazar el énfasis hasta este punto, desde la tradicional distinción del origen legal o negocial, permite que se analice la estructura y elementos de las causas de preferencia bajo una nueva luz, que revela las conexiones entre los privilegios especiales y las garantías reales, a las cuales se pueden aproximar en numerosos aspectos ²²¹, lo que puede tener una importancia primordial a la hora de buscar soluciones a concretos problemas prácticos. Por ello, la distinción entre privilegios generales y especiales no tiene solamente un valor clasificatorio, sino también, y sobre todo, un valor sustancial, en cuanto que a dicha distinción corresponde una profunda diversidad de contenido y de tratamiento jurídico ²²².

²¹⁸ Históricamente, se trata de una intuición correcta, puesto que en el origen de la institución, todos los privilegios (*privilegia exigendi*) eran generales. Aún es así en los Ordenamientos de matriz anglosajona y germánica (aunque en algunos de estos últimos los privilegios generales han sido abolidos, como en Austria y Alemania).

²¹⁹ En efecto, más que la diversidad entre privilegio especial y general, lo que sería preciso explicar es la utilización anfibológica del término «privilegio» para referirse a dos instituciones tan diversas. Esta anfibología es la causante de numerosos problemas en la construcción de una teoría del Derecho de la tutela preferencial del crédito.

²²⁰ Por ello muchos de los Códigos omiten una definición del privilegio: «l'omissione appare opportuna ove si consideri che, pur ponendosi in evidenza nella definizione sudetta lo scopo specifico, comune ad ogni credito privilegiato, di essere soddisfatto con preferenza sui beni del debitore, tuttavia esso non esauriva il contenuto del diritto nei riguardi di un'importante categoria di privilegi, quella dei privilegi speciali, nella quale l'effetto sudetto (pagamento preferenziale) non potrebbe ottenersi in virtù del semplice diritto di credito, ma in forza di altro diritto, di natura diversa, che inerisce al diritto di credito medesimo» (G. P. GAETANO, voz «Privilegi (diritto civile e tributario)», cit., p. 963; ID., *Dei privilegi*, en M. D'AMELIO (dir.), *Commentario al codice civile. Libro della tutela dei diritti*, cit., p. 455). En cambio, RAGUSA MAGGIORE cree en la posibilidad, al menos hipotética, de reconstruir una teoría unitaria de los privilegios (vid. G. RAGUSA MAGGIORE, «Privilegio generale e prelazione agli interessi», en *Giur. it.*, 1979, I, 1, c. 1312).

²²¹ Incluso las diferencias más evidentes, como puedan ser la necesidad de inscripción y la graduación temporal (vid. G. P. GAETANO, *I privilegi*, cit., p. 55; A. DE FILIPPO-M. VIGNALE, *La responsabilità patrimoniale*, cit., p. 19) no son diferencias de los privilegios especiales respecto a las garantías reales, sino de los privilegios especiales mobiliarios respecto de la hipoteca (vid. G. GORLA, *Le garanzie reali...*, cit., p. 10: «desde el punto de vista estructural, no hay nada que decir: preferencia-privilegio y preferencia pignoratícia son idénticas»). La semejanza de los privilegios especiales y las garantías reales es más que teórica: las consecuencias prácticas son importantes, sobre todo a la hora de definir la aplicación de normas típicas de la garantía real.

²²² Como ya se indicaba en la *Relazione al Re*, sub artículo 2746 del Código Civil, n. 1129, se trata de un criterio de diferenciación que no reposa solamente sobre la pluralidad o singularidad de las cosas que forman el objeto del privilegio, sino también sobre el contenido de los poderes conferidos al acreedor. Vid. G. P. GAETANO, *I privilegi*, cit., p. 79;

3.4.1 Las manifestaciones de la preferencia general en el Derecho español

Una vez definida la preferencia general, y convenientemente distinguida de la preferencia especial, es posible delimitar el ámbito que corresponde a la preferencia general en el Derecho español.

En el Derecho histórico español, como en el del resto de países europeos, la preferencia general ha conocido formas convencionales y legales. Así pues, las hipotecas generales del Derecho intermedio son exponentes de la preferencia general. En efecto, dichas hipotecas conferían una preferencia al acreedor sobre el producto de todos los bienes del patrimonio del deudor. Paralelamente, resulta claro que dichas hipotecas no conferían ningún derecho real, ni facultad alguna de contenido jurídico-real, sobre el patrimonio del deudor, ya que éste seguía facultado para realizar enajenaciones de los elementos que formaban su patrimonio.

Junto a las hipotecas generales, único exponente de preferencia general de origen negocial, existían los privilegios generales y las hipotecas legales generales, figuras ambas cuyos contornos aparecen difusos durante una larga época histórica.

La enunciación del principio de especialidad, defendido en las codificaciones europeas, acabó con las hipotecas generales en el Derecho continental europeo. Así, el Derecho español, a partir de la promulgación de la Ley Hipotecaria de 1861, suprime las hipotecas generales. Sin embargo, el Derecho español fue el único, de todo el continente, que conservó causas de preferencia general de origen negocial, verdaderas reminiscencias de las hipotecas generales. Así, los créditos que consten en escritura pública o póliza intervenida por fedatario público gozan de un derecho de preferencia sobre los créditos ordinarios (art. 913.4.º del C. de C.; art. 1924.3.º del CC). Éste es un claro supuesto de causa de preferencia general de origen negocial, ya que confiere al acreedor un derecho de preferencia referido al producto de la ejecución del patrimonio del deudor, y depende de la voluntad de las partes para su nacimiento, más que de la voluntad legal ²²³.

G. SCAFIDI-V. SPITALERI, *Privilegi*, cit., p. 4. La relevancia de la distinción, sobre todo, se encuentra en la oponibilidad a los terceros de la causa de preferencia (V. ANDRIOLI, *Dei privilegi*, cit., p. 58).

²²³ En efecto, mal puede configurarse esta causa de preferencia como un «privilegio», si con este término se hace referencia a una causa de preferencia legal, pues, aunque sea la ley la que establezca las condiciones necesarias para adquirir el derecho de preferencia, es el acuerdo de las partes la única causa determinante (a tenor del art. 1279 del CC, no es obligatorio que los contratos de préstamo consten en escritura pública para que produzcan sus efectos, así que no está obligado el deudor a otorgar escritura pública). Argumentar de otro modo es equivalente a afirmar que la hipoteca es una causa de preferencia de origen legal, pues la ley establece que el crédito deberá constar en escritura pública, y dicha escritura ha de ser inscrita en el Registro de la propiedad. Totalmente diverso es el supuesto de la preferencia que se confiere a los créditos que consten en sentencia firme (art. 1924. 3.º del CC). Este caso, que constituye un residuo

No obstante, la preferencia general tiene sus manifestaciones principales en el campo de las causas de preferencia de origen legal. Así, los privilegios generales se amoldan totalmente a las características de la preferencia general: protegen al acreedor mediante la atribución de un derecho de preferencia que puede ser ejercitado respecto del producto de la ejecución de todos los bienes del deudor, y no confieren ningún derecho real sobre dichos bienes. De este modo, el privilegio general otorga al acreedor un derecho ejercitable frente a los acreedores del deudor que queden situados en una posición inferior de la graduación.

La preferencia general, en definitiva, desarrolla en el actual Derecho español la función fundamental consistente en proteger a los acreedores designados expresamente por la ley. Como causa de preferencia legal, los privilegios generales constituyen una técnica de tutela eficaz, ya que la efectiva protección del crédito privilegiado depende de la existencia de bienes suficientes en el patrimonio del deudor, pero no del estado y situación de determinados bienes del deudor. En este sentido, los privilegios generales representan una causa de preferencia de mayor seguridad que las causas de preferencia especial, y mucho más indicada para articular la tutela de los acreedores imposibilitados de ejercer cierto control o de utilizar medidas de presión sobre el deudor.

No obstante, existe un riesgo evidente en la utilización de privilegios generales como medida principal de tutela de los acreedores señalados por la ley: la superposición de privilegios generales hace ineficaces aquellos privilegios situados en un puesto jerárquicamente inferior de la graduación.

3.4.2 Las manifestaciones de la preferencia especial en el Derecho español: en particular, los tipos de privilegios especiales

La preferencia especial se ha desarrollado ampliamente en el sistema jurídico español, como en los demás Ordenamientos jurídicos de la Europa continental, o acaso en mayor medida que en algunos de ellos. El desarrollo de la preferencia especial se ha realizado a expensas de la preferencia general y del principio de tutela proporcional de los derechos de crédito.

Como se ha indicado, la preferencia especial confiere al acreedor un derecho de preferencia sobre el producto de la ejecución de un bien o varios bienes determinados. Debido a la limitación de los efectos de este derecho de preferencia, el acreedor dispone de medios de tutela adicionales, inexistentes en la preferencia general. Así, para proteger el derecho de preferencia, se atribuye al acreedor un derecho real, o ciertos poderes de naturaleza real o cuasi real. De esta manera el acreedor vincula el bien objeto del privilegio al ejercicio de su derecho

de la antigua hipoteca judicial, se aproxima más a una causa de preferencia legal: no es el consentimiento de las partes un requisito del nacimiento del derecho de preferencia, sino que el acreedor ejerza una determinada actividad procesal sobre estas causas de preferencia.

de crédito preferente. Resumiendo, podría decirse que el derecho de preferencia protege el crédito, y el derecho real protege el derecho de preferencia.

La posibilidad de vincular un determinado bien al pago de una obligación hace que la preferencia especial sea particularmente conveniente para garantizar contratos de préstamo. Por ello, las causas de preferencia especial más importantes, son, sin duda, las garantías reales de origen negocial, que desarrollan una función trascendental en la ordenación privada del crédito. Sin embargo, no existe una sola causa de preferencia especial, sino varias, que el Ordenamiento ha dispuesto teniendo en cuenta, sobre todo, la naturaleza del bien que ha de ser su objeto. Así, el sistema de garantías reales de origen negocial del Derecho español se basa en la prenda de muebles y la hipoteca de inmuebles. Para cubrir las lagunas que esta ordenación presenta respecto de las necesidades de financiación de la empresa moderna, el sistema se ha completado con la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento, que gravan bienes muebles identificables²²⁴. A estas garantías reales puede añadirse la reserva de dominio utilizada en la compraventa de bienes muebles, que en el Derecho español desempeña una función muy similar a la de una hipoteca mobiliaria.

Pero el legislador también ha utilizado la técnica de la preferencia especial para proteger a los acreedores que considera dignos de tutela. Así, existen causas de preferencia de origen legal que reflejan, aun con numerosas peculiaridades, las diferentes garantías reales utilizadas en el tráfico privado.

Las hipotecas legales, en primer lugar, son verdaderas hipotecas, que cumplen los requisitos de publicidad propios de las hipotecas convencionales, y la única diferencia entre unas y otras radica en su diverso origen. Los privilegios inmobiliarios son idénticos a las hipotecas legales. En algunos casos, se dispensa a los acreedores tutelados por estas causas de preferencia especial de la necesidad de inscribir su causa de preferencia (hipotecas legales tácitas).

Los privilegios especiales mobiliarios mantienen la estructura básica de la preferencia especial: en ellos se confiere al acreedor un derecho de preferencia sobre el producto de la ejecución de un determinado bien, y se asegura dicho derecho de preferencia con ciertos poderes de naturaleza real o cuasi real. No obstante, la necesidad de proteger el tráfico mobiliario, la falta de mecanismos fiables de publicidad, y el automatismo en el nacimiento de los privilegios, constituyen factores que militan a favor de la restricción de los poderes de carácter real de los acreedores titulares de privilegios especiales sobre bienes muebles.

²²⁴ Precisamente en los distintos niveles de identificabilidad radica la diferencia entre la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento, dado que la primera grava sobre bienes fácilmente identificables, pero la prenda sin desplazamiento requiere datos adicionales, como el del *status loci*, para determinar el objeto de la preferencia.

La categoría de los privilegios especiales sobre bienes muebles parece la más indicada para cubrir el déficit de tutela que puedan presentar acreedores con relaciones contractuales con el deudor, o cualesquiera situaciones en las que el acreedor adquiere la posesión o el control de algunos bienes del deudor, siempre que dicho acreedor se encuentre en condiciones de adoptar medidas de autotutela. En ese caso, el privilegio especial puede ser una técnica adecuada para proteger a ciertos acreedores. No obstante, la efectividad del privilegio requiere que exista cierta proporción entre el crédito privilegiado y el objeto del privilegio. En otro caso, la tutela ofrecida por el Derecho puede resultar perfectamente inútil.

Las técnicas adoptadas en la configuración de los privilegios especiales varían considerablemente. Ello es debido, sin duda, a la extraordinaria variedad de las relaciones jurídicas protegidas mediante privilegios especiales y a la larga evolución histórica de esta categoría de causas de preferencia. De todos modos, el prototipo de los privilegios especiales lo constituyen los llamados *privilegios posesorios*, es decir, aquellos en los que el acreedor tiene la posesión de los bienes objeto del privilegio. Estos privilegios se aproximan a la prenda de manera muy notable. Una variación respecto de estos privilegios la marcan los denominados *privilegios cuasi-posesorios*, en los que el acreedor no ostenta la posesión inmediata de los bienes objeto del privilegio, pero éstos se encuentran en un determinado lugar (*status loci*) sobre el que el acreedor tiene el dominio u otro tipo de poder directo. Un paso ulterior en la evolución de los privilegios especiales, que refleja, aunque de manera más rudimentaria, la evolución de las garantías reales, lo constituyen los *privilegios inscripcionales o registrales*, es decir, aquellos privilegios especiales que requieren una inscripción registral para su plena validez²²⁵. Tales privilegios sólo existen sobre bienes inmuebles en el Derecho español, y se aproximan considerablemente a las hipotecas legales. En definitiva, se aprecia claramente cómo los expedientes técnicos utilizados para la protección de la preferencia especial son muy variados, hasta el punto de que el verdadero supuesto excepcional en el Derecho español lo constituyen los privilegios especiales que no van acompañados de ningún tipo de derecho o poder adicional (privilegios especiales simples)²²⁶.

²²⁵ Cfr. J. A. ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, *El Registro de la Propiedad y el sistema de preferencias crediticias*, Granada, 1995, pp. 157 ss. («privilegios especiales fundados en la inscripción registral»). Existe una significativa diferencia con la clasificación que se ha realizado en el texto y la que elabora en su obra Álvarez Caperochipi, ya que este autor considera que la causa de la concesión del privilegio radica en la propia inscripción, cuando en realidad la inscripción no es sino uno de los presupuestos del nacimiento del privilegio, a la par que una importante medida de protección del acreedor privilegiado. El fundamento del privilegio se encuentra en particularidades de la relación crediticia, no en la inscripción registral, que es externa a la preferencia.

²²⁶ Se trata de privilegios como el de los créditos refaccionarios sobre bienes inmuebles que no han sido inscritos. En dicho privilegio, no existe ningún derecho aparte del de preferencia. Así, solamente de estos privilegios se puede decir que la única diferencia con los privilegios especiales se encuentra en el objeto de la preferencia.

4. LA PREFERENCIA ATÍPICA

A pesar de las líneas generales descritas, que trazan los contornos de las causas de preferencia típicas en el sistema español de tutela del crédito, es preciso añadir que existen instituciones situadas fuera del ámbito de este sistema, pero que interfieren con el mismo, al crear situaciones de preferencia que no encajan dentro de los moldes técnicos previstos ²²⁷.

En efecto, en el Ordenamiento jurídico español, como en la mayoría de los Ordenamientos, existen situaciones jurídicas que se resuelven en la preferencia de un determinado crédito, a pesar de no existir un derecho de preferencia atribuido específicamente por la ley. De acuerdo con la definición de la preferencia, ésta consiste en un derecho atribuido o reconocido por la ley. A su vez la ley opera, a través de la atribución de diferentes derechos de preferencia, la graduación de todos los créditos. Sin embargo, las causas atípicas de preferencia no consisten en la atribución legal de un derecho frente a los demás acreedores del deudor común, sino que se trata de situaciones en las que se aprovecha el efecto de normas cuya función es enteramente ajena a la tutela del crédito, para lograr así un resultado de preferencia, al margen incluso de la graduación de créditos pretendida por el legislador ²²⁸. Por ello se utiliza el término «preferencia atípica», ya que estas situaciones de preferencia no encajan dentro de ninguna de las causas típicas examinadas anteriormente. Son los acreedores quienes se sirven de las técnicas más dispares para conseguir un resultado de preferencia, que los sitúa, frecuentemente, en una posición superior a la de la graduación de créditos provistos de causas de preferencia.

El método más empleado por los acreedores se basa en el uso de las reglas sobre la transmisión de la propiedad para lograr de manera efectiva un resultado de preferencia: en la primera de las técnicas posibles, el deudor transmite la propiedad de un determinado bien (un inmueble, un crédito, etc.), mientras que el acreedor le concede un crédito ²²⁹. En este supuesto no existe preferencia, puesto que el acreedor no tiene un derecho frente a los demás acreedores que ase-

²²⁷ En la doctrina alemana, estas causas de preferencia se denominan «negocios de garantía atípicos» (*atypischen Sicherungsgeschäfte*): vid. J. F. BAUR-R. STÜRNER, *Lehrbuch des Sachenrechts*, cit., pp. 609 ss.; algunos autores franceses emplean la expresión «sûretés par voie détournée» (M. CABRILLAC-C. MOULY, *Droit des sûretés*, cit., pp. 399 ss.)

²²⁸ Vid. M. OLIVENCIA, «Introducción...», cit., pp. 53-54 («utilización de negocios jurídicos con fines de garantía»). Como puede apreciarse, la estructura de las causas atípicas de preferencia es peligrosamente similar a la del fraude de ley (cfr. art. 6.4 del CC): la utilización de una norma de cobertura para lograr un resultado distinto al que atribuiría la ley a una determinada situación. Por ello, su validez ha de ser puesta en entredicho.

²²⁹ También se utilizan, las normas sobre extinción de las obligaciones por compensación, aunque la eficacia de esta técnica es más limitada en el Derecho español que en otros sistemas.

gure la satisfacción preferente de su crédito. Sin embargo, el acreedor dispone de la propiedad del bien que le fue transmitido por el deudor, con lo cual su crédito, *de facto*, recibe un tratamiento preferente, ya que puede utilizar el bien para compensar la pérdida patrimonial causada por el impago del crédito.

La segunda posibilidad es inversa a la anterior: cuando el crédito que se desea proteger tiene relación con una venta o una operación de financiación de la adquisición de un bien, el acreedor retrasa la transmisión de dicho bien hasta la devolución completa del crédito. En este caso, como en el anterior, puede apreciarse que al acreedor se le otorga, por convención de las partes, un derecho real, pero este derecho real es completamente diverso, en su estructura y función, del derecho real contenido en la preferencia especial: en la preferencia especial, el derecho real es accesorio del derecho de preferencia, y ambos son accesorios del derecho de crédito, cuya satisfacción protegen. En las causas de preferencia atípicas, en cambio, el derecho real tiene una existencia independiente del crédito, y su función protectora del crédito sólo existe en virtud de un pacto establecido entre el acreedor y el deudor. La ligazón entre el derecho real y el derecho de crédito la establecen las partes, a diferencia de las causas de preferencia especial, en las que tal ligazón está definida por la ley, aun en las causas de preferencia de origen negocial. Además, esa ligazón es diversa en las causas atípicas de preferencia, puesto que en ellas el derecho real no es en absoluto accesorio del crédito, pues no existe relación de dependencia ni de instrumentalidad entre ambos. En efecto, en las causas de preferencia especial el acreedor puede ejecutar su crédito sobre un determinado objeto gracias a la protección del derecho real; y en las causas atípicas de preferencia la falta de satisfacción del crédito justifica la conservación del derecho real. Se invierten los términos: el derecho real aparece como el efecto principal de la operación, y la relación crediticia desarrolla efectos sobre ella, justo al revés de lo que sucede en las causas de preferencia especial. Por si fuera poco, en estas causas atípicas de preferencia no existe un verdadero derecho de preferencia, sino una situación de preferencia. En efecto, no existe ningún derecho del acreedor frente a los demás acreedores, sino un derecho real que puede oponer a todos los terceros, incluyendo a los acreedores, y al propio deudor, siempre que éste incumpla los términos del contrato de crédito. Es decir, la preferencia deriva de la eficacia *erga omnes* de los derechos reales, pero no de la existencia de un derecho de preferencia, cuya eficacia, como se ha visto, se circunscribe necesariamente a la esfera de los acreedores del deudor común.

Es conveniente examinar la licitud de estas técnicas, y sus perturbaciones sobre el sistema de tutela del crédito, pero ya desde este momento puede afirmarse que las causas atípicas de preferencia interfieren gravemente en el sistema de tutela del crédito, ya que no existen normas que las regulen, y sobre todo, no existen normas que regulen las relaciones entre estas causas atípicas de preferencia y los créditos verdaderamente protegidos por voluntad del legislador.

III. LA AUSENCIA DE PREFERENCIA Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Fuera del derecho de preferencia y sus diversas manifestaciones, los acreedores ordinarios disponen de los instrumentos comunes de tutela del crédito. De entre ellos, destaca la acción ejecutiva, que procura la satisfacción del crédito mediante la ejecución del patrimonio del deudor. Cualquier acreedor, por el hecho de disponer de un derecho de crédito, puede dirigirse a los tribunales y obtener el pago de las cantidades que el sujeto incumplidor le adeude. Cada uno de los acreedores puede obtener un pago completo a través de la acción ejecutiva, y con ello no hace sino ejercer el derecho que le reconoce la ley. Sin embargo, cuando varios acreedores concurren en la ejecución del patrimonio del deudor y ninguno de ellos tiene atribuido un derecho de preferencia, se presenta la cuestión de la distribución del producto de la ejecución entre los acreedores (acreedores comunes, u ordinarios). Obviamente, si el producto de la ejecución basta para satisfacer por completo los créditos concurrentes, no existe problema alguno. La situación es bien diversa cuando el producto de la ejecución no es suficiente para lograr esa satisfacción plena, bien por la insuficiencia del patrimonio del deudor, bien por el ejercicio de los derechos de preferencia de otros acreedores.

En esa situación, a falta de derechos de preferencia, ningún acreedor puede ostentar un derecho frente a los demás, ni puede, por lo tanto, considerar a ninguno de los demás acreedores como sujeto pasivo de un derecho a él atribuido²³⁰. Cada acreedor tiene un derecho de crédito frente al deudor, pero todos ellos carecen de derechos que les permitan obligar a los demás acreedores a soportar la satisfacción completa de ese crédito²³¹. De aquí se colige que todos los acreedores pueden actuar contra el deudor en ejercicio de su derecho de crédito, y ninguno de ellos puede impedir que los demás acreedores ejerzan ese mismo derecho. Aparentemente, pues, todos los acreedores ejercen igualmente las acciones para reclamar el pago de sus respectivos créditos y han de obtener un pago igual. Sin embargo, el concepto de «igualdad» puede recibir interpretaciones muy diversas. En realidad, el Derecho concursal se dedica a regular el ejercicio de la acción colectiva de los acreedores ordinarios, obligando a éstos a acumular todas sus pretensiones, formando el «pasivo concursal ordinario». La canti-

²³⁰ Por ello, la situación es justamente la inversa a la descrita por López Alarcón: «la ley del concurso conduce, por excepción, al derecho de preferencia» (M. LÓPEZ ALARCÓN, *El derecho de preferencia*, cit., p. 33). En realidad, la ausencia de derechos de preferencia conduce a la aplicación de la regla proporcional.

²³¹ Así, el principio de proporcionalidad tiene una doble vertiente: del lado negativo, el principio se aplica fundamentalmente por la ausencia de causas de preferencia; del lado positivo, se trata de la norma que ha de regir la concurrencia de acreedores ordinarios en el concurso.

dad compuesta por el pasivo concursal ordinario habrá de confrontarse con la cantidad obtenida en la liquidación del patrimonio del deudor, una vez satisfechos los créditos contra la masa y los créditos con preferencia. De la confrontación entre una cantidad y otra se obtendrá el cociente que servirá de medida para la satisfacción de todos los créditos ordinarios²³². Éste es el mecanismo que denominamos regla de reparto proporcional, expresión máxima, como es obvio, del principio de proporcionalidad²³³.

La norma de reparto proporcional constituye una medida de tutela del derecho de crédito que beneficia a todo acreedor. Con esta norma se impide que los acreedores que cuentan con un derecho de la misma naturaleza puedan imponerse a los demás, disminuyendo así el daño que la insolvencia produce a los acreedores ordinarios. De todos modos, como norma de tutela instituida a favor de los acreedores, es renunciable (acuerdos de subordinación)²³⁴.

No están claras las razones por las que el Derecho ha adoptado este sistema de resolución del conflicto entre los acreedores ordinarios: a pesar de que se trata de un dato jurídico comúnmente aceptado, existe un gran desconocimiento sobre las causas que provocaron la adopción de esa regla²³⁵. Además, aunque existe una fuerte ten-

²³² Se trata de una operación aritmética extraordinariamente simple: si existe un pasivo ordinario de 100.000.000 de euros, y la cantidad obtenida en la ejecución concursal es de 40.000.000 de euros, cada crédito ordinario será satisfecho en un 40 por 100.

²³³ Así, J. DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, cit., I, p. 133. El artículo 604.1.º del Código Civil portugués contiene una interesante descripción del fenómeno: «Não existindo causas legítimas de preferência, os credores têm o direito de ser pagos proporcionalmente pelo preço dos bens do devedor, quando ele não chegue para integral satisfação dos débitos».

²³⁴ En efecto, los acuerdos de subordinación consisten en «una renuncia irrevocable, por parte de los acreedores que los suscriben, a su derecho de paridad de tratamiento respecto de los demás acreedores ordinarios» (G. B. PORTALE, «“Prestiti subordinati” e “prestiti irredimibili”», en *Banca, borsa, tit. cred.*, 1996, I, pp. 1 ss., p. 5; M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours*, cit., p. 36). Como renuncia a un derecho por parte del acreedor, se trata de un acto perfectamente válido, salvo que con ella se intente perjudicar los intereses de terceros: *vid.* G. A. PENN-A. M. SHEA-A. ARORA, *The Law relating to Domestic Banking*, London, 1987, p. 152).

²³⁵ En este sentido, indagar sobre el porqué de la existencia de la regla proporcional puede parecer similar a averiguar por qué el agua es transparente: es decir, se trata de un hecho comúnmente aceptado, pero el conocimiento de las causas del fenómeno suele ser inexistente. Es más, se diría que es más fácil encontrar personas que sepan por qué el agua es transparente que encontrar juristas que estén en condiciones de justificar la norma de reparto proporcional. De hecho, existen construcciones jurídicas sorprendentes que tratan de explicar la regla de la proporcionalidad (más conocida como principio de igualdad de los acreedores): entre esas construcciones jurídicas, llama la atención la elaborada por Grégoire, que afirma que al abrirse el procedimiento concursal, el Juez decreta un embargo sobre todos los bienes del deudor, lo que la autora interpreta como el surgimiento de un derecho real. Ese derecho real vincula todo el patrimonio del deudor y beneficia a todos los acreedores concursales. Como la regla en materia de derechos reales es el principio de prioridad temporal, y en este caso el derecho real de los acreedores surge al mismo tiempo, se deduce que todos ellos deberán ser tratados igualmente (*vid.* M.

dencia a concebir la regla proporcional como la única solución posible al problema del concurso, no es así; se puede argumentar incluso que ni siquiera constituye la solución más lógica ²³⁶. Así, el problema del concurso podría resolverse estableciendo un pago igual de todos los acreedores; o podría establecerse el pago en primer lugar de los créditos de importe menor, o a la inversa, satisfacer en primer lugar los créditos de mayor importe revelan ideas diferentes de justicia. Será preciso, por tanto, explorar en detalle cuáles han sido las causas, históricas y económicas, que han forjado la regla de reparto proporcional.

Fuera de la resolución del conflicto entre acreedores ordinarios, la regla proporcional se aplica también a aquellas situaciones en las que un acreedor no puede hacer valer un derecho de preferencia frente a otro, porque este último tiene un derecho de preferencia de igual fuerza. Esta situación puede darse en todas las causas de preferencia: así, por ejemplo, en el caso de varios trabajadores que reclaman sus respectivos créditos salariales, o en el caso de concurrencia de dos acreedores escriturarios cuyos derechos de preferencia tengan la misma fecha de nacimiento.

GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours*, cit., pp. 26 ss.). Esta teoría merece señalarse como una perfecta muestra de los vanos intentos de justificar jurídicamente la regla proporcional. En este caso, Grégoire confunde la causa (la existencia de una regla sustantiva de tratamiento proporcional) con el efecto (la necesidad de proteger procesalmente la eficacia de la regla proporcional, mediante la ocupación de los bienes del deudor), aparte de que no puede aducirse, desde el punto de vista dogmático, que surja un derecho real con el embargo de los bienes del deudor, salvo que esta teoría se trate, como bien pudiera ser, del último paso en la tendencia hacia la suplantación de las normas de Derecho de obligaciones por las de los derechos reales (aunque en este caso sean coincidentes). Además, no sería posible explicar, con arreglo a la teoría mencionada, la regla de la proporcionalidad en los procedimientos en los que no existe un embargo de los bienes del deudor (como el *Chapter 11* estadounidense, la suspensión de pagos, y los demás procedimientos funcionalmente equivalentes en otros países).

²³⁶ Está muy extendida la opinión de que la regla proporcional, o, en la terminología que se ha impuesto en la doctrina, la *par condicio creditorum*, no es sino «un reflejo lógico» de la norma del artículo 1911 del Código Civil (así, p. ej., E. ROCA TRÍAS, «Rasgos básicos...», cit., p. 155). Sin embargo, la regla de la proporcionalidad no es en absoluto la única posible, ni está avalada por razones lógicas, sino exclusivamente económicas. De hecho, desde el punto de vista lógico, habría que concluir que el ejercicio de la acción ejecutiva de los acreedores ordinarios puede ser simultáneo. Si se acepta, entonces, que el ejercicio de dichas acciones puede ser simultáneo, como lo es en un procedimiento concursal, el desarrollo de esa ejecución depararía el siguiente resultado: cada acreedor recibiría la primera peseta obtenida en la ejecución, y el producto de la ejecución se iría distribuyendo entre todos los acreedores conforme se fuesen obteniendo las cantidades líquidas. Esto resultaría en una distribución igual (que no proporcional) entre los acreedores, que a su vez significaría que los pequeños acreedores cobrarían íntegramente su crédito, mientras que los grandes acreedores verían satisfecho su crédito sólo en una mínima parte en una situación de insolvencia, ya que ellos soportarían por completo la pérdida derivada de la insolvencia.

La aplicación de la regla de reparto proporcional a estas hipótesis revela su valor como norma residual ²³⁷. La regla proporcional debe aplicarse siempre que no pueda afirmarse la existencia de un derecho de preferencia de un acreedor frente a otro u otros. Por tanto, el principio de proporcionalidad actúa como cierre del sistema, incluso en un Derecho saturado de causas de preferencia, como el español ²³⁸.

²³⁷ De hecho, la norma de reparto proporcional es utilizada por el Derecho español en otros ámbitos diferentes del de la tutela de los créditos en conflicto: así, p. ej., en materia de imputación de pagos, el artículo 1174 del Código Civil utiliza como última regla de imputación el prorrateo entre todos los créditos, como «último escalón supletorio» (R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, en *Comentario al CC* [Ministerio de Justicia], II, cit., pp. 239 ss., p. 241; v. también art. 1145.3.º del CC). «La igualdad existe sólo entre los acreedores sin título público, y es residual y subsidiaria» (J. A. ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, *El Registro de la Propiedad...*, cit., p. 128).

²³⁸ Por ello, es de la máxima gravedad que los acreedores puedan utilizar mecanismos técnicos para lograr el resultado de la preferencia de un crédito, al margen de las causas típicas de preferencia que establece el Ordenamiento jurídico. Admitir la posibilidad de creación de causas atípicas de preferencia equivale a agravar irremediablemente la erosión del principio de proporcionalidad. Otra cuestión, bien diversa, es la de la distinción entre el uso lícito de todas las técnicas que el Derecho deja en manos de los particulares, y la creación de causas atípicas de preferencia.

Eficacia de los pactos de exclusiva

ALMA M.º RODRÍGUEZ GUITIÁN

Profesora Titular interina de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. *Consideraciones generales sobre los pactos de exclusiva.*—II. *Vulneración de exclusiva por deudor y tercero: Punto de confluencia de la categoría de los contratos en daño de tercero y la tutela aquiliana del crédito.*—III. *Estado de la cuestión en el Derecho Comparado.*—IV. *Clases de violaciones de pactos de exclusiva: directas e indirectas. Especial mención de las vulneraciones indirectas de pactos de exclusiva.*—V. *Violaciones directas de pactos de exclusiva.* 1. La responsabilidad del deudor. 2. La responsabilidad del tercero: A) Condiciones para la responsabilidad. B) Fundamento de la responsabilidad: b.1. Tutela aquiliana del crédito; b.2. Normativa de Competencia Desleal; b.3. Normativa de Propiedad Intelectual. V.III. Medios de defensa del acreedor lesionado: A) Remedios específicos. B) Modo de actuar frente a los responsables en caso de demanda conjunta a deudor y tercero.

I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LOS PACTOS DE EXCLUSIVA

Ya en el año 1967 la doctrina española señalaba las frecuentes modificaciones, a través de pactos privados, del principio de libertad de contratación en las relaciones mercantiles. Tal restricción voluntaria de la libertad de contratar llevaba consigo la limitación de la libre concurrencia, y uno de los medios más utilizados para ello era el pacto de exclusiva¹. Los pactos de exclusiva carecían de regulación específica en el Ordenamiento y es sobre todo la jurisprudencia del Tribunal Supremo la que, a través de múltiples resoluciones, va perfilando un cuerpo doctrinal relativo a dichos pactos. Es corriente que estos pactos se incluyan en diversos contratos pasando a convertirse en cláusulas de los mismos.

¹ En España son escasos los artículos monográficos dedicados al tema de los pactos o convenios de exclusiva. La autora que con mayor amplitud los ha estudiado es PUENTE MUÑOZ, T., a través de dos trabajos: «El pacto de exclusiva en la compraventa y el suministro» y «El pacto de exclusiva en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», ambos publicados en la *RDM* (el primero en el núm. 103, 1967, pp.75-87, y el segundo en el núm. 121, 1971, pp. 443-462).

Pero no necesariamente, ya que puede tratarse también de un pacto independiente, acordado con anterioridad a toda relación contractual entre las partes. La primera resolución del Tribunal Supremo en la que aparece una cláusula de exclusiva es la STS 23 de marzo de 1921 (*Col. leg. núm. 90*), relativa a un supuesto de arrendamiento de servicios artísticos, de la cual tendremos ocasión de hablar en profundidad más adelante. Sin embargo, no es en esta sentencia donde se califica al pacto de exclusiva como tal, admitiendo por fin esta figura jurídica en nuestro Ordenamiento (frente a otros, como el italiano, cuyo Código Civil lo reconoce ya en 1942 en sede de contrato de suministro), sino en la STS 29 de octubre de 1955 (Ar. 3090) en que se define de un modo preciso como «una obligación de no hacer, respecto del tipo de prestación objeto del contrato, bien obligación de no realizar en favor de otros una prestación semejante, lo que se refleja en un mayor valor de la prestación para el acreedor, aparentemente en una cualidad de la prestación, o bien obligación de no recibir de otros una prestación semejante que se refleja a favor del deudor en un mayor valor de su actividad (acaparamiento del mercado), o bien ambas obligaciones, en todo caso dentro de límites de tiempo, frecuentemente también de espacio...»².

Durante mucho tiempo ha sido objeto de discusión la validez de este tipo de pactos y se dudó sobre su inclusión dentro de las conductas sancionadas en la Ley de Prácticas Restrictivas de la Competencia de 1963. No obstante la STS 18 de marzo de 1966 (Ar. 1288) señala ya en su considerando primero que es un pacto que el artículo 1255 del Código Civil permite por no ser contrario a la ley, a la moral y al orden público. En la actualidad el Real Decreto 157/1992 de 21 de febrero («BOE» 29 de febrero de 92 núm. 52) ha ampliado el campo de legalidad de tales cláusulas, en cuanto desarrolla la Ley 19/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y permite tanto una serie de categorías de acuerdos con cláusula de exclusiva siempre que participen únicamente dos empresas y que afecten sólo al mercado nacional (arts. 1 y 2), como la autorización singular de determinados acuerdos no recogidos en las categorías de los anteriores artículos (art. 3). De todas formas parece que los límites objetivo, espacial y temporal a que deben someterse los pactos de exclusiva constituyen una buena justificación de su licitud y validez, ya que con tales límites la exclusiva no infringe el orden público económico que la actual Ley de Defensa de la Competencia trata de tutelar.

El pacto de exclusiva proporciona una situación de privilegio a una o a ambas partes contratantes, según que se trate de una exclusiva uni-

² Aclara Díez-PICAZO, L. en su comentario a tal sentencia en *EJC*, vol. I, reimp. de la 2.^a edición, Tecnos, Madrid, 1979, p. 396; que como toda prestación es el objeto de un contrato, lo que en definitiva trata de impedir la exclusiva es la celebración de determinados convenios. Incluye, pues, una obligación de no contratar. Ahora bien, no se trata tanto de la prohibición de celebrar contratos cuanto de la prohibición de darles cumplimiento en una zona y en un tiempo determinados. Evidentemente al beneficiario de la exclusiva no le perjudica la simple celebración del contrato de su deudor con un tercero, sino la ejecución del mismo.

lateral o bilateral. La limitación de la competencia que el pacto lleva consigo se traduce en una elevación del valor económico de la prestación e implica una seguridad para cada una de las partes contratantes, bien en la adquisición de las mercaderías, bienes o servicios, bien en la colocación de dichos bienes. Incluso es un instrumento de colaboración entre empresas, ya que permite la planificación de la producción por medio de la organización de la distribución de bienes y servicios. En fin, es un medio eficaz para la expansión de las operaciones mercantiles ³.

Es muy amplia hoy en día la esfera de aplicación de esta figura jurídica: se pactan en exclusiva las actividades artísticas (estrellas de cine, cantantes...), las actividades deportivas (contratación de futbolistas y la de los ciclistas que llevan a cabo la publicidad de determinadas casas comerciales), las cinematográficas (contrato de exhibición de películas), los servicios de representación, comisión, agencia, las actividades profesionales (como las de arquitectos y científicos) y la edición de obras literarias, científicas o artísticas, entre otras ⁴.

No obstante, el objeto de este artículo no pretende ser un análisis exhaustivo del régimen jurídico del pacto de exclusiva en nuestro Ordenamiento, ya que, fuera de las observaciones antes indicadas que tratan únicamente de dar una visión de conjunto a quien no está familiarizado con esta figura, su finalidad no es otra que el intento de desentrañar el oscuro tema de la eficacia de la exclusiva, en concreto, el supuesto de su vulneración conjunta por el deudor y un tercero.

II. VULNERACIÓN DE EXCLUSIVA POR DEUDOR Y TERCERO: PUNTO DE CONFLUENCIA DE LA CATEGORÍA DE LOS CONTRATOS EN DAÑO DE TERCERO Y LA TUTELA AQUILIANA DEL CRÉDITO

El problema que tratamos de aclarar es el siguiente: *A* realiza un contrato con cláusula de exclusiva en favor de *B*. Posteriormente, vigente aún el primer contrato, *A* efectúa y ejecuta un segundo contrato con *C*, tercero que conoce la existencia de la exclusiva anterior (ejemplos típicos son la celebración de un contrato de arrendamiento de servicios artísticos por el que el cantante se compromete a grabar determinadas canciones en exclusiva para una casa discográfica y al cabo del tiempo contrata con una segunda casa discográfica, que graba aquellos mismos temas objeto de la exclusiva; o un contrato de venta en exclusiva en favor del comprador, por el que el vendedor se compromete a vender en la zona reservada sólo a este último y después contrata por segunda vez

³ PUENTE MUÑOZ, T.: «El pacto de exclusiva en la compraventa y el suministro»..., cit., pp. 86-87.

⁴ *Idem*, cit., pp. 87-88.

con un tercero, vendiéndole en la zona de exclusiva). La cuestión fundamental es ésta: a quién obliga la exclusiva. Es decir, frente a quién es eficaz. Es indudable que el deudor (el concedente de la exclusiva, en el primer caso el cantante, en el segundo el vendedor) ha incumplido su obligación de no hacer y responde ante su acreedor por incumplimiento contractual (casa discográfica y comprador primeros). El debate doctrinal se suscita cuando se plantea si el tercero ajeno al contrato de exclusiva tiene algún tipo de responsabilidad frente al acreedor, qué circunstancias deben concurrir en el tercero para que surja tal responsabilidad y por supuesto cuál es el fundamento de la misma: ¿La responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código Civil? ¿Se trata de un acto de competencia desleal a la luz de la actual Ley 3/1991 reguladora de la competencia desleal? Si el deudor comunica al tercero la existencia de la exclusiva en el momento de realizar el segundo contrato, ¿existe una acción directa del acreedor hacia el tercero por constituir tal comunicación una estipulación a favor de tercero? En caso de que se admita la responsabilidad del tercero junto a la del deudor, ¿se les demandará conjuntamente o por separado a elección del acreedor? ¿Responderán mancomunadamente o de forma solidaria?

Esta hipótesis que nos planteamos se engloba hoy en día en la denominada *interferencia de un tercero en las relaciones contractuales ajenas*. En concreto, son violaciones de pactos de exclusiva en las que un tercero, conociendo la relación preexistente que comprometía al deudor, o bien induce a este último al incumplimiento de su primer contrato, o bien simplemente se limita a concluir un segundo contrato incompatible con la preexistente obligación. Tales vulneraciones de exclusiva se realizan, pues, por concurrencia de deudor y tercero. En todo caso la ejecución del segundo contrato entre deudor y tercero genera el incumplimiento de la obligación previa de exclusiva y por consiguiente la lesión objetiva del derecho del acreedor. Lesión objetiva del derecho de crédito que sin duda es imputable al deudor y que conduce a preguntarse, dando un paso más allá, sobre la responsabilidad concreta del tercero frente al acreedor.

Este caso fue calificado en el año 1958 por Gullón Ballesteros como un contrato en daño de tercero ⁵. Esta categoría alude a aque-

⁵ «En torno a los llamados contratos en daño de tercero», *RDN*, núm. 20, 1958, pp. 130-133. Hasta el año 1958 no hay en la doctrina española un estudio sistemático y detenido sobre la existencia y utilidad de los contratos en daño de tercero. Solamente se encuentran referencias aisladas y poco concretas (ALBALADEJO, M., en su traducción a la obra *Notas al negocio jurídico* de L. CARIOTA FERRERA, Aguilar, Madrid, 1956, p. 571, y PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil, Doctrina general del Contrato*, tomo II, vol. I, Barcelona, Bosch, 1954, p. 268) y una aplicación práctica del contrato en daño de tercero al supuesto del contrato celebrado por el usufructuario en condiciones notoriamente gravosas para el propietario (LÓPEZ JACOÍSTE, J. J.: «El arrendamiento notoriamente gravoso concertado por el usufructuario», *ADC*, II, 1956, pp. 1254-1256, pero este autor según Gullón da por supuesta la existencia y utilidad de esta categoría). Es, por tanto, con el artículo de Gullón cuando se hace por primera vez en España una exposición completa de esta categoría contractual. La doctrina italiana en cambio sí se ocupa desde bien temprano de esta categoría, el primer autor que menciona estos con-

llos supuestos en que, al celebrar un contrato, los contratantes ocasionan un daño a una tercera persona, y ello tanto si el contrato se realiza precisamente con este específico propósito, como si es sólo una de las partes contratantes la que busca la producción del daño ⁶. Para que exista, pues, un contrato en daño de tercero se señalan tres elementos esenciales. Primero, un contrato que es precisamente la causa directa e inmediata del daño. Segundo elemento, el daño. El término daño ha de utilizarse rigurosamente, de manera que en opinión de Díez-Picazo ⁷ para perfilar esta categoría contractual ha de acudir a la distinción entre derechos y simples intereses no protegidos específicamente por el Ordenamiento jurídico. El daño al que nos referimos supone la lesión o violación de un concreto derecho subjetivo, de manera que no hay contrato en daño a terceros si son colocados en una situación desfavorable intereses que no son especialmente protegidos. De ahí que estos contratos deban distinguirse de los productores de meros perjuicios «de hecho» ⁸ y de las situaciones de

tratos es SRAFFA, A. («Contratti a danno di terzi»; *Rivista del Diritto Commerciale*, 1903, I, pp. 453-457). Pero el estudio acerca de los mismos que ha tenido más importancia en el país vecino es el de FERRARA SANTAMARÍA, M.: «Introduzione allo studio dei contratti a danno dei terzi», *Rivista di Diritto Privato*, 1940, pp. 94-149. La mayoría de la doctrina tanto italiana como española estudia el tema del contrato en daño de tercero desde una perspectiva determinada: dentro del capítulo dedicado a los efectos del contrato y en especial, dentro de los efectos que un contrato puede producir frente a terceros. Sólo un autor italiano (CARRESI, F.: «Introduzione ad uno studio sistematico degli oneri e degli obblighi delle parti nel processo di formazione del negozio giuridico», *Studi in onore di Antonio Cicu*, vol. I, Dott. A. Giuffré, Milano, 1951, pp. 181-182) examina estos contratos como una consecuencia de las obligaciones de diligencia y buena fe que han de guardar las partes en la formación del negocio jurídico, entre ellas y en relación con los terceros. Los contratos en daño de tercero suelen configurarse, pues, como excepciones al principio general de la eficacia relativa del contrato y como uno de los casos en que un contrato puede producir no ya efectos indirectos, sino directos hacia terceros. Vid. DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. I, 5.ª ed., Civitas, Madrid, 1996, p. 445-446; GULLÓN, A.: «En torno a los llamados contratos...», cit. p. 115; CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español Común y Foral*, tomo 3, 16.ª Ed., Reus, S. A., Madrid, 1992, p. 747 y ALBALADEJO, M.: *Notas al Negocio Jurídico de Cariota...* cit. p. 571, entre otros españoles. En la doctrina italiana, FERRARA SANTAMARÍA, M.: «Introduzione allo studio...», cit. p. 100. En cambio ni la doctrina alemana ni la francesa tratan de una manera expresa este problema, sino que dirigen su atención hacia las cuestiones que surgen de la violación de los derechos de crédito como consecuencia de la realización de determinados actos —conclusión de contratos en contra de los mismos, destrucción de la cosa objeto de aquellos...— con vistas a extender la norma de la protección aquiliana.

⁶ Definición que puede encontrarse en la inmensa mayoría de la doctrina. Vid. por todos DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, vol. I, cit. p. 446.

⁷ *Idem*, cit. p. 446

⁸ Así GULLÓN, A.: «En torno a los llamados contratos...», cit., pp. 118-119, entiende que el perjuicio de los contratos en daño de tercero no puede interpretarse en un sentido tan amplio como el económico, ya que cualquier contrato coloca a los terceros en una posición desfavorable en cuanto se ven obligados a respetarlos. Se equivoca, pues, Puig Brutau cuando define estos contratos como aquellos que sitúan en una situación desfavorable y cita como ejemplo de los mismos el convenio que celebran unas empresas productoras para fijar precios mínimos de venta, cosa que sin duda afecta a terceros (al público en general), por su repercusión económica. Véase en *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo II, vol. I..., cit., p. 268, en su edición de 1954. Aparece ya rectificada esta definición

abuso del derecho de la contratación ⁹. El último elemento que perfila tal categoría es la existencia de un tercero, pero no de cualquier tercero sino de aquel que se encuentra en determinadas circunstancias. No es suficiente aplicar sin más la noción de tercero civil a los contratos en daño de tercero, ya que si esto ocurriese cualquier persona extraña a un contrato que sufriese un mero perjuicio de hecho estaría legitimada para pedir el resarcimiento del daño. Tercero, para la mayoría de los autores, no es solamente aquel que ha permanecido extraño a la relación contractual formada, sino aquel que se encuentra vinculado a las partes o a una de ellas por una relación jurídica que es dañada mediante aquella, o bien se halla en una situación de dependencia con el contrato dañoso de causa a efecto. El daño pues, se producirá, de acuerdo con la definición dada de este tercero, bien por la violación de aquella relación jurídica preexistente que ligaba al tercero con las partes o con una de ellas o bien por la violación de otro derecho ¹⁰.

La doctrina menciona numerosos contratos en daño de tercero, algunos recogidos en la legislación positiva (así, venta realizada por los herederos del depositario, ignorantes de la calidad en que se encontraba la cosa en el patrimonio del difunto –artículo 1778 CC–, la pérdida de la propiedad de cosas muebles impuesta por el artículo 464 del Código Civil cuando haya sido producida por un contrato, siempre que se acepte la teoría de la adquisición *a non domino*; pago indebido de una cosa que haya sido vendida por el *accipiens* que la ha recibido de buena fe –art. 1897 del CC– y otros sin regulación legal (violaciones de pactos de exclusiva, por ejemplo). En los primeros la ley concede al tercero dañado determinadas acciones, variables según los casos en que el daño surge, que tienden a compensarle del perjuicio sufrido. No hay necesidad de alegar en ellos la noción de contratos en daño de terceros, ya que lo importante –el resarcimiento del daño– se produce por normas legales específicas. Donde sí podría prestar toda su utilidad la categoría contractual es en supuestos como el que nosotros tratamos de estudiar en este trabajo, es decir, en hipótesis en las que un tercero que conoce la existencia de una relación jurídica obligatoria previa entre dos sujetos, induce al obligado por la misma a no cumplir o concluye con el deudor un contrato incompatible con el ya existente. Estamos, pues, en este tipo de casos, según Gullón ¹¹, ante el problema sumamente complicado de la tutela aquiliana de los créditos o derechos per-

en su segunda edición de la obra de 1971, p. 264, y también en la tercera edición, la correspondiente al año 1988, p. 252.

⁹ DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, I, cit., p. 446, pone como ejemplo de este segundo tipo de contratos que constituyen abuso del derecho el caso del usufructo concedido con amplias facultades de enajenación al usufructuario para que éste pueda subvenir a sus necesidades, en el que el usufructuario enajena los bienes con el puro y exclusivo fin de perjudicar al nudo propietario. El daño causado, pues, al propietario con las enajenaciones no constituye un interés jurídicamente relevante, y se pueden aplicar los principios generales sobre el abuso del derecho subjetivo.

¹⁰ GULLÓN BALLESTEROS, A.: «En torno a los llamados contratos...», cit., p. 122, y FERRARA SANTAMARÍA, M.: «Introduzione allo studio.», cit., p. 117.

¹¹ «En torno a los llamados contratos...», cit., p. 131.

sonales. Este término engloba en opinión de la doctrina todas las lesiones que pueden sufrir este tipo de derechos subjetivos procedentes de un tercero, y esta lesión encuentra la reacción del Ordenamiento en la llamada responsabilidad aquiliana o extracontractual, recogida en el artículo 1902 del Código Civil. Implica, pues, la acción que el acreedor que ha sufrido la lesión de su derecho de crédito tiene a su alcance contra el tercero que con su actuación impide el cumplimiento de la obligación por el deudor ¹².

Desde luego, contratos en daño de tercero y tutela aquiliana del crédito no son categorías exactamente coincidentes y es interesante puntualizarlo un poco más. Primero, porque no todas las hipótesis de contrato en daño de tercero conducen al problema de la tutela aquiliana del crédito (algunas de estas hipótesis están ya resueltas legislativamente y no hace falta que el acreedor recurra al art. 1902 CC). Segundo, porque la tutela aquiliana del crédito surge también en otros casos en que el daño al derecho personal del acreedor no se realiza a través de la celebración de un segundo contrato, es decir, de una actividad negocial entre deudor y tercero, sino que puede realizarse exclusivamente por obra del tercero cuando, por ejemplo, este último destruye o deteriora las cosas objeto de la obligación o cuando produce una injuria en la persona del deudor (muerte, lesiones, privación de libertad...). Por consiguiente, la ejecución de un contrato posterior por deudor y tercero constituiría tan sólo una de las múltiples formas o medios de causar un daño a un derecho personal.

El único caso, pues, en que coincidirían la categoría de los contratos en daño de tercero y el problema de la tutela aquiliana del crédito se reduce a aquellos supuestos en que la actividad negocial entre deudor y tercero es el medio que conduce al deudor a incumplir su obligación previa. Se han citado como ejemplos de esta hipótesis la violación de un contrato de opción cuando el concedente de la opción no inscrita no la respeta y contrata con un tercero lesionándose así el derecho del optante; la violación de un pacto de exclusiva cuando el obligado por la misma vulnera la cláusula contratando con un tercero en perjuicio del que resulta favorecido con la exclusiva y violación de un pacto de no concurrencia o de una prohibición legal o contractual de competir ¹³. Pero de todos ellos es precisamente el tema de la vulneración de exclusiva el que, según alguna opinión doctrinal ¹⁴, ha venido a realzar en la actuali-

¹² Una obra reciente que estudia con profundidad el espinoso tema es la de FERNÁNDEZ ARÉVALO, A.: *La lesión extracontractual del crédito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996. Entre los artículos dedicados a la cuestión pueden consultarse ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L: «El perjuicio del derecho de crédito por acto de tercero», *RJC*, I, 1962, pp. 571-601, y VATTIER FUENZALIDA, C.: «La tutela aquiliana de los derechos de crédito: algunos aspectos dogmáticos», *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, AA.VV, Universidad de Murcia, Secretariado de Publicaciones, Murcia, 1989, pp. 845-857.

¹³ Sobre este último tema *vid.* los siguientes trabajos de NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: *La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo*, Aranzadi, 1997, y *El pacto laboral de no competencia postcontractual*, McGraw Hill, 1998.

¹⁴ VATTIER FUENZALIDA, C.: «La tutela aquiliana de los derechos de crédito..», cit., p. 847.

dad la cuestión de la tutela aquiliana del crédito y ha pasado de configurarse como un contrato en daño de tercero a « *encuadrarse, a partir de los casos débauchage, storno o usurpación de trabajadores altamente calificados, en el fenómeno más amplio de la complicidad o inducción del tercero al incumplimiento, de gran relevancia práctica en el campo de la competencia desleal y de las sociedades mercantiles... »*».

III. ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

Preguntarse por la cuestión de la responsabilidad conjunta de deudor y tercero en la vulneración de un pacto de exclusiva en los Ordenamientos extranjeros requiere inevitablemente cuestionarse como hemos indicado sobre el problema general de la tutela aquiliana del crédito en los mismos. A los aspectos concretos de la hipótesis que nos interesa (carácter y condiciones de la responsabilidad del tercero, medidas específicas del acreedor...) se aludirá más tarde, cuando se estudie cada uno de ellos a lo largo del trabajo.

El tema de la tutela aquiliana del crédito divide a la doctrina comparada en dos grandes ramas: la germánica y la francesa, con sus respectivas áreas de influencia.

La doctrina alemana mayoritaria defiende con carácter general la irresponsabilidad del tercero por la lesión extracontractual del crédito debido, por una parte, a la recepción del positivismo de los pandectistas, quienes se basaron en las soluciones ofrecidas por el Derecho romano (que a su vez sostenía tal postura negativa) y, por otra, a que el BGB consagra en el parágrafo 823.1 un *numerus clausus* de bienes o intereses protegidos por la tutela aquiliana (vida, cuerpo, salud, libertad, propiedad)¹⁵. Sin embargo deben hacerse dos matizaciones. En primer lugar, el sistema ha recibido críticas, de ahí que se ha mantenido por algunas voces que la parte final del parágrafo 823.1 «*oder ein sonstiges Recht*» no se refiere necesariamente, al contrario de lo que se ha sostenido de forma tradicional, a un derecho de carácter absoluto¹⁶. En segundo lugar, se admiten ciertas excepciones en que el tercero es responsable

¹⁵ Mantienen tal tesis de la irresponsabilidad del tercero por lesión del derecho del acreedor ENNECERUS, L.; KIPP, T. y WOLFF, M.: *Tratado de derecho civil. Derecho de obligaciones*, t. II, vol. II, revisado por Lehmann, traducción española con anotaciones de Pérez González y Alguer, 3.ª edición, Bosch, Barcelona, 1966, pp. 1059-1060; LARENZ, K.: *Derecho Civil. Parte General*, traducción y notas de M. Izquierdo y Macías Picavea, Edersa, Madrid, 1978, pp. 294-295 (parece que únicamente excepciona el supuesto de lesión del crédito por tercero que ataca la posición jurídica del acreedor en cuanto tal); MERTENS: *Münchener Kommentar zum BGB*, III, C. H. Beck, Munich, 1980, pp. 1147 ss. y MEDICUS, D.: *Bürgerliches Recht*, 16.ª ed.; Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlin-Bonn-München, 1993, p. 361.

¹⁶ Así FABRICIUS, F.: «Zur Dogmatik des «sonstigen Rechts» gemäss §823 Abs. I BGB», *AcP*, 1961, p. 286.

por lesión de un derecho de crédito: así el párrafo 844 que legitima al alimentista, si el fallecido era su deudor por razón de alimentos legales o podía llegar a serlo, para exigir del tercero culpable del homicidio que la indemnización debida por éste se convierta en una renta dineraria por el tiempo presumible de vida del difunto. También el párrafo 845 legitima a los acreedores de servicios domésticos o industriales legales a recibir una indemnización ante el homicidio, lesión o privación de libertad por un tercero del deudor. Por último, respecto a los casos que a nosotros nos ocupan, es decir, cuando un tercero se interfiere en un primer contrato e impide su cumplimiento en connivencia, colusión o complicidad con el deudor, el acreedor puede en determinadas ocasiones exigir indemnización al tercero por encuadrarse en el párrafo 826 («*quien dolosamente causa daño a otro de forma que atente contra las buenas costumbres, está obligado para con él a la indemnización del daño*»¹⁷). Pero para la represión de estos atentados dolosos normalmente se requiere que haya circunstancias ulteriores concomitantes que hagan aparecer su conducta como inmoral (por ejemplo, que el tercero haya utilizado medios reprobables o que el fin perseguido con la inducción sea la pura intención de causar perjuicios)¹⁸.

Muy diferente, sin embargo, al planteamiento alemán en esta cuestión es el Ordenamiento francés. La doctrina francesa está más influida por los principios del iusnaturalismo y además su artículo regulador de la responsabilidad civil extracontractual, el 1382 del Código Civil, mantiene una lista abierta de los daños resarcibles. De ahí que no tienen demasiada dificultad para extender en la actualidad la tutela extracontractual a los derechos de crédito¹⁹, aunque históricamente el tema fue debatido. Curiosamente de todas las hipótesis de tutela aquiliana del crédito la que primero se plantearon los autores franceses fue la que ellos denominan «*complicidad del tercero con el deudor*», es decir, los supuestos de incumplimiento de un contrato por complicidad o confabulación del deudor y de un tercero²⁰. Huguenev (*De la responsabilité*

¹⁷ El párrafo 826 tiene una función complementaria, de manera que los actos ilícitos que no encuentran protección ni en el párrafo 1.º ni en el párrafo 2.º del 823 pueden incluirse dentro de éste y en la actualidad ha adquirido mucha importancia. *Vid.* HEDEMANN, J. W.: *Tratado de Derecho Civil*, vol. III, traducción de la última edición alemana con notas de Derecho español por Santos Briz, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, pp. 831-834.

¹⁸ ENNECCERUS, L.: *Tratado de derecho civil. Derecho de obligaciones...* cit.; p. 1082.

¹⁹ MAZEAUD H. y L. y TUNC, A.: *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, T. I, vol. I, traducción de la 5.ª ed. por Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961, p. 197; SAVATIER, R.: *Traité de la Responsabilité Civile*, Tomo Premier, 10.ª ed., L.G.D.J. Paris, 1951, p. 187, núm. 144; VINEY, G.: *Traité de droit civil*, sous la direction de Ghestin, tomo IV, L. G. D. J., 1982, p. 244, y CARBONIER, J.: *Droit civil, Les Obligations*, Tomo IV, 16.ª ed., PUF, 1992, p. 239.

²⁰ Por cierto que esta terminología francesa es bastante criticable en cuanto que el término cómplice o complicidad es claramente penal y no debería utilizarse en el ámbito civil. *Vid.* en este sentido BUSNELLI, F. D.: *La lesione del credito da parte di terzi*, Dott. A. Giuffrè, Milán, 1964, p. 237. Menciona la impropiedad técnica de tal expresión pero a la vez su utilidad por brevedad expositiva DI MARTINO, P.: «La responsabilità del terzo «complice» nell'inadempimento contrattuale», *RTDPC*, II, 1975, p. 1357.

du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle, Dijon, 1910) es el primero que se pregunta si el principio de la responsabilidad del tercero cómplice, por él propugnado, representa una aplicación pacífica de un principio general de la responsabilidad del tercero por lesión del derecho de crédito. A esta pregunta responde de forma negativa en cuanto sostiene que no existe tal principio general, en concreto porque el derecho de crédito es de carácter relativo. El segundo autor es Demogue, que también niega el problema general de la responsabilidad del tercero pero excepciona el caso de que el comportamiento del tercero presente los caracteres de la complicidad en el incumplimiento de la relación obligatoria ²¹.

Lo que sí ha ocurrido es que la responsabilidad del tercero en este caso de interferencia en un contrato han tratado de fundamentarla no tanto quizás en la tutela aquiliana del crédito cuanto en una aplicación analógica de la acción pauliana. Se ha construido una verdadera y propia acción de fraude derivada directamente de la máxima «*fraus omnia corrumpit*», y la jurisprudencia francesa ha precisado que tal acción puede conducir a dos resultados: a la nulidad del contrato que ha dañado al acreedor (sanción específica contra el fraude) o también, cuando el Juez lo considere más oportuno, a una condena al resarcimiento del daño al deudor y al tercero de mala fe (mala fe que se concreta en requerir el conocimiento del contrato y no el «*consciuis fraudis*») ²².

Respecto al Derecho italiano, la cuestión está desde el inicio bastante dividida en cuanto a la tutela general del derecho de crédito, pero en el concreto tema de la responsabilidad del tercero cómplice la doctrina se muestra partidaria de afirmar tal responsabilidad (aunque no hay acuerdo unánime en cuanto a la determinación de los elementos constitutivos de la hipótesis y en cuanto al fundamento positivo de la responsabilidad). Es curioso que desde el principio tanto en Francia como en Italia no tengan especial dificultad para admitir la responsabilidad del tercero cómplice y en cambio sí para la admisión de la tutela extracontractual del crédito en los demás casos. En Italia el debate sobre la tutela aquiliana del crédito se amplía mucho en los años cincuenta, debido a una resolución del Tribunal Supremo italiano en el año 1953 relativa a si la *Associazione Calcio Torino* podía reclamar el resarcimiento de los daños causados al club por parte de la compañía aérea *Alitalia* tras el accidente en el que muere todo el equipo del

²¹ Vid. la obra de ambos autores en FEDELE, A.: *Il problema della responsabilità del terzo per pregiudizio del credito*, Dott. A. Giuffré, Milano, 1954, p. 67.

²² En nuestro Ordenamiento, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: «El perjuicio del derecho de crédito...», cit., p. 600, parece partidario de esta solución francesa y entiende que en estos casos en que el tercero se confabula fraudulentamente con el deudor para el incumplimiento del contrato anterior debe responder el tercero frente al acreedor, pero no por el artículo 1902 del Código Civil, ya que en su opinión no hay un deber general de respeto por parte de los terceros al derecho de crédito, sino que sería conveniente un precepto legal distinto y específico que cristalizara la conocida regla «*fraus omnia corrumpit*».

Torino. La sentencia de la Corte Suprema desestima la pretensión del Club. En 1954, Fedele saca a la luz su monografía antes mencionada (*Il problema della responsabilità del terzo per pregiudizio del credito*), pero este autor niega que el artículo 2043 del Código Civil italiano pueda servir como justificación para la responsabilidad del tercero en orden a la lesión de un derecho de crédito²³. La tesis negativa del anterior autor es rebatida en el año 1964 por Busnelli (en la también mencionada obra *La lesione del credito da parte di terzi*), entendiendo que existe un deber general de respeto de todos hacia los derechos de crédito. Veinte años más tarde de la anterior sentencia, en 1971, dicta la Corte Suprema otra de significado muy distinto. Es el caso *Meroni*, en el que se admite la reclamación del mismo club anterior frente a un tercero responsable de un accidente de tráfico en el que muere el jugador *Meroni*. Sin embargo en el año 1983 el consenso obtenido vuelve a ponerse en tela de juicio, esta vez por Trimarchi²⁴. Se opone a la tutela aquiliana del crédito alegando sobre todo razones como la fluidez del tráfico y el temor a un torrente de reclamaciones. No obstante su opinión ha permanecido aislada.

La doctrina italiana es la que últimamente se ha ocupado más de la responsabilidad del tercero por incumplimiento de contrato mediante actividad negocial, conocida bajo el nombre de *responsabilità extracontrattuale da contratto*²⁵.

Fuera del *Civil Law*, el derecho anglo-americano ha creado un autónomo *tort*, el *tort* conocido como «*interference with a subsisting contract*» o también «*inducing breach of contract*». Tal *tort* suele situarse sistemáticamente dentro de un grupo de *torts* cuyo denominador común es la protección de los intereses negociales o profesionales. *A* comete dicho *tort* si, en ausencia de justificación legal, interfiere en un contrato entre *B* y *C*, tanto si persuade a *B* de romper su contrato con *C* como si por cualquier otro acto impide a *B* el cumplimiento de su contrato. El origen de este *tort* se encuentra en la precedente *action for violence against the servant*, que se aplica sólo en el ámbito laboral y consiste en una acción de daños sustentada por la

²³ Cit., pp. 92-93 y 287-288. Sin embargo, señala cómo en general la doctrina italiana tras esta sentencia se muestra netamente favorable a la tutela aquiliana del crédito. *Vid.* allí la bibliografía que cita al respecto.

²⁴ «Sulla responsabilità del terzo per pregiudizio al diritto di credito», *Rivista di Diritto civile*, 1983, I, pp. 221 y 235

²⁵ Entre otros, DI MARTINO, P.: «La responsabilità del terzo «complice»...», cit., pp. 1356 ss.; GALGANO, F.: «Le mobili frontiere del danno ingiusto», *CJ*, 1985, pp. 17-22; POLETTI, D.: «Dalla lesione del credito alla responsabilità extracontrattuale da contratto», *CJ*, 1987, pp. 134-137; ROSELLO, C.: «Responsabilità contrattuale ed aquiliana: il punto sulla giurisprudenza», *CJ*, 1996, núm. 2, p. 669 ss.; TEDESCHI, G.: «La tutela aquiliana del creditore contro i terzi (con speciale riguardo al Diritto Inglese)», *RDC*, I, 1955, pp. 299-305; TRIMARCHI, P.: «Sulla responsabilità del terzo»..., cit., pp. 218-224; VERDE, C.: «Note in tema di responsabilità del terzo per induzione all'inadempimento», *Rassegna di diritto civile*, 1985, pp. 421-449; VISINTINI, G.: *I fatti illeciti, I grandi orientamenti della giurisprudenza civ. e com.*, Galgano, Cedam, Padova, 1987, pp. 409-416.

pérdida de servicios que un *master* sufre a causa de la violencia ejercida sobre su *servant*. Con el transcurso del tiempo se hace obvio que los remedios que proporcionaba este primer *tort* son insuficientes para satisfacer los nuevos requerimientos. En 1853 se inicia la consagración del actual *tort* en *Lumley v. Gye*. Se sostiene que la acción por inducción no sólo se limita a los contratos entre *master* y *servant*, sino que puede aplicarse a todos aquellos que mantengan *professional services*. En este caso se declara responsable al tercero que induce a *Johana Wagner*, una famosa cantante de ópera, a violar el contrato primero por el que ella se había comprometido a cantar durante un cierto tiempo en el teatro del acreedor. Después, *Bowen v. Hall* (1881) y ulteriores decisiones dejan claro que inducir a otro a procurar la ruptura de un contrato, intencionalmente y sin justificación legal, tanto si se trata de *personal services* como si no es así, es un *tort* accionable. Así, *Temperton v. Russel* (1893), *Southern Foundries Ltd. v. Shirlaw* (1940) y *Thomson & Co. Ltd. v. Deakin* (1952).

Los elementos esenciales del *tort* se han ido perfilando poco a poco. Es necesario, en primer lugar, la prueba de la existencia de la relación causal entre la conducta del tercero y la ruptura del contrato y la prueba del daño sufrido por el demandante a causa de la ruptura del contrato. Es preciso también que se llegue a romper efectivamente el contrato, aunque tal ruptura no tiene que ser actual. No es suficiente, pues, el intento frustrado de ruptura. Por último, se requiere el conocimiento por parte del tercero de la relación contractual previa.

Los medios adoptados para la ruptura del contrato pueden consistir, o bien en una persuasión directa del tercero al deudor, o bien en una intervención indirecta del tercero. La primera forma del *tort* es la «*direct persuasion*», que consiste en persuadir, inducir o provocar a una de las partes contractuales a que no realice sus obligaciones. Esta primera forma aparece ejemplificada en *Lumley v. Gye*. Parece haber acuerdo unánime en que tal forma no exige como presupuesto la utilización de medios ilegales, sino que la inducción basta por sí sola para provocar el *tort*. La segunda forma que puede adoptar este *tort* es la interferencia indirecta, que consiste en la comisión por parte del tercero de cualquier acto ilegal que impida el cumplimiento del primer contrato. En el caso *British Motor Trade Assoc. v. Salvadori* (1949) la evolución del *tort* llega a su fase culminante, porque se reconoce responsable al tercero que facilite el incumplimiento, limitándose a concluir con el deudor un contrato incompatible con el contrato precedente, aunque no haya usado maniobras instigadoras aptas para determinar en tal sentido la voluntad del deudor ²⁶.

²⁶ Vid. ampliamente un estudio del *tort* en FLEMING, J. G.: *The law of Torts*, 4.^a ed., Law Book Australia Co. Ltd., 1971, pp. 599 ss.; PROSSER AND KEATON: *On Torts*, 5.^a ed., West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1984, pp. 978 ss. y WINFIELD Y JOLOWICZ: *On Tort*, 11.^a ed. by W. V. H. Rogers, Sweet & Maxwell, London, 1979, pp. 479-488.

IV. CLASES DE VIOLACIONES DE PACTOS DE EXCLUSIVA: DIRECTAS E INDIRECTAS. ESPECIAL MENCIÓN DE LAS VULNERACIONES INDIRECTAS DE PACTOS DE EXCLUSIVA

Cuando la doctrina, escasa por otra parte, aborda la cuestión de las vulneraciones de pactos de exclusiva por deudor y tercero, suele limitarse a extraer una conclusión general que se obtiene de la jurisprudencia del Tribunal Supremo: el tercero responde ante el acreedor siempre que conozca la existencia de la exclusiva. En nuestra opinión, un correcto análisis de la responsabilidad del tercero exige diferenciar dos tipos de violaciones de exclusiva: las directas y las indirectas. Por consiguiente, los epígrafes siguientes se dedican a estudiar la hipótesis básica, esto es, las infracciones directas de la exclusiva (*concedente que vende a terceros en la zona de exclusiva, cantante que realiza un nuevo contrato con una segunda casa discográfica cuando estaba vinculado por una exclusiva anterior*). El presente epígrafe únicamente versará sobre las infracciones indirectas de exclusiva. Tales infracciones suelen darse en contratos mercantiles de concesión, de venta o suministro en exclusiva. Así, es la hipótesis de un concedente que vende a terceros fuera de la zona de exclusiva y éstos, a su vez, revenden dentro de la misma. En la jurisprudencia uno de los casos más famosos de pactos de exclusiva, la STS de 29 de octubre de 1955, se refiere precisamente a una infracción indirecta de exclusiva. Es muy famosa, entre otras cuestiones porque por primera vez el Tribunal Supremo califica al pacto de exclusiva²⁷. Pero respecto a lo que nos incumbe ahora, la eficacia del pacto de exclusiva, tiene un considerando interesante, aunque queda disminuido el valor de esta declaración al tratarse de un *obiter dictum*, pues los motivos del recurso planteado por el exclusivista se reducen a los temas de la congruencia de la sentencia recurrida, de la prueba de los daños ocasionados al exclusivista y de si existía una obligación a cargo de la suministradora de facilitar vagones para el transporte de la mercancía objeto de la exclusiva²⁸.

Empecemos por los hechos: Don Federico Martín Soler realiza un contrato en documento privado suscrito en Barcelona el 1 de enero de 1940 con el demandante, don Nicolás Amechazurra, por el que se compromete a proveerle de cemento, procedente de la producción que una fábrica suya le rinde. Don Nicolás A. será el único y exclusivo agente de ventas de Barcelona del cemento referido, quedando obligado el

²⁷ PUENTE MUÑOZ, T.: «El pacto de exclusiva en la jurisprudencia del Tribunal Supremo»..., cit., pp. 444- 445. Hay una resolución anterior en relación a este tema, también muy famosa y ya mencionada antes, la STS 21 de marzo de 1921, en la que el Tribunal Supremo no se atreve a calificar el pacto de exclusiva ya que «no existen elementos de juicio para ello». Pero reconoce la validez del mismo.

²⁸ CAVANILLAS MÚGICA, S.: «Comentario al artículo 48 LPI», *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, p. 825.

suministrante a no realizar expedición alguna en Barcelona, sea por venta o por cualquier otro contrato a persona distinta de don Nicolás. A su vez don Nicolás no podrá contratar compra alguna de cemento que no proceda precisamente de don Federico. Es pues, un caso de doble exclusiva, por ambas partes contratantes. Cuando suscribe este contrato el señor Martín Soler actúa como gestor de la comunidad de bienes que existe entre él y sus dos hermanas, a quienes pertenece en *pro indiviso* la fábrica de cemento. Fallece el señor Martín Soler y sus sucesoras no respetan el pacto de exclusiva y venden cemento a otros comerciantes de la zona de Barcelona. Don Nicolás demanda indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato a la heredera de don Federico Martín Soler y a sus dos hermanas. El Juez de Primera Instancia dicta sentencia condenando a todas las demandadas a que abonen al actor, en la proporción que cada una de ellas tiene en la fábrica de cemento, los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones establecidas en la cláusula del contrato correspondiente a la exclusiva. La Audiencia Territorial, estimando parcialmente la demanda, condena a las demandadas a pagar al actor la cantidad de 30.000 pesetas en la proporción que cada una de ellas tiene en la fábrica de cemento. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. Y como antes decía, se refiere al tema de la eficacia de la exclusiva en el considerando 7.º en los siguientes términos: *«El pacto de exclusiva despliega su eficacia sólo en las relaciones de los contratantes, no pudiendo ser opuesto a los terceros, respecto a los cuales son válidas las ventas concluidas violando el pacto, correspondiendo, indudablemente, al comprador, una acción de indemnización de daños y perjuicios contra el vendedor, si éste, vendiendo a otros, ha descuidado dar a conocer la prohibición consiguiente a la precedente venta con exclusiva de revender las mercancías en una determinada zona, o contra el tercer adquirente, que, a pesar de que le ha sido manifestada la prohibición, ha revendido las mercancías en la zona reservada al primer comprador, no pudiendo estimarse que el vendedor que ha cumplido la obligación de comunicar a los sucesivos adquirentes el pacto de exclusiva contenido en una venta precedente asume la responsabilidad de la violación de la prohibición por el tercero, puesto que ha hecho cuanto podía»*. Dos apreciaciones deben hacerse sobre la resolución. La primera es que los hechos del caso se refieren a una violación directa de pacto de exclusiva: el vendedor vulnera la exclusiva vendiendo a terceros dentro de la zona reservada al comprador. Es decir, las ventas se producen dentro de la propia Barcelona. Hay una violación clara de exclusiva y por ello el Tribunal Supremo confirma la sentencia de la Audiencia, que condena al vendedor al pago de una indemnización por incumplimiento de sus obligaciones. Sólo condena al deudor y no a los terceros porque el demandante sólo demanda a su deudor. Ya veremos cómo en la inmensa mayoría de violaciones de pactos de exclusiva el acreedor sólo demanda a su deudor y son raros los casos en que demanda conjuntamente a deudor y terceros (que por otra parte son los más interesantes y los que más problemas plantean). La segunda puntualización es que

resulta curioso que, si bien los hechos del caso se refieren a una violación directa de exclusiva, en cambio el importante considerando de la sentencia correspondiente al tema de la eficacia del pacto se refiere a la hipótesis de violación indirecta de exclusiva: el deudor vende fuera de la zona de exclusiva, pero olvida comunicar a los terceros a los que vende la existencia de esta exclusiva y los terceros, conociéndola o no, revenden posteriormente en dicha zona. Por tanto, hay que dejar claro que este considerando que realiza el Supremo sobre eficacia de la exclusiva frente a deudor y terceros no se refiere a un caso normal y corriente de vulneración directa de exclusiva.

Es importante caer en la cuenta de la obligación esencial que supone una cláusula de exclusiva cuando se concierta. Una cláusula de exclusiva en principio únicamente obliga al vendedor (cuando ha sido impuesta a éste, por ejemplo, en favor del comprador) a que no venda a personas distintas del comprador dentro de la zona de exclusiva²⁹. Por consiguiente la exclusiva por sí sola no impide que pueda venderse a terceros fuera de la zona, ni que estos terceros, que compren fuera de la zona, vendan a su vez dentro de ella³⁰. De esta sencilla distinción debe, pues, concluirse que en principio en un contrato con pacto de exclusiva en el que no se acuerda nada más que ésta, ni responde el deudor ante el acreedor por vender fuera de la zona de exclusiva a terceros (ya que lo puede hacer, sólo le está prohibido vender dentro de la zona reservada) ni responden tampoco los terceros que compran fuera de la zona de exclusiva y posteriormente revenden en ella (porque ellos no están colaborando ni induciendo a un acto ilícito cometido por el deudor, ya que éste no infringe su obligación de exclusiva por vender fuera de la zona reservada).

Sin embargo, las cosas se complican un poco más cuando el deudor al pactar la exclusiva se obliga frente al acreedor a que los terceros con los que contrate posteriormente respeten la zona reservada al exclusiva, es decir, se obliga a que los terceros no revendan luego en esa zona. Este es precisamente el caso al que se refiere el considerando anteriormente transcrito del Supremo cuando habla de «*prohibición consiguiente a la precedente venta con exclusiva de revender las mercancías en una determinada zona*». En el supuesto, pues, más complicado en que el deudor asume frente a su acreedor la obligación de que los terceros respeten la zona de exclusiva, dos son las cuestiones a tratar. Primera, relativa a cuándo responde frente al acreedor el tercero que revende en la zona reservada: ¿Cuándo el deudor le da a conocer la existencia de tal prohibición de revender? ¿Cuándo conoce la exclusiva

²⁹ Tiene gran trascendencia a efectos prácticos relacionados con la eficacia de la exclusiva la delimitación del concepto de zona. No es, pues, tal concepto una mera cuestión académica. La determinación del concepto de zona viene dado no sólo por un criterio geográfico, sino por uno económico. Zona, en definitiva, significa espacio en que se desarrolla una efectiva actividad económica. *Vid.* al respecto PUENTE MUÑOZ, T.: «El pacto de exclusiva en la compraventa y el suministro»..., cit., p. 108.

³⁰ DÍEZ-PICAZO, L.: «Comentario a la STS de 29 de octubre de 1955», *EJC*, I..., cit., p. 397.

a pesar de que el deudor no le haya notificado la misma? ¿Sólo cuando ha asumido como obligación contractual el respeto de la zona reservada? La segunda, relativa a cuándo queda liberado de su obligación el deudor frente al acreedor: ¿Cuándo comunica a terceros la exclusiva? ¿Cuándo inserta un pacto de respeto a la exclusiva dentro de los contratos con los terceros?

Empecemos por la responsabilidad del deudor. Como hemos subrayado antes, parece casi unánime el acuerdo doctrinal en torno al tema de que la obligación asumida por el deudor de que los terceros respeten la exclusiva no es una obligación esencial de la exclusiva, sino accesoria a la exclusiva nacida convencionalmente, es decir, que surge porque las partes pactan expresamente su existencia ³¹.

La STS 29 de octubre de 1955 señala que el deudor cumple tal obligación accesoria cuando pone en conocimiento, cuando comunica a los sucesivos adquirentes el pacto de exclusiva. Sin embargo la doctrina que se ha ocupado de la cuestión parece tener opiniones distintas a la del Supremo. Díez-Picazo mantiene que el deudor, para quedar liberado de su obligación, es preciso que imponga como condición al tercero el respeto de la exclusiva y que, en caso de no aceptarlo su contrario, no contrate con él ³². Por su parte Puente Muñoz ³³ cree también que es difícil sostener la irresponsabilidad del deudor por el mero

³¹ Así parece entenderlo la propia sentencia en un considerando inmediatamente anterior al ya transcrito de la eficacia del pacto de exclusiva: «*A las obligaciones, típicas y esenciales, pueden añadirse otras, que, sin embargo, no cambian la naturaleza del contrato, como son, respecto del vendedor, la obligación de que los terceros adquirentes suyos no vendan en la zona reservada al comprador, y, por parte del comprador, la obligación de comprar un mínimo de mercancías, y la obligación, tampoco esencial, pero que ha llegado a ser bastante frecuente en la práctica, de no vender en la zona establecida otras mercancías que aquellas del vendedor, obligación que no puede confundirse ni con la esencial de la exclusiva de no adquirir mercancías semejantes de terceros ni con aquella de adquirir toda la producción*». También así lo mantiene DÍEZ-PICAZO, L.: «Comentario a la STS 29 de octubre de 1955»... cit., p. 397. Se plantea CAVANILLAS MÚGICA, S.: «Comentario al artículo 48 LPI»... cit., p. 825, si la STS 29 de octubre de 1955 en realidad lo que ha querido es que esta obligación de respeto a la exclusiva por terceros surja por acuerdo expreso de las partes contratantes en una de las cláusulas del contrato de exclusiva o simplemente faculta al Juez para que en labor integradora pueda incluirse en cada supuesto como pacto contractual accesorio. Parece inclinarse, no obstante, por la primera alternativa. Por el contrario, en la doctrina italiana RUBINO, D.: *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale diretto da Cicu-Messineo*, vol. XXIII, 2.^a ed., ampliada, Dott. A. Giuffrè ed., Milano, 1962, p. 602, entiende que de la obligación de exclusiva deriva, si se vende a terceros fuera de la zona reservada, la obligación por parte del vendedor de insertar en tales contratos una cláusula por la cual los terceros deben respetar la zona de exclusiva. Tal obligación según él es, pues, implícita a la exclusiva aunque puede eliminarse por acuerdo de las partes. A su vez, cuando es a cargo del comprador, la exclusiva lleva implícita la obligación de no vender en aquella zona otras mercancías sino aquellas del vendedor. El pacto trata de asegurar al comprador, pues, la exclusiva de su actividad comercial en aquella zona determinada. No obstante esta última es una opinión aislada.

³² «Comentario a la STS 29 de octubre de 1955»..., cit., p. 397. En igual sentido LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA, LUNA SERRANO, DELGADO ECHEVARRÍA, RIVERO HERNÁNDEZ y RAMS ALBESA: *Elementos de Derecho Civil*, vol. II, 3.^a ed., José M.^a Bosch, Barcelona, 1955, p. 74.

³³ «El pacto de exclusiva en la jurisprudencia del Tribunal Supremo»..., cit., p. 462.

hecho de que notifique la existencia de la obligación de respetar la zona, pero considera excesiva la solución dada por el autor anterior en el sentido de que el deudor deba imponer como condición al tercero para contratar con él el respeto a la exclusiva «*teniendo en cuenta especialmente la naturaleza de ciertas mercaderías cuya venta depende de la coyuntura del mercado que obliga a contratar con el comprador que no se avenga después a respetar la exclusiva, o simplemente que tampoco quiera vincularse a respetarla formalmente en atención a sus posibles necesidades de reventa. Por otra parte, la negativa a obligarse a cumplir la prohibición de la exclusiva necesariamente no significa la intención del tercero de violarla*»³⁴. La liberación del deudor con la simple comunicación al tercero de la obligación de respeto a la exclusiva es, sin duda, más acorde con la fluidez del tráfico jurídico. No obstante, pensamos que en principio habrá que acudir al examen de cada contrato de exclusiva para concluir si las partes han acordado sobre el contenido del concreto deber que ha asumido el deudor. Quizá hayan pactado de modo expreso que al acreedor le basta con que el deudor comunique a los terceros la existencia de este deber. Pero si los contratantes han guardado silencio al respecto, la forma más segura de que el deudor cumpla su obligación asumida contractualmente es la propuesta de Díez-Picazo, en la medida en que con la simple comunicación del deber de respeto no hay jurídicamente ninguna posibilidad de que el vendedor que vende al tercero pueda forzar a éste a respetar la exclusiva, en el supuesto de que voluntariamente el tercero no asuma el compromiso.

La otra cuestión, ligada indudablemente a la solución dada en el caso anterior, es la responsabilidad del tercero. El Supremo entiende que el acreedor tiene una acción de indemnización de daños y perjuicios contra el tercer adquirente al que le ha sido comunicada la prohibición de revender y aún así la ha infringido revendiendo las mercancías en una determinada zona. Desde luego, es claro que si el deudor y el tercer adquirente pactan de modo expreso en el segundo contrato el deber de respetar la zona reservada al primer comprador, hay una responsabilidad contractual del tercer adquirente ya que el segundo contrato encierra una estipulación a favor de tercero (en este caso a favor del acreedor). De manera que el acreedor podrá dirigirse contra el tercero directamente, exigiéndole responsabilidad por incumplimiento contractual. Pero también parece evidente, frente a la solución a la que llega el Tribunal Supremo, que el mero conocimiento o la mera notificación del deber de respeto al tercer adquirente no genera en éste ningún tipo de responsabilidad contractual si luego revende las mercancías en la zona prohibida, ya que el mero conocimiento o la mera notificación de la exclusiva no implica una estipulación contractual en favor de tercero³⁵.

³⁴ «El pacto de exclusiva en la compraventa y el suministro»..., cit., pp. 126-127.

³⁵ Así lo han entendido PUENTE MUÑOZ: «El pacto de exclusiva en la jurisprudencia del TS»..., cit., p. 462, y la posterior STS 21 de marzo de 1962 (Ar. 1452).

Sin embargo sí ha planteado algún autor la posibilidad de que el tercero responda por acto de competencia desleal si conoce la existencia de la exclusiva ³⁶.

Esta cuestión de las violaciones indirectas de pactos de exclusiva ha sido muy estudiada desde hace años en la doctrina italiana y se conoce con la denominación de importaciones libres ³⁷. Al respecto hay dos grandes opiniones doctrinales: una minoritaria, que entiende que la importación de mercancías por un tercero en una zona reservada es ilícito competencial siempre y cuando el tercero conozca la exclusiva. Se viola, pues, la hipótesis prevista en el artículo 2598.3 del Código Civil italiano (precepto que estima desleal la actividad de quien se vale directa o indirectamente de cualquier otro medio no conforme a los principios de la corrección profesional e idóneo para dañar la hacienda de otros) ³⁸. La mayoritaria, que comparte el Tribunal Supremo italiano, sostiene que el tercero es irresponsable frente a la violación de la exclusiva, amparándose sobre todo en la idea de la eficacia relativa de los contratos, de manera que el pacto de exclusiva genera una obligación de no concurrencia entre los contratantes, pero no genera tal obligación en los terceros y como consecuencia éstos tienen el derecho a introducir libremente en la zona asignada al exclusivista los productos objeto de la exclusiva. Para esta segunda postura, pues, el eventual conocimiento que el tercero tenga de la existencia del pacto de exclusiva no cambia los términos de la cuestión, porque excluida la ilicitud del acto y excluida la eficacia «*extra partes*» del pacto mismo, nada importa ya el conocimiento que el tercero tenga o no de la exclusiva, no pudiendo tal factor sub-

³⁶ PUENTE MUÑOZ, T.: «El pacto de exclusiva en la jurisprudencia del Tribunal Supremo»..., cit., p. 462. Desde luego parece difícil entender que a la luz de la vigente Ley 3/1991 reguladora de la competencia desleal este supuesto vulnera el artículo 14.1, precepto que estima como desleal la inducción por parte de un tercero a que el deudor infrinja un deber contractual de carácter principal. Quizá, tal y como se revisa más tarde, pueda alegarse que la introducción de los productos en la zona reservada origina actos de confusión en el mercado.

³⁷ Tal denominación es propuesta por FRANCESCHELLI, R. en su primer estudio sobre la materia «Premesse e rinvio allo studio della posizione degli agenti, delle filiali, dei concessionari rispetto ai marchi del loro principale», *Riv. dir. ind.*, II, 1953, pp. 116-136. Distingue tres hipótesis dentro del ámbito de las importaciones libres en zona de exclusiva: Primero, los agentes con exclusiva, que son también titulares de la marca del producto objeto de la exclusiva, y que fabrican el producto mismo, en base a la licencia del productor extranjero. Segundo, el caso de agentes con exclusiva, que son también titulares de la marca italiana del producto objeto de la exclusiva, pero que no producen ellos mismos los bienes. Y, en tercer lugar, las llamadas hipótesis puras que no están cargadas de los problemas relativos al derecho de marcas y que es el caso del agente concesionario, licenciatario, comprador con exclusiva, etc. no titular de la marca del producto. Obviamente en nuestro estudio sólo interesan estas últimas.

³⁸ Vid. por todos GRECO, P.: «Concorrenza sleale e violazione di marchio nel commercio degli orologi Omega», *Riv. dir. ind.*, 1953, I, pp. 237-261, y recientemente VILLAGROSSI, C.: «Interferenza del terzo nel contratto e concorrenza sleale», *Riv. dir. ind.*, 1982, II, pp. 91-103. También en este sentido las sentencias de App. Milano 25 de marzo de 1955 (*Riv. dir. ind.* 1955, II, p. 154) y Savona 31 de agosto de 54 (*Riv. dir. ind.*, 1957, II, p. 370).

jetivo transformar en ilícito aquello que es objetivamente lícito. Según esta teoría la violación de exclusiva no constituye en sí un acto de competencia desleal salvo que el «importador libre» se procure las mercancías gracias a la violación de normas imperativas y en particular mediante el contrabando³⁹. Se ha sostenido por parte de algún autor⁴⁰ que esta segunda tesis mantiene el carácter relativo de la eficacia de los contratos como un argumento meramente superfluo y que en realidad se apoya en la libertad de comercio y en las ventajas que supone desde el punto de vista de la competencia una violación de exclusiva. En su opinión el argumento de la eficacia relativa de los contratos no explica suficientemente la afirmación de que la violación de una exclusiva por un tercero no es una conducta contraria al ejercicio honesto del comercio.

En las sentencias de las Audiencias españolas sí tenemos algunos casos en que se plantean problemas de importaciones paralelas. Tales resoluciones consideran equiparables los contratos de licencia y sublicencia de uso de una marca con los contratos de concesión o distribución en exclusiva (aquí sólo interesa los del segundo tipo). Todas estas sentencias suelen apoyarse en la doctrina de la STS 15 de mayo de 1985 (Ar. 2393) y en el Derecho Comunitario, en concreto, en la orientación seguida por el Tribunal de Justicia de la CEE, y mantienen que la existencia de ambos tipos de convenios no impide que un tercero ajeno al pacto pueda comercializar productos con la marca legítima (fabricados, pues, por el cedente) en la misma zona que abarca la licencia de uso de la marca o la concesión en exclusiva. De manera que las importaciones paralelas de terceros dentro de una zona reservada son lícitas. Así por ejemplo es significativa la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 11 de abril de 1989⁴¹. Dos empresas venden en la misma zona los productos de una marca japonesa. La primera tiene un contrato de distribución en exclusiva con la empresa fabricante para vender en España. La empresa concesionaria demanda una indemnización de daños y perjuicios a la segunda empresa que vende en esa zona por cometer un acto de competencia desleal. Sin embargo, tanto el Juzgado de 1.ª Instancia como la Audiencia entienden que la violación de un pacto de exclusiva por una empresa que compra fuera de la zona reservada pero que revende en la zona de exclusiva no supone competencia ilícita porque en principio el pacto de exclusiva sólo posee efectos *inter partes*, entre las partes contratantes. Únicamente tiene responsabilidad

³⁹ Partidarios de la irresponsabilidad del tercero son CARNELUTTI, C.: «Il caso Burlando-Palmolive», *Riv. dir. ind.*, 1955, II, pp. 139-149; FRANCESCHELLI, R.: «Primo bilancio sulle importazioni libere in zona di esclusiva», *Riv. dir. ind.*, 1956, II, pp. 71-72 y 75, y «Epilogo sulle importazioni libere in zona di esclusiva», *Riv. dir. ind.*, 1957, II, p. 213; GUGLIELMETTI, G.: *Limiti negoziali della concorrenza*, Cedam, Padova, 1961, pp. 314-315; GRAZIANI, A.: «Importazioni di zona d'esclusiva», *Riv. dir. ind.*, 1954, II, pp. 335-345; RUBINO, D.: *La compravendita...*, cit., p. 604 y MORERA, R.: «Il patto di esclusiva nella giurisprudenza e nella dottrina italiane», *Riv. dir. ind.*, 1962, p. 341.

⁴⁰ GHIDINI, G.: «Della concorrenza sleale», *Commentario al codice civile diretto da Piero Schlesinger*, Giuffrè ed., Milano, 1991, p. 309.

⁴¹ RGD, núm. 540, 1989, pp. 5865-5868.

la empresa revendedora por la vulneración del pacto de exclusiva si ha asumido la obligación de respetarla o si ha incurrido en una conducta contraria a la competencia desleal ⁴².

V. VIOLACIONES DIRECTAS DE PACTOS DE EXCLUSIVA

Estudiamos ahora los casos más comunes en que tercero y deudor concurren en la producción de un daño (lesión del derecho del acreedor) a través de la celebración de un segundo contrato posterior a la exclusiva, tanto si el tercero induce al deudor como si se limita a celebrar con él el contrato (concedente que vende a terceros dentro de la zona de exclusiva, cantante que graba canciones con una segunda casa discográfica estando obligado por una exclusiva anterior...). Como veremos más tarde, en estas violaciones de exclusiva lo normal es que el acreedor únicamente demande al deudor. No suele demandar a los terceros y rara vez demanda conjuntamente a deudor y terceros.

1. LA RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR

En cuanto a la responsabilidad del deudor en este tipo de casos no suele haber problema. Es responsable contractual frente al acreedor, porque viola mediante la celebración del segundo contrato la obligación negativa (obligación de exclusiva) y ello lleva consigo el incumplimiento (ya veremos de qué tipo, si definitivo o no). A él únicamente puede dirigir el acreedor la demanda de cumplimiento específico (si es

⁴² Normalmente suele alegarse por el demandante que la empresa revendedora origina actos de confusión en el mercado al introducir los productos. En el caso planteado la Audiencia entiende *«a los fines de este proceso, que no se advierta otra posibilidad de confusión como no sea la que resulta de la mera concurrencia de dos comerciantes en la venta de relojes de una marca extranjera, con sus mismos accesorios y distintivos, sin violación alguna de los signos de identificación, actividad o prestaciones de la demandante, cuyo derecho de reconocibilidad no consta lesionado más que en la tolerable medida que resulte, en un sistema de libre competencia, de que otro venda lo mismo que ella»*... También suelen alegar que la revendedora ha infringido las reglas objetivas de buena fe, corrección o usos mercantiles. Sin embargo, según la Audiencia *«la prestación de un servicio después de la venta en beneficio de la clientela o la libre fijación de precios no merecen aquella calificación por sí y sin la adición de algún comportamiento constitutivo de deslealtad»*. «... De ello resulta la conclusión de que el proceso ofrece la realidad, entre los litigantes, de una competencia al vender ambas el mismo tipo de mercadería y de que, consiguientemente, sus intereses, en la lucha por la clientela, están en conflicto, pero sin que los términos de tales concurrencia y colisión permitan hablar de deslealtad alguna, y por ende, justifiquen una intervención reparadora, cual que se pide en la demanda, correctamente desestimada en la primera instancia». Vid. también las Sentencias de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 27 de junio de 1994 (RGD, núms. 616-617, 1996, pp. 1213-1217), de la Audiencia Provincial de Barcelona de 29 de septiembre de 1995 (RGD, núms. 616-617, 1996, pp. 891-896) y de 20 de julio de 1995 (RGD, núm. 615, 1995, pp. 13947-13957).

posible todavía) o la de resolución (si es un contrato sinalagmático) y en ambos casos la indemnización de daños y perjuicios. Realmente la doctrina no tiene la menor duda del carácter contractual de la responsabilidad del deudor⁴³. Carece de sentido defender, pues, una responsabilidad extracontractual del deudor alegando que participa en el ilícito del tercero, ya que por la misma razón cabría pensar que la responsabilidad de este último es contractual al participar en el incumplimiento del deudor⁴⁴.

La regla general en estos supuestos es que la actividad del deudor parece que siempre ha de considerarse dolosa, tanto si el tercero induce al deudor como si es este último el que lleva la iniciativa a la hora de concluir el contrato. Creo que sería una hipótesis de laboratorio pensar que el deudor celebra un segundo contrato incumpliendo la exclusiva previa porque ha sufrido un engaño por parte del tercero, o bien intimidación, violencia o error. De todas formas, en caso de sufrir el deudor alguno de estos vicios del consentimiento, tendría la posibilidad de ejercitar la acción de anulación del segundo contrato y a su vez el acreedor sólo podría reclamar daños y perjuicios contra el tercero, quedando liberado el deudor de toda responsabilidad. Pero son supuestos que raramente, repetimos, se plantearán en la realidad.

El dolo por parte del deudor que incumple la exclusiva no debe entenderse tanto como voluntario incumplimiento (infracción cometida libre y voluntaria) cuanto como un supuesto en que el deudor es consciente de que su comportamiento provoca o puede provocar un daño y no adopta las medidas necesarias exigidas por la buena fe para evitarlo⁴⁵. La consecuencia de que el deudor sea doloso es que su responsabilidad se agrava; está obligado a un resarcimiento integral de los daños (responde de todos los daños y perjuicios que conocidamente deriven de la falta de cumplimiento de la obligación). El dolo es, pues, un criterio de agravación de la responsabilidad y no un presupuesto de la facultad del acreedor para reclamar el resarcimiento de los daños ni un elemento integrante del incumplimiento⁴⁶. Ya veremos cómo se conjuga este resarcimiento integral de los daños con el deber de indemnizar del tercero.

⁴³ DíEZ-PICAZO, L.: «Comentario a la STS 21 de marzo de 1921», *EJC*, vol. I... cit., p. 390; DíEZ-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil*, II, reimpresión de la 6.^a ed., Tecnos, Madrid, 1990, p. 97; GULLÓN, A.: «En torno a los llamados contratos... cit. p. 132; MORENO QUESADA, B.: «Problemática de las obligaciones de hacer», *RDP*, 1976, p. 490; PUENTE MUÑOZ, T.: «El pacto de exclusiva en la compraventa y el suministro»..., cit., pp. 124-125 y «El pacto de exclusiva en la jurisprudencia del Tribunal Supremo»..., cit., pp. 443-444; VATTIER FUENZALIDA, C.: «La tutela aquiliana de los derechos de crédito»..., cit., p. 848; YZQUIERDO TOLSADA, M.: «La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y la aquiliana. Razones para una moderada unificación», *RCDI*, núm. 603, 1991, p. 470. En la doctrina francesa GINOSSAR, S.: *Liberté contractuelle et respect des droits des tiers*, LGDJ, Paris, 1963, pp. 71-73 y VINEY, G.: *Traité de Droit Civil*..., cit., pp. 244-245. En la italiana, BUSNELLI, F. D.: *La lesione del credito*... cit. pp. 238-240.

⁴⁴ Vid. por todos FERNÁNDEZ ARÉVALO, A.: *La lesión extracontractual del crédito*..., cit., p. 338 nota al pie de p. 16.

⁴⁵ DíEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos*, II..., cit., p. 612.

⁴⁶ *Idem*, cit. p. 612.

Por otra parte es interesante poner de relieve también cómo el dolo del deudor no debe equipararse a un especial ánimo de perjudicar o dañar al acreedor, sino que es suficiente el propósito de obtener para sí mismo una ventaja. Así, la economía moderna ha puesto de manifiesto casos en los cuales el deudor decide incumplir su obligación no tanto para dañar a su acreedor cuanto porque ello le permite estar en situación de emprender un negocio diferente y para él más lucrativo ⁴⁷. Normalmente cuando el deudor celebra un negocio e incumple la exclusiva previa tiene este segundo tipo de propósito.

Pensamos que en estos casos de violaciones directas (al revés que en las indirectas) parece un tanto inútil plantearse como causa de exoneración de la responsabilidad del deudor frente al acreedor su notificación de la exclusiva al tercero. Por ejemplo, no tiene sentido plantearnos que un cantante alegue en el juicio interpuesto por el acreedor que ha notificado a la segunda casa discográfica la existencia de una exclusiva anterior con otra casa. Qué finalidad tiene tal alegación frente al acreedor si el deudor en realidad ha querido incumplir porque le resulta más rentable el segundo contrato. Otra cosa diferente es que tal notificación pueda alegarla frente al tercero en sus relaciones internas para que sólo el tercero sea el que finalmente pague al acreedor su indemnización. Sin embargo, hay una resolución de violación directa de exclusiva en la que sí ha lugar a plantearse si el deudor queda liberado de responsabilidad frente al acreedor con la notificación de la exclusiva al tercero. El Supremo, sin embargo, responde a ello de forma negativa ⁴⁸.

Por último, cabría plantearse otra posible causa de exoneración de la responsabilidad del deudor que incumple su obligación de exclusiva: que alegue que se trataba de un contrato de exclusiva sin límite tempo-

⁴⁷ *Idem.*, cit., p. 611.

⁴⁸ Es la STS 21 de marzo de 1962, en que el Ayuntamiento de Palma de Mallorca reconoce la exclusiva en la explotación de un arrendamiento en un mercado de dicha población en favor del dueño de cierto restaurante. En el mercado se establecen después algunos bares que daban bocadillos y platos de comidas. Como el Ayuntamiento no lo impide, el dueño del restaurante demanda al Ayuntamiento pidiendo que se declare su derecho a la exclusiva y que se condene al Ayuntamiento a mantenerle en ella y a indemnizarle los daños y perjuicios sufridos. El Juzgado estima íntegramente la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia Territorial la revoca en parte y entiende que el Ayuntamiento queda liberado de la obligación de indemnizar al haber sido notificada por éste la exclusiva a los terceros dueños de los bares instalados en el propio mercado y que al beneficiario de la exclusiva le queda una acción directa contra los dueños de los bares, acción que surge de la notificación hecha a los mismos que constituye una estipulación a favor del recurrente. El Supremo en cambio mantiene que el hecho de notificar la exclusiva no libera al Ayuntamiento y éste debe tener un comportamiento activo y positivo en cada momento que permita obtener un respeto para el concedente de la exclusiva (por ej., ejercitar las acciones judiciales oportunas contra los dueños de los bares). La otra resolución del Supremo en la que éste indica que la notificación libera al deudor, al contrario, pues, que en el presente caso, es la resolución de 29 de octubre de 1955; pero se trata de un supuesto de infracción indirecta de exclusiva (donde sí tiene sentido plantearnos tal causa de exoneración de la responsabilidad del deudor frente al acreedor).

ral fijado y que al contratar posteriormente con un tercero dentro de la zona de exclusiva él no ha hecho más que ejercitar su derecho a la denuncia unilateral del primer contrato, permitida por la jurisprudencia en los contratos con exclusiva sin fecha de terminación. Normalmente se adoptan medidas para evitar la prolongación *sine die* de los pactos de exclusiva estipulados por tiempo indefinido, bien concediendo a ambos contratantes la facultad de desistimiento unilateral (postura adoptada en el art. 1569 del Código Civil italiano), bien señalando un plazo máximo de duración de los mismos.

La hipótesis a la que nos referimos se plantea en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 31 de mayo de 1990⁴⁹. La parte demandada (concedente de la exclusiva), ante la acción de indemnización de daños y perjuicios interpuesta por la beneficiaria de la exclusiva, alega el ejercicio de la facultad de desistimiento unilateral de su compromiso previo desde el momento en que en el verano de 1987 concierta con un segundo empresario la distribución de sus productos en la zona asignada a la entidad actora. La Audiencia concede la indemnización al concesionario; luego parece que no admite la irresponsabilidad del deudor ante el ejercicio de la denuncia unilateral del contrato de duración indefinida de exclusiva por medio de la celebración de un segundo contrato dentro de la zona reservada. Sin duda, el correcto ejercicio de la denuncia requiere su notificación previa al beneficiario de la exclusiva.

2. LA RESPONSABILIDAD DEL TERCERO

Las cuestiones a plantearse son las siguientes: ¿Podrá ejercitarse la acción de resarcimiento en todos los casos contra el tercero extraño a la relación jurídica lesionada? ¿Qué fundamento tiene el deber de reparar de este último si se admite su responsabilidad?

A) CONDICIONES PARA LA RESPONSABILIDAD

Estudiamos en este punto las circunstancias que han de concurrir para la determinación de la responsabilidad del tercero. Normalmente hay un acuerdo tanto en la doctrina como en la jurisprudencia en considerar que el tercero responde sólo en caso de dolo, pero no de culpa. Ahora bien, cómo se entiende el dolo: ¿Es necesario únicamente que el tercero conozca la relación jurídica anterior o además que tenga como propósito causar un daño al acreedor? Suele hacerse coincidir en la doctrina extranjera y en la española el dolo con el conocimiento por parte del tercero de la exclusiva anterior, ya que la admisión de un dolo en cuanto intento concreto de dañar al acreedor significaría reconocer al tercero que permanece extraño al contrato una intangible

⁴⁹ RGD, núms. 556-57, 1991, pp. 846-849.

esfera de libertad dentro de la cual podría moverse con total albedrío⁵⁰. En las pocas resoluciones referidas a las violaciones de pactos de exclusiva por deudor y tercero en que se demanda a este último junto con el deudor, factor decisivo para estimar la responsabilidad o irresponsabilidad del tercero frente al acreedor ha sido también el dato del conocimiento de la exclusiva por parte del tercero. Así las SSTS 23 de marzo de 1921 y 4 de mayo de 1973 establecen el deber de reparar los daños y perjuicios por el tercero debido a que concertó un segundo contrato con el deudor a sabiendas de que existía un contrato de exclusiva anterior⁵¹. Por su parte, en la misma línea, la STS 20 de marzo de 1995 libera de su responsabilidad al tercero, anulando las sentencias de instancia y de apelación, por el hecho de que el tercero desconocía el pacto anterior. Nuevamente, pues, la importancia del conocimiento de la exclusiva por el tercero, pero ésta vez utilizado

⁵⁰ En nuestra doctrina *vid.* GULLÓN BALLESTEROS, A.: «En torno a los llamados contratos...», cit., p. 151 («... es ese conocimiento y esa celebración posterior del contrato lo que ha de estimarse decisivo, siempre y cuando la lesión del derecho personal anterior haya producido un daño y exista un nexo de causalidad entre el hecho y la consecuencia dañosa»); Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, II, cit., p. 605 («El dolo del tercero debe ser configurado como simple voluntariedad de la acción dañosa y no como propósito de causar un perjuicio al derecho del acreedor»); Díez-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema...*, II, cit., p. 223, y CLEMENTE DE DIEGO, F.: *Instituciones de Derecho Civil Español*, nueva edición revisada y puesta al día por Alfonso de Cossío y Corral y Gullón, tomo II, Madrid, 1959, p. 112. En cambio parece equiparar la intención de dañar y el conocimiento del derecho previo DE COSSÍO Y CORRAL, A.: *Instituciones de Derecho Civil*, T. I, parte general, 2.^a ed. revisada y puesta al día por De Cossío Martínez y León-Castro Alonso, Civitas, 1991, p. 472. La doctrina francesa y la italiana señalan también el dolo para hacer responsable al tercero: BOULANGER, M. J.: «Les conflits entre des droits qui ne sont pas soumis a publicité», *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1935, p. 563; GINOSSAR, S.: *Liberté contractuelle...*, cit., pp. 94-95; SAVATIER, R.: *Traité de la responsabilité civile...*, cit., p. 187; VINEY, G.: *Traité de Droit Civil...*, cit., p. 246; BUSNELLI: *La lesione del credito...*, cit., p. 256-257 (en concreto este autor habla de la irresponsabilidad del tercero en caso de buena fe, entendiendo ésta en sentido subjetivo como conocimiento o desconocimiento, no como adopción de una determinada actitud impuesta por la diligencia); DI MARTINO: «La responsabilidad del terzo «complice»...», cit., p. 1397; TEDESCHI, G.: «La tutela aquiliana del creditore...», cit., p. 303; TRIMARCHI, P.: «Sulla responsabilità del terzo»... cit. pp. 219-221 (se plantea como única posibilidad de responsabilidad del tercero el caso de dolo pero finalmente aboga por la irresponsabilidad); VERDE, C.: «Note in tema di responsabilità del terzo...», cit., pp. 437-440; VISINTINI, G.: *I fatti illeciti...*, cit., pp. 434-436. También en el *Common Law*, donde en un principio la interferencia del tercero se define como *malicious*, en la actualidad basta que el tercero conozca el contrato o el interés del demandante. *Vid.* PROSSER AND KEATON: *On Torts...*, cit., pp. 979 y 982.

⁵¹ Como ya se ha indicado antes, la STS 23 de marzo de 1921 es la primera resolución en la que aparece un pacto de exclusiva. Es un supuesto de arrendamiento de servicios, celebrado en el año 1913 entre la compañía demandante *Talking Machine et Co.* y la cantante de dúo doña Francisca Marqués (conocida artísticamente por *Raquel Meller*), por la que esta última se obliga a grabar sus canciones en exclusiva para esa casa editora de discos. En el contrato constaba el derecho de esa sociedad editora a notificar dicho convenio a las personas o entidades que tuviera por conveniente. Así en el año 1916 la demandante notifica por medio de Notario el contrato a la «Compañía del Gramófono Española, S. A.». Sin embargo la Sra. Marqués incumple la obligación de exclusiva asumida en el contrato de grabación y graba para la segunda compañía algunas de las canciones de su repertorio. Es demandada por *Talking Machine et Co.*, la cual solicita que se declare nulo

para declarar la irresponsabilidad ⁵². Esta última resolución aporta un dato bastante criticable cara a la prueba de que el tercero desconocía la existencia de la exclusiva: así el Supremo considera que la inserción de una cláusula en el segundo contrato por la que el deudor (en este caso el cantante) se reconoce libre de toda responsabilidad a la hora de contratar constituye una presunción de que la segunda casa discográfica no conocía la existencia del primer contrato. De todas formas, lo más indicado seguramente es que si una empresa ha contratado los servicios de otra en exclusiva, en cuanto tenga el menor indicio de que su contratante puede estar en tratos contractuales con una tercera empresa debe notificar a esta última –seguramente por conducto notarial– el hecho de que su deudor ya está comprometido previa-

el contrato de venta, que se obligue a la segunda compañía a la venta de los originales y de los discos grabados ilegalmente y que se condene a ambos demandados a indemnizar los daños y perjuicios causados. Tanto la sentencia de primera instancia como la Audiencia acogen las pretensiones de la demandante. Y la «Compañía Española del Gramófono» interpone recurso de casación, que el Supremo admite de modo parcial. El Tribunal establece la responsabilidad tanto de la cantante como la de la segunda casa discográfica, pero no acogé la nulidad del segundo contrato que viola la exclusiva. La responsabilidad del tercero no se funda desde luego en querer hacer extensivo a la compañía las obligaciones contraídas por la cantante, sino «*que se funda en que la sociedad demandada, notificada en el año 1916 del compromiso creado en 1913, por doña Francisca y la compañía demandante, causó a ésta los consiguientes perjuicios al impresionar con el canto de dicha artista los discos relacionados en la demanda, infringiendo aquel contrato, y que esos perjuicios los ocasionó por culpa o negligencia voluntaria en actos colectivos que realizaron los demandados en la litis...*». Por tanto, la responsabilidad parece basarla el Supremo en el conocimiento que la segunda compañía tuvo de la exclusiva, en este caso por la notificación notarial que la dirigió la primera compañía. En opinión de PUENTE MUÑOZ, T.: «El pacto de exclusiva en la jurisprudencia del Tribunal Supremo»..., cit., p. 444, no aclara suficientemente el Tribunal si bastaba la notificación y consiguiente conocimiento del pacto de exclusiva de grabación para originar la responsabilidad por infracción del mismo para la segunda compañía, con lo cual a su juicio puede pensarse como fundamento de la responsabilidad en la violación de un deber de concurrencia leal infringido por la compañía demandada.

En la STS 4 de mayo de 1973 (Ar. 2291) se trata de un contrato de edición y distribución en exclusiva, celebrado en el año 1962 entre D. Francisco B. G. (y «Editorial Bruguera, S. A.», de la que es titular) y doña María del Socorro T. L., por el cual ésta se compromete a ofrecer a don Francisco todas las obras literarias que produzca durante el tiempo de vigencia del contrato, para que éste las publique por sí o gestione su publicación. Posteriormente doña María del Socorro celebra un segundo contrato en el año 1965 con don Manuel R. y «Editorial Rollán, S. A.», por virtud del cual la autora cede el conjunto de su producción literaria. La primera editorial solicita se declare ilegal la publicación y distribución de las obras de la autora por la segunda editorial. La sentencia de primera instancia declara válido el primer contrato y perfectamente eficaz, y totalmente ineficaz el segundo contrato. La Audiencia Territorial revoca la sentencia de instancia en cuanto a la ineficacia del segundo contrato, sin menoscabo de la obligación de indemnizar. Tanto la autora como la segunda editorial interponen recurso de casación contra la sentencia de apelación. El Supremo desestima el recurso de casación y declara el deber de indemnizar solidariamente los daños y perjuicios por los demandados. Mantiene en su penúltimo considerando el deber de respetar la exclusiva no sólo por parte del deudor sino también de terceros y nuevamente la infracción de tal deber se fundamenta en que ambos contratantes conocían la existencia de la exclusiva: «... *que, en actuación conjunta con aquélla, han realizado actos de transgresión del deber de respetar tal exclusiva "a sabiendas de que dicha señora tenía limitados sus derechos"*».

mente⁵³. Dentro de toda esta línea uniforme seguida por el Supremo, y corroborada por la doctrina, hay, sin embargo, una reciente resolución, sorprendente por otra parte en sus razonamientos, que exonera al tercero del deber de indemnizar daños y perjuicios al acreedor, a pesar de que está probado el conocimiento de la exclusiva por el tercero (incluso él fue quien indujo al deudor a incumplir)⁵⁴.

⁵² La STS 20 de marzo de 1995 (Ar. 965) trata de un contrato privado de prestación de servicios artísticos en exclusiva celebrado el 1 de marzo de 1988 entre la «Compañía Blanco y Negro Music, S. A.» y el cantante R. O. G., por el que el intérprete, además de comprometerse a ejecutar para el productor en exclusiva las obras musicales que éste le indicara a los fines de grabación, concede a la compañía el derecho exclusivo de grabación sonora y audiovisual de sus interpretaciones artísticas, así como poner a la venta las obras fonográficas y audiovisuales resultantes. Con posterioridad, el 23 de octubre de 1989, el cantante celebra un contrato con la compañía «Promoción y Marketing Discográfico, S. A.», figurando no ya como intérprete sino como productor y declarando bajo su responsabilidad estar libre de todo compromiso que pudiese impedir la realización de este nuevo contrato. Por este último contrato, la segunda casa discográfica lanza al mercado tres discos con interpretaciones del cantante. «Blanco y Negro Music» demanda conjuntamente a la casa discográfica y al cantante, basándose en que el contrato primero con él estaba vigente y era válido y eficaz. Pide que se condene a los demandados a resolver su contrato y a indemnizarle daños y perjuicios de forma solidaria. Ambas peticiones son estimadas tanto por el tribunal de primera instancia como por la apelación. La compañía demandada recurre en casación pidiendo ser exonerada de toda responsabilidad, fundando su recurso en que ella no fue parte contratante en el primer contrato y no se la puede responsabilizar por el incumplimiento de un contrato en el que ni siquiera ha intervenido. El Supremo, a pesar de reconocer que ambos contratos tenían el mismo objeto, exonera a la casa discográfica demandada, ya que no se ha acreditado en ningún momento que la misma hubiese conocido la existencia del pacto de exclusiva: *«Al no haber resultado acreditado que la sociedad recurrente conociera la realidad del contrato inicialmente suscrito entre el Sr. Orellana y la sociedad actora, su manifiesta falta de intervención en él y su condición de tercero al respecto, conduce de modo ineludible, a concluir que el Tribunal a quo aplicó indebidamente los artículos 1254 y 1278 e inaplicó también, de manera indebida, el artículo 1257...»*.

⁵³ De hecho así lo hizo la casa discográfica acreedora en la STS 23 de marzo de 1921, e incluso introdujo una cláusula en su contrato por la que se reservaba el derecho a comunicar a quien deseara la exclusiva.

⁵⁴ Se trata de la STS 31 de diciembre de 1993 (Ar. 9917). El 24 de febrero de 1987 «M., S. A.» y Hazy, O. (cantante de un grupo musical alemán) firmaron un contrato en virtud del cual el segundo se comprometía a actuar en la discoteca J. P. de Palma de Mallorca. Durante los meses de octubre y septiembre del año 1985 se comprometían, pues, a actuar estableciendo un pacto de exclusividad para toda Mallorca, estipulándose además de forma expresa que la banda no actuaría en el local «R. P.». Antes de la iniciación del trabajo, el señor D. Bartolomé C. M. se desplazó a Zurich y consiguió que la banda musical se comprometiera a actuar, incumpliendo el contrato anterior, en la discoteca R.P., que pertenecía a D. Bartolomé C. M. El dueño de la primera discoteca interpone demanda no sólo frente a la banda musical, así como algunos intermediarios, sino también frente al dueño de la otra discoteca, en la cual finalmente actuaron los músicos. La sentencia de primera instancia declara la responsabilidad contractual de la banda y la extracontractual de la segunda discoteca. En cambio la Audiencia revoca la de instancia en lo relativo a la responsabilidad extracontractual de la segunda discoteca. El Supremo alega, a través de una argumentación poco clara, que el tercero no ha incurrido en ningún tipo de responsabilidad, ni contractual ni extracontractual: *«... No cabe estimar una acción que, como la de responsabilidad extracontractual dirigida contra el repetido Sr. C. pretende la reparación de los daños causados por un acto concreto, el del incumplimiento contractual de un convenio en el que aquel no fue parte, y aún admitiendo que su conducta hubiese propiciado tal incumplimiento, e incluso que se hubiese podido responsabilizar ante los incumplidores de las consecuencias económicas que pudiese comportar su incumplimiento, es lo cierto que,*

Restan tres precisiones sobre el dolo en cuanto conocimiento de la exclusiva por parte del tercero: En primer lugar, a nuestro juicio el dolo no sólo engloba los casos en que hay propiamente inducción, sino también los supuestos en que el tercero propiamente no induce al deudor a incumplir la exclusiva, sino que se limita a concluir con este último un contrato incompatible con el primero. En contra se ha mantenido por alguna opinión doctrinal⁵⁵ que hay una diferencia clara entre ambas hipótesis, de manera que si existe instigación del tercero la ampliación del riesgo asumido por el acreedor con el contrato es máxima, porque el acreedor está expuesto a un peligro mayor del que estaría si el deudor no hubiese recibido un estímulo a no cumplir el contrato (por tanto, el tercero debe responder). En cambio si la iniciativa procede exclusiva-

*ni puede dirigirse contra él –y por ello no se hace– una acción de responsabilidad contractual, ni tampoco puede prosperar la de responsabilidad extracontractual originada por un acto voluntario de terceras personas, voluntariedad que rompe el nexo de causalidad exigible entre la conducta más o menos reprobable del demandado y los daños causados, por lo que, al faltar la aludida relación de causalidad, no puede prosperar la acción, debiéndose en su consecuencia, rechazar los motivos planteados por el recurrente y confirmar la sentencia que desestima la acción de responsabilidad extracontractual formulada contra el Sr. C.». Detrás de esta confusa argumentación sobre la relación de causalidad creo que, además de esconder el principio de la eficacia relativa de los contratos, se encuentra la idea de que el daño del tercero es un daño indirecto, sin evidente relación de causalidad. El acto voluntario de los cantantes (codeudores) de contratar por segunda vez parece que en opinión del Supremo es la causa directa de la lesión del derecho de crédito que interrumpe el nexo causal. No creo, sin embargo, que pueda mantenerse en estos supuestos de violaciones de pactos de exclusiva por la concurrencia o confabulación de deudor y tercero que la actuación del tercero cuando contrata tenga un carácter meramente indirecto y que por ello no se cumpla el requisito del nexo de causalidad para exigirle responsabilidad ex artículo 1902 del Código Civil. Se trata de unos actos colectivos, conjuntos, de tercero y deudor y sería muy difícil determinar o individualizar la medida concreta de la participación de cada uno de ellos en el evento dañoso. Esta afirmación de la actuación del tercero como causa directa en la participación de la lesión del derecho de crédito seguramente no es mantenible para todos los casos en que un tercero con su actuación impide el cumplimiento de su obligación por el deudor, es decir, para los demás supuestos de tutela aquiliana del crédito. Así, puede verse claramente en un ejemplo que pone Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, II, cit., p. 605, cuando explica el perjuicio del derecho de crédito como daño aquiliano: En el caso del tercero que imprudentemente ocasiona un *shock* a una cantante, que la impide cumplir sus compromisos artísticos previos, tal tercero será responsable de los daños materiales y morales que el *shock* lleve consigo, pero el daño contractual es un sólo un daño indirecto. En opinión de este autor hay una responsabilidad extracontractual del tercero causante del daño cuando aquél ha actuado dolosamente, pero en cambio tal responsabilidad no se origina cuando el daño es causado por el tercero al acreedor en forma indirecta y por simple negligencia.*

Hay también una resolución, STS 21 de marzo de 1962, ya comentada anteriormente, en que un Ayuntamiento otorga una concesión de exclusiva a un restaurante y posteriormente se establecen en el mercado algunos bares que venden bocadillos vulnerando así la exclusiva anterior. PUENTE MUÑOZ, T: «El pacto de exclusiva en la jurisprudencia del Tribunal Supremo»..., cit., p. 450, sostiene cuando comenta esta resolución que encierra también una excepción a la línea seguida de que el tercero es responsable si conoce la existencia de la exclusiva. No creo que haya tal excepción, puesto que lo único que señala el Supremo es que la notificación por el Ayuntamiento de la exclusiva a los dueños de los bares no genera una acción directa del exclusivista en relación a los terceros, ya que la mera notificación no hace surgir una estipulación a favor del acreedor. Pero en ningún momento dice que los terceros sean irresponsables por la imposibilidad del acreedor de ejercitar el artículo 1902 del Código Civil.

⁵⁵ DI MARTINO, P.: «La responsabilidad del terzo “complice”...», cit., pp. 1403-1404.

mente del deudor, limitándose a realizar el tercero un contrato con aquél, desaparece la relación causal entre la conducta del tercero (interferencia) y el hecho dañoso (incumplimiento). El tercero que facilita el incumplimiento no influye sobre la voluntad del deudor, que ya está formada, sino que su actuación se limita a permitir simplemente el incumplimiento.

En segundo lugar, algún autor llama la atención acertadamente sobre el carácter demasiado simplista de la afirmación de que el tercero es responsable siempre que conozca la existencia del contrato previo, sin preguntarse, pues, por la exacta naturaleza o grado de conocimiento del contratante y los términos en que éste es requerido⁵⁶. Es obvio que el tercero debe tener algún conocimiento del contrato entre deudor y acreedor, pero la definición del grado de conocimiento varía de caso a caso de acuerdo con la conducta del tercero. De hecho es posible que el demandado sepa de la existencia del previo contrato entre demandante y su contratante, pero desconozca los exactos términos de éste (por ejemplo, que es un contrato en exclusiva, o cree que la exclusiva tiene un límite temporal más breve, o piensa que la exclusiva ya ha terminado...).

En tercer término, Fernández Arévalo ha planteado la posibilidad de que el tercero contrate inocentemente con el deudor y posteriormente descubra la existencia del primer contrato⁵⁷. Esta autora distingue dos casos. Primero, si el tercero conoce la exclusiva después de la consumación del contrato incompatible, no se puede declarar la responsabilidad del tercero ya que los daños no pueden serle imputados porque falta el presupuesto de la culpabilidad. Segundo, si el tercero conoce la situación entre la celebración y la ejecución de su contrato (ya sea ejecución instantánea o de tracto sucesivo) y aún así sigue adelante con el cumplimiento de su contrato, este tercero es responsable, pero su deber de indemnizar surge desde el momento en que conoce la existencia de la exclusiva (parece más correcto puntualizar que su deber de indemnizar surge desde la ejecución del contrato, es decir, desde que surge el daño).

Como hemos indicado anteriormente la doctrina sólo aprecia la responsabilidad del tercero en caso de dolo pero no en caso de culpa o negligencia (en un sentido estricto)⁵⁸. Una excepción la constituye en España, Fernández Arévalo⁵⁹, que entiende que el tercero responde tanto si conoce como si pudiera razonablemente conocer la existencia

⁵⁶ WINFIELD Y JOLOWICZ: *On Tort...*, cit., p. 482.

⁵⁷ *La lesión extracontractual del crédito...*, cit., pp. 347-351.

⁵⁸ GULLÓN BALLESTEROS, A.: «En torno a los llamados contratos»..., cit., p. 150, y en la doctrina francesa VINEY, G.: *Traité de Droit Civil...*, cit., pp. 245-246. Tampoco el *tort* «*interference with contractual relations*» es accionable en caso de negligencia. *Vid.* FLEMING, J. G.: *The law of Torts...*, cit., p. 608. En Alemania, el parágrafo 826 se refiere también a una genérica represión de los atentados dolosos a las *Guten Sitten*. Así, HEDEMANN, J. W.: *Tratado de Derecho Civil*, III..., cit., pp. 831-834.

⁵⁹ *La lesión extracontractual del crédito...*, cit., pp. 339-342. En Italia, SANTINI, G.: «La vendita a prezzo imposto», *RTDPC*, 1952, pp. 1092-1093.

del derecho de crédito anterior. A su juicio la responsabilidad del tercero ha de examinarse teniendo en cuenta la coexistencia en estos supuestos de dos principios aparentemente de signo contrario, la libertad de contratación y el respeto a los derechos ajenos. Ambos principios se complementan al exigir de las personas en el tráfico jurídico la diligencia propia requerida para la actividad negocial que se realiza. Pero es claro que al tercero contratante no se le puede exigir una profunda y amplia investigación de la situación jurídica de su futuro deudor, que conduciría sin duda a un entorpecimiento de la vida del tráfico y de la actividad económica en general ante el temor que causaría en el tercero las consecuencias lesivas de la omisión de tal investigación⁶⁰. Pero, cuál es la diligencia exigible al tercero que contrata para que quede liberado de su responsabilidad, es decir, qué modelo de conducta ha de seguir el tercero⁶¹. La autora antes mencionada descarta tanto el modelo *quam in suis*, porque no le parece razonable exigir al tercero que respete los derechos ajenos en la misma medida con la que desenvuelve sus propios asuntos (¿cómo elevar a modelo de conducta el de una persona totalmente negligente en sus asuntos?) como el modelo del buen padre de familia, ya que padre de familia en principio es aquel que tiene una causa justificada para ignorar cualquier conocimiento inherente a una determinada profesión. De ahí que elija como modelo de conducta que debe seguir el tercero en estos casos para exonerarse de responsabilidad el de perito o artífice, que es aquel que desde luego no tiene justa causa para ignorar determinados conocimientos, precisamente los propios de la profesión

⁶⁰ Este argumento de que no puede exigirse al tercero una diligencia de este tipo que entorpecería la vida económica véase, además de en la autora mencionada (cit., p. 340), en GULLÓN BALLESTEROS, A.: «En torno a los llamados contratos...», cit. pp. 150-151; TRIMARCHI, P.: «Sulla responsabilità del terzo...», cit. pp. 221-222; VERDE, C.: «Note in tema di responsabilità del terzo...», cit., p. 438, y VINEY, G.: *Traité de droit civil...*, cit., pp. 245-246. También en el *Common Law* WINFIELD Y JOLOWICZ: *On Tort...*, cit., p. 482.

⁶¹ Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, II, cit., pp. 96-98, explica los diferentes modelos de conducta encuadrables en la idea de diligencia que ha diferenciado la doctrina (en concreto BADOSA, F.: *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia, 1987): el modelo abstracto no profesional de conducta (el buen padre de familia), el modelo del profesional o artífice (el perito), el modelo derivado del modo habitual de comportamiento de una persona respecto de sus propios intereses («*quam in suis*») y el modelo de conducta resultante de la obligación que se trata de regular. El modelo abstracto no profesional de conducta (el buen padre de familia) es el único parámetro de diligencia al que el Código Civil hace referencia de forma expresa (párrafo 2.º del art. 1104 CC). Se trata de un modelo caracterizado por la no profesionalidad y por una cierta dosis de perfección en el comportamiento: es el normal nivel de esfuerzo y de atención de las personas que poseen un grado de diligencia medio. La pericia, en segundo lugar, se convierte en un modelo de conducta de necesaria observancia por quien posee determinados saberes o conocimientos o determinadas técnicas o formas de destreza. La impericia sería, por tanto, la falta de aquellos conocimientos necesarios para el ejercicio de una profesión, arte u oficio, o bien el no practicar los actos o técnicas que el caso requiera. En el tercer modelo («*quam in suis*») únicamente el deudor debe tener la conducta, la diligencia que venía adoptando hasta el momento. Por último, existe un modelo de conducta resultante de la obligación que se trata de regular, aquel que exija la naturaleza de la obligación y que sirve para corregir tanto el modelo del padre de familia como el del profesional o artífice. Es un modelo de configuración judicial.

que ejerce ⁶². En el supuesto que nos planteamos probablemente las limitaciones de contratar que afectan al deudor previamente obligado en exclusiva pueden venir exteriorizadas de diversas formas según los usos o costumbres del lugar o ramo de la actividad profesional y tales reglas o formas de exteriorización de las limitaciones deben ser conocidas según la anterior opinión doctrinal por quien es perito en la materia ⁶³.

A nuestro juicio en esta tema ha de distinguirse entre las expresiones, referidas al tercero, «debió conocer» y «debió de conocer» la exclusiva anterior. La primera expresión significa que el tercero tenía un deber que lleva consigo una responsabilidad por culpa si lo incumple al no haber realizado las necesarias averiguaciones sobre un previo compromiso de su contratante; la segunda alude en cambio a la probabilidad grande de que el tercero haya conocido la exclusiva. La realidad demuestra que en los pactos de exclusiva casi siempre existe la posibilidad de que el tercero haya conocido el compromiso anterior que une a su contratante. No hay que olvidar que los pactos de exclusiva suelen estar insertos o bien en contratos mercantiles (por tanto, celebrados por empresarios conocedores de las reglas y usos mercantiles existentes para cada contrato) o bien en contratos relativos a derechos de propiedad intelectual (igualmente los editores, casas discográficas, etc., son conocedores de la frecuencia con la que se realizan este tipo de contratos en exclusiva). Además, muchos de estos contratos en exclusiva son conocidos mundialmente, normalmente debido a la fama de las partes contratantes o al menos de alguna de ellas. Es evidente que es público y notorio, y no sólo en el mundo artístico, que el cantante X tiene una exclusiva concertada con la casa discográfica Y. En el pleito será el demandante quien demuestre que era imposible, dadas las circunstancias del caso, que el tercero desconociera la exclusiva. En cambio, según nuestra opinión, parece más difícil imponer al tercero como deber su conocimiento de la exclusiva en todo caso, que lleve a declarar su responsabilidad si se demuestra su falta de diligencia en tal averiguación. Ello supondría, como ya se ha apuntado antes, un excesivo entorpecimiento del tráfico jurídico.

Por último, dos supuestos se han planteado como posibles causas de exoneración de la responsabilidad del tercero ⁶⁴: Primero, el tercero no es responsable si el contrato previo no es válido, ya que únicamente existe un deber de respetar los contratos válidos. Lo que ocurre es que en la práctica no siempre es fácil que el tercero determine la validez de un negocio jurídico celebrado entre dos personas ajenas a él. En segundo lugar, el tercero puede ser exonerado de su responsabilidad en aquellos supuestos en que el deudor, que quiere concluir un contrato con él, le notifique que el primer contrato ha sido violado por su contraparte.

⁶² FERNÁNDEZ ARÉVALO, A.: *La tutela extracontractual del crédito...*, cit., p. 341. Por el contrario se decanta por la diligencia de un buen padre de familia SANTINI, G.: «La vendita a prezzo imposto»..., cit., p. 1094.

⁶³ FERNÁNDEZ ARÉVALO, A.: *La tutela extracontractual del crédito...*, cit., p. 342.

⁶⁴ Vid. en TEDESCHI, G.: «La tutela aquiliana del creditore...», cit., p. 305.

Se ha mantenido que sería verdaderamente injusto que la protección aquiliana concedida al acreedor tuviese por efecto exigir a los terceros una sentencia judicial previa que declare el incumplimiento del acreedor para que el tercero, en caso de necesidad urgente de las mercancías, pueda realizar un segundo contrato con el deudor.

B) FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD

Hasta el año 1987 el único remedio del acreedor contra el tercero apuntado por la doctrina y la jurisprudencia es la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código Civil. En la actualidad existen dos posibilidades más: Primera, a partir de la Ley 3/1991 reguladora de la Competencia Desleal es posible considerar que en determinadas hipótesis de vulneraciones de pactos de exclusiva por confabulación entre deudor y tercero, el acreedor pueda ejercitar las medidas que ofrece esta ley al constituir el comportamiento del tercero un acto de competencia desleal. Segunda, que el acreedor ejercite contra el tercero las acciones correspondientes a la normativa reguladora de la Propiedad Intelectual si es cesionario en exclusiva de los derechos de propiedad intelectual protegidos por la misma.

b.1 *Tutela aquiliana del crédito*

Hay dos grandes grupos de objeciones doctrinales que se han hecho o siguen haciéndose hoy en día a la posibilidad de que el acreedor exija al tercero que daña su derecho de crédito responsabilidad por el artículo 1902 del Código Civil. Un primer grupo de objeciones constituyen argumentos sobre viejas y polémicas cuestiones que en la actualidad aparecen superadas tanto por la jurisprudencia como por la mayoría de la doctrina. El otro grupo de objeciones, más reciente, tiene un carácter eminentemente práctico.

Empecemos por el primer bloque. Los argumentos más importantes que se han alegado por la doctrina en contra de la tutela aquiliana del crédito han sido, fundamentalmente, el artículo 1257 del Código Civil (la eficacia relativa de los contratos), la necesidad de distinción entre los derechos reales y de crédito y, en tercer lugar, el artículo 1186 del Código Civil. El artículo 1257.1 del Código Civil establece la norma general de que los contratos sólo producen efectos entre las partes que los celebran y sus herederos, debiendo entender por partes contratantes las personas que han emitido las declaraciones de voluntad o han realizado los comportamientos constitutivos del negocio y son además titulares de los intereses reglamentados por él⁶⁵. Los detractores de la tutela aquiliana del crédito han querido amparar la irresponsabilidad del tercero que colabora con el deudor en el incumplimiento del contrato previo basándose en tal principio y en una total separación entre la relación obligatoria y la esfera de terceros: los terceros que contraten con el

⁶⁵ Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, I, cit., pp. 420-421.

deudor obligado por un contrato anterior pueden desconocer el primer contrato puesto que éste no les afecta, para ellos es un hecho ajeno. La única responsabilidad que cabe exigir por parte del acreedor por el daño recibido es la del deudor ⁶⁶.

Sin embargo, nosotros creemos que es perfectamente compatible el principio recogido en el párrafo 1.º del artículo 1257 con la idea de que el tercero que, mediante una actividad negocial con el obligado previamente colabora en que este último incumpla su compromiso, tenga alguna dosis de responsabilidad frente al acreedor. Lo que quiere decir tal precepto es que los derechos y obligaciones que derivan de los contratos sólo pueden exigirse al deudor: únicamente el deudor posee la posibilidad de no prestar el contenido de la obligación. Nunca de un contrato nace una obligación a cargo de una persona extraña a su conclusión ⁶⁷. Diferente es, no obstante, la existencia de un principio básico reconocido por la unanimidad de la doctrina, que consiste en que la realidad jurídica creada por el derecho ha de ser respetada por todos y es ilícito desconocerla o lesionarla. Las disposiciones del derecho positivo y los principios generales conducen como necesidad práctica al reconocimiento de un deber general de respetar los derechos subjetivos, tanto reales como personales ⁶⁸. La celebración de un contrato de exclusiva entre dos sujetos genera evidentemente un derecho en favor del acreedor, derecho de crédito que ha de ser respetado por cualquier extraño. Por consiguiente, un tercero es responsable si no respeta el derecho de crédito colaborando con el deudor mediante un acto colectivo en el incumplimiento de este último, ya que en sentido estricto sólo el deudor lesiona el derecho de crédito. Es más, en el caso que aquí planteamos el derecho de crédito no ha de verse tanto como vínculo entre acreedor y deudor, cuanto como un bien patrimonial perteneciente al acreedor. El crédito no aparece ya únicamente como una posibilidad de obtener la prestación jurídica del deudor sino como valor patrimonial generador de intereses, susceptible de entrar en un ciclo de negociabilidad ⁶⁹.

En este deber de respetar los derechos de crédito encuentra su fundamento la responsabilidad del tercero que colabora con el deudor en el incumplimiento. Y para la mayoría de la doctrina española en tal deber halla su fundamento en concreto la tutela aquiliana del crédito, es decir, la posibilidad de que el tercero responda extracontractualmente frente al acreedor por el artículo 1902 del Código Civil ⁷⁰.

⁶⁶ ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: «El perjuicio del derecho de crédito...», cit., p. 588.

⁶⁷ Por todos LACRUZ, SANCHO R., LUNA S., DELGADO E., RIVERO H. y RAMS A.: *Elementos de derecho civil*, II, vol. I, 3.ª ed., José M.ª Bosch, 1994, p. 546.

⁶⁸ Por todos *vid.* DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho Civil de España*, Civitas, Madrid, 1984, pp. 592-594.

⁶⁹ DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, II, cit., pp. 114-116.

⁷⁰ DIEZ-PICAZO, L.: «Comentario al artículo 1257 del Código Civil», *Comentarios del Código Civil del Ministerio de Justicia*, 2.ª edición, Civitas, Madrid, 1993, p. 434; GULLÓN BALLESTEROS, A.: «En torno a los llamados contratos...», cit., p. 149; LACRUZ B., SANCHO

Aunque se ha discutido que dentro del ámbito de aplicación de este precepto sólo se encuadran los derechos reales pero no los relativos, nuestra jurisprudencia se muestra de acuerdo en la inclusión de los derechos personales dentro del 1902 del Código Civil, ya que además no tiene sentido la creación de una distinción donde la ley no distingue ⁷¹.

Parece que ha de admitirse que la responsabilidad del tercero en nuestra hipótesis planteada siga el cauce del artículo 1902 del Código Civil, ya que en nuestro Ordenamiento, a diferencia del alemán, no hay un precepto donde encaje perfectamente este caso. Sin embargo, no puede dejar de apuntarse que quizá se trata en estos supuestos de vulneraciones conjuntas de exclusiva por deudor y tercero de una forma específica, peculiar o distinta de responsabilidad aquiliana en cuanto a los presupuestos que la doctrina exige en atención al bien lesionado (se trata de un derecho de crédito reforzado por una exclusiva) ⁷². Por dos razones fundamentalmente: Primero, en las violaciones colectivas de exclusiva por deudor y tercero tanto la jurisprudencia como la mayoría de la doctrina se muestran de acuerdo en concebir al tercero responsable en caso de dolo pero no de culpa, cuando realmente dentro de la fórmula «culpa o negligencia» del artículo 1902 han de entenderse incluidos ambos criterios de imputación. ¿No hay aquí una excepción o una peculiaridad frente al régimen general previsto para el artículo 1902 del Código Civil? Si no queremos que el precepto se convierta en un cajón de sastre, en que cualquier caso no regulado por un precepto específico del Ordenamiento tiene cabida, hemos de hacer un esfuerzo por realizar dentro de él las necesarias distinciones de los grupos o categorías de casos diversos a los que de hecho se aplica en la actualidad. Segundo, no en todas las hipótesis en que el derecho de crédito se ve lesionado por la participación de un tercero podemos exigir la responsabilidad del tercero en virtud del artículo 1902, ya que como antes hemos indicado no siempre la actuación del tercero es causa directa del daño y no puede entenderse cumplido el requisito del nexo de causalidad entre la conducta del tercero y el daño sufrido por el acreedor ⁷³.

Por último algún otro argumento se ha afirmado en contra de la tutela aquiliana del crédito, como el artículo 1186 del Código Civil, en cuanto para algunas voces doctrinales tal precepto postula la irresponsabilidad extracontractual del tercero en todos los supuestos de lesión de derechos personales frente al titular de los mismos. Sin embargo, parece que tal precepto únicamente se circunscribe al supuesto en que

R., LUNA S., DELGADO E., RIVERO H. Y RAMS A.: *Elementos...*, II, vol. I, cit., p. 546, y PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil...*, II, vol. I, 1988, cit., p. 250.

⁷¹ FERNÁNDEZ ARÉVALO, A.: *Lesión extracontractual del crédito...*, cit., p. 25.

⁷² Mantiene, por el contrario, que es un supuesto de responsabilidad extracontractual sin más peculiaridades FERNÁNDEZ ARÉVALO, A.: *Tutela extracontractual del crédito...*, cit., p. 27.

⁷³ *Idem.* nota al pie de la página 54.

deba entregarse una cosa determinada y aquí nos encontramos ante una obligación de no hacer ⁷⁴.

El tipo de argumentos que hoy más se sostiene en contra de la extensión de la responsabilidad extracontractual a la lesión del derecho de crédito es de signo diverso, y aquí hacemos referencia al segundo bloque de argumentos que ya no se refieren a cuestiones de trascendencia teórica sino eminentemente práctica. Vattier Fuenzalida ⁷⁵ hace una recopilación de tales argumentos, que son fundamentalmente de cuatro tipos:

1) Un primer argumento consiste en el peligro de la multiplicación de pleitos, ya que la víctima inicial puede estar vinculada con numerosos acreedores en el momento de sufrir el daño y tales acreedores accionarían a su vez por lesión de sus respectivos derechos de crédito ⁷⁶.

2) Se concedería con la tutela aquiliana del crédito un privilegio en favor del acreedor, un plus de protección, ya que además de defenderse de su lesión del crédito frente al deudor podría hacerlo contra cualquier tercero ⁷⁷.

3) Otro argumento, quizá el más interesante de todos, se plantea desde la perspectiva del análisis económico del derecho, porque aparte de perjudicar la libertad jurídica y el interés económico del tercero, se ataca la circulación de los bienes y la celeridad del tráfico y se va contra la racionalidad del mercado en el reparto de costos, beneficios y riesgos en la contratación ⁷⁸. Para esta concepción del derecho en ocasiones la

⁷⁴ GULLÓN BALLESTEROS, A.: «En torno a los llamados contratos...», cit., p. 149.

⁷⁵ «La tutela aquiliana de los derechos de crédito...», cit., pp. 856-857.

⁷⁶ Sostiene, entre otros, la multiplicación de pleitos como un inconveniente claro de la tutela aquiliana de créditos TRIMARCHI, P.: «Sulla responsabilità del terzo...», cit., p. 235. Pero tal inconveniente se elude si se mantiene estrictamente la exigencia de que los daños indemnizables por el artículo 1902 del Código Civil han de ser ciertos.

⁷⁷ A juicio de Vattier mayor privilegio es la reserva de la protección del 1902 del Código Civil a los derechos absolutos, que discrimina totalmente a los derechos relativos y que es contraria al texto literal del precepto. *Vid. cit.*, p. 857. Quizá tal privilegio pueda quedar, si no eliminado, sí al menos disminuido, si mantenemos que el acreedor no debe ser indemnizado doblemente por deudor y tercero, sino una sola vez. Digamos que detrás de la afirmación de una cierta responsabilidad del tercero se esconde la idea de reforzar el derecho del acreedor a ser indemnizado tras su lesión en caso de que el deudor no pueda pagarle por ser insolvente. El tercero quedaría convertido en un «fiador».

⁷⁸ Un documentado estudio de este nuevo método en general en PAZ-ARES, C.: «La economía política como jurisprudencia racional (aproximación a la teoría económica del derecho)», *ADC*, 1981, pp. 601-707. Una crítica a este método se encuentra en DE CASTRO, F.: «Limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», *ADC*, 1982, p. 988, nota de pie de página 3: con tal método la visión económica del mundo vuelve a los dogmas del viejo liberalismo y se postula la subordinación del orden jurídico al económico. Según De Castro esta dirección tiene hoy una apariencia más técnica en la corriente doctrinal denominada «*New Law and Economics*», que mediante un análisis económico del Derecho trata de reemplazar la moral por la utilidad y concibe como función de los contratos la facilitación del mercado, función que se persigue mediante el minimizar los costes de transacción. Para este autor tal teoría se olvida de la esencia del Derecho y permite a su vez un incontrolado poder de las grandes empresas y de las multinacionales, mediante argumentos como la estructura del mercado y la productividad. Estas tendencias centran su atención en la empresa y rehuyen cualquier valoración jurídica de las relaciones contractuales, como ajenas al desarrollo y a la prosperidad económica. Por su parte

violación de una exclusiva resultaría eficiente desde el punto de vista económico, de ahí que sea más conveniente una norma que declare la irresponsabilidad del tercero. Trimarchi⁷⁹ pone el siguiente ejemplo que aclara esta posición jurídica: *D* se ha comprometido a proveer a *C* de cierta cantidad de mercancías al precio de 100. Antes de la ejecución de este contrato, un tercero, *T*, pide una análoga provisión y como tiene necesidad urgente de ella ofrece un precio de 140. *D* no puede ejecutar ambos contratos, y calcula que no cumpliendo puntualmente el primer compromiso incurriría en una responsabilidad por la suma de 15 y, por tanto, decide aceptar la oferta de *T* y satisfacer antes el encargo de este último. En opinión de este autor en esta hipótesis es evidente que aquella mercancía daría una productividad de 15 en manos de *C*, mientras que en manos de *T* daría una productividad superior a 40 (de otro modo *T* no estaría dispuesto a ofrecer un precio de 140). Por consiguiente, el incumplimiento por parte de *D* del primer compromiso hace que la mercancía sea más útil, con un resultado de mayor eficiencia del sistema económico considerado en su conjunto. Además *C*, obteniendo el resarcimiento del daño por *D*, saldría indemne, mientras que el beneficio neto de la nueva operación resultaría de cualquier modo repartido entre *D* y *T*. Una regla que estableciera la responsabilidad extracontractual de *T* por daño al derecho de crédito de *C* frenaría este tipo de sistema. Por otra parte si *T* tuviese que esperar al cumplimiento del deudor *D* frente al acreedor *C* o tuviese que esperar a que el acreedor consintiera, los costes por el retraso serían elevados. Para Trimarchi, esta solución acorde con un punto de vista económico coincide además con una solución ajustada al principio de solidaridad. Si las tres personas descritas están animadas por un vivo deseo de solidaridad (son, por ejemplo, hermanos o socios), parece evidente que la solidaridad sugeriría proveer a *T* de las mercancías, ya que tiene una necesidad más urgente, pero a la vez dejando indemne a *C*.

La crítica que cabe hacer a tal tesis es que la misma parte de que efectivamente el deudor indemniza al acreedor, además de obtener más beneficios gracias al mejor precio que le ofrece el tercero. Pero la eficiencia desde el punto de vista económico no se conseguiría en los casos en que el deudor sea insolvente, ya que al declararse la irresponsabilidad del tercero el acreedor se quedaría sin indemnización. Y el problema al que nosotros tratamos precisamente de responder es si, en la hipótesis en que el deudor por alguna causa no pague al acreedor, debe hacerlo también el tercero (aunque fuera de forma subsidiaria).

4) Un último argumento de signo práctico que puede añadirse a los anteriores es la suficiencia de las normas en materia de competencia

VATTIER: «La tutela aquiliana de los derechos de crédito...», cit., p. 857, considera que la supuesta racionalidad que propugna el análisis económico del Derecho sólo es compatible con un particular tipo de organización económica, que en la actualidad es el impuesto en el artículo 38 CE, pero que en ningún caso es jurídicamente relevante. Su función probablemente sea iluminar el contenido del canon hermenéutico de carácter sociológico previsto por el artículo 3.1 del Código Civil.

⁷⁹ «Sulla responsabilità del terzo...», cit., pp. 223-224.

desleal, de manera que para resolver estos casos no habría que acudir al artículo 1902 del Código Civil. Ya veremos, sin embargo, cómo la normativa de competencia desleal es muy específica y sólo sirve para determinadas hipótesis de vulneración de un derecho de crédito y no para todas.

La postura doctrinal mayoritaria en nuestro Ordenamiento a la que me adscribo se muestra favorable a la tutela aquiliana del crédito ⁸⁰, salvo algunas opiniones aisladas ⁸¹. Entre estos autores hay un acuerdo prácticamente unánime en considerar el carácter extracontractual de la responsabilidad del tercero que colabora con el deudor en el incumplimiento. Desde luego no tiene carácter contractual en ningún caso porque el único obligado por el contrato de exclusiva es el deudor y al tercero ese contrato no le impone concretas obligaciones ni le otorga derechos. Para el deudor la responsabilidad es contractual, para el tercero extracontractual ⁸². La jurisprudencia también es coincidente en este punto ⁸³.

b.2 Normativa de competencia desleal

Ya en el año 1971 Puente Muñoz apuntó la posibilidad de que estos supuestos de infracciones de exclusiva por parte de un tercero pudiesen

⁸⁰ CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho Civil de España...* cit., pp. 593-594; Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, II, cit., pp. 602-606, y «Comentario al artículo 1257 del Código Civil»..., cit., p. 434; Díez-PICAZO Y GULLÓN: *Sistema...*, II, cit., pp. 222-223; GULLÓN BALLESTEROS, A.: «En torno a los llamados contratos...», cit., pp. 145 y 149; MORENO QUESADA, B.: «Problemática de las obligaciones de hacer»..., cit., pp. 488-494; PANTALEÓN PRIETO, F.: «Comentario del artículo 1902 del Código Civil», *Comentarios del Código Civil del Ministerio de Justicia*, 2.^a ed., Madrid, Civitas, 1993, p. 1994, y «Comentario a la STS 25 de junio de 1983», *CCJC*, núm. 3, 1983, p. 798, y VATTIER FUENZALIDA, C.: «La tutela aquiliana de los derechos de crédito...», cit., p. 854.

⁸¹ PÉREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUER, J. en sus anotaciones a ENNECERUS, L.: *Tratado de derecho civil. Derecho de obligaciones...*, cit., pp. 1067-1068, y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: «El perjuicio del derecho de crédito...» cit., pp. 588 y 600 (este último autor estima como regla general que el tercero que daña un derecho de crédito ajeno no es responsable frente al acreedor, aunque hay ciertas excepciones en que el acreedor posee acción contra el tercero, como en el supuesto de las interferencias de un tercero en las relaciones contractuales ajenas, pero por otra norma distinta a la de la responsabilidad civil extracontractual).

⁸² Díez-PICAZO, L.: «Comentario a la STS 23 de marzo de 1921»..., cit., p. 390; Díez-PICAZO Y GULLÓN: *Sistema...*, II, cit., p. 97; GULLÓN BALLESTEROS, A.: «En torno a los llamados contratos»..., cit., p. 154; MORENO QUESADA, B.: «Problemática de las obligaciones de hacer»..., cit., pp. 490-491; VATTIER FUENZALIDA, C.: «La tutela aquiliana de los derechos de crédito...», cit., p. 848; YZQUIERDO TOLSADA, M.: «La zona fronteriza...», cit., p. 469; FERNÁNDEZ ARÉVALO, A.: *La tutela extracontractual del crédito...*, cit., p. 343. En la doctrina francesa hay una división de opiniones, de manera que frente a la opinión de que la responsabilidad del tercero es contractual porque colabora con el deudor al incumplimiento del contrato, se han alzado las voces de MAZEAUD, H. y L. TUNC, A.: *Tratado teórico y práctico...*, t. I, vol. I, cit., p. 198; SAVATIER, R.: «Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats», *Revue Trimestrielle de droit civil*, pp. 540-542, y *Traité de la responsabilité...*, cit., pp. 187 y 190; VINEY, G.: *Traité de droit civil...*, cit., pp. 244-248. En la italiana BUSNELLI, F. D.: *La lesione del credito...*, cit., p. 240 y GALGANO, F.: «Le mobili frontiere del danno...», cit., p. 17.

⁸³ STSS 23 de marzo de 1921 y 4 de mayo de 1973. Sin embargo, la STS 24 de octubre de 1990 (Ar. 8045) parece estimar que la responsabilidad del tercero que causa un

constituir actos de competencia ilícita en cuanto el tercero demandado hubiese violado un deber de concurrencia leal hacia el acreedor. Pero también señalaba que la normativa entonces represora de la competencia desleal no contenía ningún precepto concreto para fundamentar tal deber⁸⁴. Es cierto que algunas de estas infracciones directas de exclusivas podrían haberse estimado en su día actos de competencia ilícita, pero sin embargo el Tribunal Supremo siempre ha resuelto tales infracciones mediante la responsabilidad civil extracontractual del artículo 1902 del Código Civil, sin mencionar su naturaleza de actos desleales. Desde 1902 a 1974, año en que empiezan a buscarse otras vías de represión de la competencia desleal, el único cauce de persecución judicial de los actos de competencia ilícita que no tienen cabida en la estrecha normativa represora de esta materia existente en España (Ley de Propiedad industrial de 1902) es el artículo 1902 del Código Civil⁸⁵. Pero la aplicación del artículo 1902 del CC a la competencia desleal implicaba predicar los requisitos exigidos por el 1902 del acto de competencia desleal (es decir, antijuricidad, culpa o negligencia, daño y relación de causalidad entre la acción y el daño). La extensión de tales elementos al acto de competencia desleal requería solucionar una serie de objeciones previas (justificación de la represión de los actos desleales por la vía del artículo 1902 del Código Civil al constituir la LPI de 1902 *lex specialis* en relación con la norma general del 1902 del CC, fundamento de la antijuricidad de las conductas de competencia desleal no comprendidas en los artículos 131 y 132 LPI, ausencia del requisito de la culpa en los actos concurrenciales, inclusión o no de la acción de cesación dentro del marco de las acciones previstas en el artículo 1902 del CC...). Probablemente la existencia de tales inconvenientes en la aplicación del artículo 1902 del Código Civil es una de las causas por las que los tribunales en sus sentencias no calificaban los actos desleales como

daño al derecho del acreedor en colaboración con el deudor es contractual. No se trata aquí de la violación de un pacto de exclusiva sino de la violación de un contrato de opción de compra que es infringido por la celebración de un segundo contrato, por el que el concedente de la opción (cooperativa vendedora) vende el inmueble a un tercero que conocía la existencia del derecho de opción previo. El Supremo califica como contractual no sólo la responsabilidad del deudor (que obviamente lo es), sino también la del tercero que adquiere el bien e incluso la de un causahabiente suyo a título particular. Según el tribunal la responsabilidad por los daños que directa e indirectamente se derivan del incumplimiento del contrato es contractual para todos los causantes del daño, con independencia de que fuesen o no parte en el contrato incumplido. GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V., que comenta esta sentencia en *CCJC*, núm. 24, 1990, pp. 1138-1139, critica con razón esta resolución, aparte de por otros razonamientos, por este último que hemos señalado. En su opinión el comprador del segundo contrato cooperó con la sociedad vendedora en la lesión del derecho de adquisición preferente concluyendo un contrato en daño de la demandante. Pero su actuación al concluir el contrato dañoso no es incumplimiento de un contrato que a él no obliga, sino sólo lesión del deber general de no dañar los derechos ajenos. De ahí que califique la responsabilidad del tercero de extracontractual y la del deudor de contractual.

⁸⁴ «El pacto de exclusiva en la jurisprudencia del Tribunal Supremo»..., cit., p. 444.

⁸⁵ MOLINA BLÁZQUEZ, C.: *Protección jurídica de la lealtad en la competencia*, «Ed. Montecorvo, S. A.», 1993, p. 122, nota al pie de p. 31.

tales. Hay una tendencia a la resolución de la mayoría de los pleitos cuyos hechos podrían constituir competencia desleal mediante argumentos diversos a la deslealtad del acto ⁸⁶.

Sin embargo el panorama cambia con la promulgación de la LCD 3/1991, y con ella la función y finalidad de la competencia desleal. Ésta ya no persigue como fin primario la defensa de la posición adquirida por el empresario (modelo profesional) sino la protección de la competencia como tal (modelo social). De igual forma los intereses tutelados no son ya los privados de los empresarios sino también los de los consumidores y el interés público del funcionamiento del mercado ⁸⁷.

Esta nueva ley bajo la rúbrica *Inducción a la infracción contractual* incorpora por primera vez en el Ordenamiento español la deslealtad de tres actos diversos en su artículo 14: la inducción a la infracción de un deber contractual básico (párr. 1.º), la inducción a la terminación regular de un contrato y el aprovechamiento de la infracción contractual ajena no inducida (párr. 2.º). De acuerdo con una de las numerosas clasificaciones realizadas sobre la competencia desleal ⁸⁸, que distingue entre actos que lesionan los intereses de los competidores, actos que lesionan los intereses de los consumidores y actos que lesionan el interés público en la existencia de un mercado altamente competitivo y transparente, podemos encuadrar el artículo 14 dentro del primer grupo, que tiene como función el aseguramiento de la posición adquirida en el mercado. El antecedente inmediato de nuestro precepto es la Ley Federal suiza contra la competencia desleal (así, su art. 4 lleva como título «*incitation á violer ou á résilier un contrat*» ⁸⁹). El común denominador de los dos párrafos del artículo 14 es la irrupción de un sujeto en una esfera de relaciones contractuales de las que no es parte. Se trata, en concreto, de la interferencia que provoca o aprovecha una ruptura contractual, sea la infracción de deberes contractuales o la terminación de un contrato ⁹⁰. De este precepto, que no sufrió modificación alguna en

⁸⁶ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.: *El derecho al honor de las personas jurídicas*, Montecorvo, Madrid, 1996, p. 159 (aunque esta obra está referida a los actos desleales denigratorios).

⁸⁷ Para un estudio amplio de las transformaciones sufridas por la competencia desleal, MENÉNDEZ, A.: *La competencia desleal*, Civitas, Madrid, 1988, y PAZ-ARES, C.: «Constitución económica y competencia desleal (Reflexiones sobre la experiencia italiana)», *ADC*, 1981, pp. 927-957, y «El ilícito concurrencial de la dogmática monopolista a la política antitrust (un ensayo sobre el derecho alemán de la competencia desleal)», *RDM*, núm. 159, pp. 7-147.

⁸⁸ EMMERICH, V.: *Das Recht des unlauteren Wettbewerbs*, 3.ª ed., Verlag C. H. Beck, München, 1990, pp. 71-72.

⁸⁹ MARTIN-ACHARD, E.: *La loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 (LCD)*, Payot, Lausanne, 1988, pp. 71-77.

⁹⁰ MASSAGUER FUENTES, J.: «Inducción a la infracción contractual», *Actas de Derecho Industrial*, tomo XV, 1993, p. 36, e «Inducción a la infracción contractual», *EJB*, Tomo III, Civitas, Madrid, 1995, p. 3537 (esta segunda voz es un resumen del primer artículo, así que citamos en adelante por el primero).

su tramitación parlamentaria, se ha criticado la denominación del epígrafe, porque la inducción a la infracción contractual es predicable del párrafo primero, pero no del segundo ⁹¹. Sin embargo no nos interesa el estudio del conjunto del precepto, ya que las violaciones de pactos de exclusiva por parte de tercero únicamente tendrían cabida en el primer párrafo del artículo 14, ya que tal precepto se refiere a la inducción por parte de un tercero a la infracción de deberes contractuales básicos. En nuestra hipótesis un tercero induce al deudor al incumplimiento de la obligación negativa de no hacer en que consiste la exclusiva. Aquí la inducción tiene éxito, ya que la infracción contractual se produce a través de la celebración del segundo contrato. Por consiguiente, ni se induce a la terminación regular de un contrato, ni el tercero se aprovecha de una infracción inducida por otro, puesto que aquí es el tercero el que induce. Estudiamos, pues, a continuación el primer párrafo: «*Se considera desleal la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores*» ⁹².

Cuatro son las cuestiones interesantes en este párrafo: el fundamento de la protección otorgada por la LCD a las relaciones contractuales, el objeto de la infracción, los elementos subjetivos de la misma y el propio concepto de inducción.

1) La primera cuestión que surge es, pues, la relativa al fundamento de la tutela jurídico-concurrencial de las relaciones contractuales. Es decir, las razones por las que la interferencia en relaciones contractuales ajenas es estimada competencia desleal en nuestro Ordenamiento. No es algo obvio su protección por dos argumentos. Uno, porque a la luz del modelo social de la competencia desleal la deslealtad de la inducción a la infracción contractual no puede encontrarse ya, aunque de hecho lo estuviera originariamente, vinculado a criterios de corrección profesional. No se busca proteger a los empresarios de un uso deshonesto del tráfico que hagan sus competidores (al revés que en el modelo profe-

⁹¹ OTAMENDI, J. J.: *Comentarios a la ley de competencia desleal*, Aranzadi, Madrid, 1994, p. 231.

⁹² En el Derecho alemán la inducción a la ruptura de un contrato (*Verleitung zum Vertragsbruch*), figura encuadrada dentro de los casos de participación en la ruptura contractual ajena (*Beteiligung an fremden Vertragsbruch*), constituye acto de competencia desleal, ya que doctrina y jurisprudencia consideran que tal supuesto realizado con finalidad concurrencial vulnera las buenas costumbres (& 1 UWG). *Vid.* BAUMBACH, A. y HEFERMEHL, W.: *Wettbewerbsrecht*, 15.ª ed. refundida, vol. 13a, Verlag C. H. Beck, München, 1988, núms. 644-649, pp. 894-897. En Italia la doctrina y la jurisprudencia vienen estimando desleal desde hace años en virtud de la prohibición general de la competencia desleal la violación de un pacto de exclusiva. *Vid.* información extensa, bibliografía y jurisprudencia en BUSNELLI, F. D.: *La lesione del credito...*, cit., pp. 242-245, y GHIDINI, G.: «Della concorrenza sleale»..., cit., pp. 305-314. En Francia la participación activa de un tercero en el incumplimiento de un contrato, es decir, cuando hay concierto fraudulento (equiparable a nuestra inducción a la infracción de deberes contractuales básicos) es un acto ilícito, perseguible por el artículo 1382 del Código Civil. *Vid.* CARBONIER, J.: *Droit Civil...*, cit., pp. 239 y 247, y AZEMA, J.: *Le droit français de la concurrence*, PUF, 1.ª ed, Paris, 1981, pp. 173-175.

sional)⁹³. Segundo, detrás del hecho de la inducción a la infracción contractual se encuentra la lucha por la captación de clientes y de factores de producción y esta lucha, sin duda, es potenciada por el sistema de libre competencia acogido en nuestro Ordenamiento y en la propia normativa de competencia desleal. El sistema de economía de mercado sanciona la ineficiencia, legitimando incluso la pérdida de ingresos o la expulsión del mercado del competidor⁹⁴. Pero según la doctrina la inducción a la infracción contractual posee rasgos de disfuncionalidad competitiva e ineficiencia institucionales suficientes para fundar su deslealtad. Se trata de un acto de obstaculización. Las relaciones contractuales, que sostienen y desarrollan la actividad económica, tienen un valor competitivo del que la intromisión priva a su titular ocasionándole un perjuicio y de modo paralelo llevan consigo una ventaja carente de justificación concurrencial⁹⁵.

2) Veamos a continuación el objeto de la infracción. El objeto de la infracción son los *deberes contractuales básicos* de un contrato realizado entre el competidor perjudicado y el deudor. Da igual que este contrato sea de tracto sucesivo o de tracto único, pero sí es imprescindible que la relación contractual sea eficaz y que sea aquella respecto de la que la inducción a incumplirla pueda presentarse como acción concurrencial. La enumeración de los contratos del artículo 14.1 no tiene más que una finalidad enunciativa, simplemente destaca los contratos de especial carácter concurrencial y más expuestos por ello a la interferencia de terceros: contratos con trabajadores, proveedores, clientes, sin olvidar los contratos de distribución, de concesión, de agencia, de franquicia, de arrendamiento de servicios, de marcas... (estos últimos incluidos dentro del concepto más genérico de «*demás obligados*»)⁹⁶. Se ha criticado por algún autor⁹⁷ la utilización del término *deber* para designar lo que en realidad constituyen auténticas obligaciones con fuerza de ley entre las partes. La palabra *deber* se refiere tradicionalmente a obligaciones de índole menor. Lo que la norma quiere contemplar son las obligaciones contractuales principales derivadas de los pactos en vigor entre el competidor del inductor y los clientes, proveedores o trabajadores de aquél. Por tanto, la consecuencia que ha de extraerse es que la infracción inducida de prestaciones contractuales secundarias no puede en todo caso ser calificada como acto desleal si la prestación principal es

⁹³ MASSAGUER FUENTES, J.: «Inducción a la infracción contractual»..., cit., p. 37. Aunque según este autor algunos datos del artículo 14 parecen todavía reflejar esa concepción, como la referencia a los competidores en el párrafo primero

⁹⁴ *Idem.*, cit., p. 37.

⁹⁵ *Idem.*, cit., pp. 37-38. En similar sentido BERCOVITZ, A.: «Significado de la ley y requisitos generales de la acción de competencia desleal», *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*, Jornadas organizadas por la Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1992, pp. 30-31.

⁹⁶ MASSAGUER FUENTES, J.: «Inducción a la infracción contractual»..., cit., pp. 38-39, para estas cuestiones referidas al objeto del tipo.

⁹⁷ ILLESCAS ORTIZ, R.: «La infracción inducida de contratos y de normas como acto de competencia desleal», *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de*

satisfecha y respecto de ella no hay inducción alguna o, de haberla habido, hubiere resultado sin éxito⁹⁸. En este punto es interesante plantearnos si la obligación de no hacer derivada de un pacto de exclusiva es una obligación de carácter básico o no. Si no lo fuera evidentemente no podríamos sustentar que en determinadas ocasiones el acreedor perjudicado por una violación de la exclusiva a la que se había comprometido su deudor, por medio de la celebración de un contrato segundo con un tercero, pueda interponer contra este tercero una acción de competencia desleal. Es una cuestión de difícil resolución⁹⁹. Sin embargo pensamos que, con independencia de que nos planteemos desde un punto de vista puramente teórico el carácter básico o accesorio de la exclusiva, habrá que atender a la finalidad perseguida por el contrato para examinar la importancia que las partes contratantes han otorgado a la obligación de que se trate. En el caso de una exclusiva, aunque ésta esté inserta dentro de una relación obligatoria más amplia, a nuestro juicio habrá sin duda una frustración del fin negocial querido por las partes si se viola la exclusiva. En la mayoría de las relaciones contractuales bilaterales en las que se inserta una prestación negativa, ésta tiene una función especial de aseguramiento y refuerzo del negocio principal, que determina que su incumplimiento lleve consigo la frustración del interés contractual y así la violación de la obligación negativa en numerosos

enero de 1991, Coor. Alberto Bercovitz, Jornadas organizadas por la Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1992, p. 110.

⁹⁸ También en el Ordenamiento alemán la inducción a la ruptura contractual presupone la infracción de una obligación contractual esencial. *Vid.* BAUMBACH, A. y HEFERMEHL, W.: *Wettbewerbsrecht...*, cit., p. 896.

⁹⁹ Consideran que es una obligación básica ILLESCAS ORTIZ, R.: «La infracción inducida de contratos...», cit., p. 112; CAVANILLAS MÚGICA, S.: «Comentario al artículo 48 LPI...», cit., p. 817, y PUENTE MUÑOZ, T.: «El pacto de exclusiva en la jurisprudencia del Tribunal Supremo...», cit., p. 459. Para esta última autora la inclusión de una cláusula de exclusiva dentro de un contrato de venta, de suministro... hace que tales contratos posean una causa diversa a la que tienen estos mismos contratos sin exclusiva. Por esta causa distinta la exclusiva entra dentro del mismo orden de principalidad que la obligación de venta y puede conducir a la resolución del contrato por incumplimiento de una obligación. Insistiendo en que las obligaciones de exclusiva no pueden ser calificadas como obligaciones accesorias en cuanto constituyen el motivo causalizador de la celebración del negocio jurídico, es decir, la razón por la cual las partes han querido su celebración EGUSQUIZA, M. A.: *La configuración de las obligaciones negativas*, José M.^a Bosch, ed., Barcelona, 1990, pp. 199 y 208-209, y LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA, LUNA SERRANO, DELGADO ECHEVARRÍA, RIVERO HERNÁNDEZ y RAMS ALBESA: *Elementos de Derecho Civil, II...*, cit., p. 74. DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, II, cit., pp. 249-250, establece una diferenciación según que la obligación negativa constituya una obligación autónoma entre dos personas determinadas y según que constituya el especial contenido de una prestación incorporada a una obligación más amplia. Él pone como ejemplo un pacto de no concurrencia (creemos que tal ejemplo podría asimilarse al pacto de exclusiva) que puede ser un pacto autónomo o puede ser un pacto incorporado a un contrato de carácter más extenso. En este último caso tal pacto está inserto en una relación obligatoria más amplia que es, en general, de tipo positivo, constituyendo lo que la doctrina alemana ha llamado un deber de omisión combinado y en términos generales puede ser considerado como accesorio de la principal de signo positivo. También en este último sentido, MORERA, R.: «El pacto de exclusiva...», cit., p. 323.

supuestos origina un desequilibrio que no es posible eliminar sino a través del ejercicio de la acción resolutoria ¹⁰⁰. La resolución de un contrato sólo tiene sentido cuando se ha frustrado el fin del negocio y la prestación ya no puede serle útil al acreedor ¹⁰¹.

3) En cuanto a los elementos subjetivos de la infracción inducida, se trata de un acto en el que intervienen necesariamente tres personas: En primer lugar, el inductor de la infracción contractual; segundo, trabajadores, proveedores y clientes y demás obligados vinculados contractualmente con el competidor perjudicado y, por último, el propio perjudicado.

El tenor literal del artículo 14.1 exige que el inductor esté en una relación directa de competencia con el perjudicado (inducción... con los *competidores*) ¹⁰². Sin embargo, parece que ha de buscarse otra lectura del precepto. No puede entenderse que el párrafo 1.º del artículo 14 está exigiendo la relación de competencia entre sujeto activo y pasivo del acto desleal cuando la ley de manera expresa ha desterrado esta exigencia como presupuesto de deslealtad en el artículo 3.2. La referencia a las obligaciones contractuales contraídas con competidores debe entenderse como una mera repetición de la finalidad concurrencial, que por exigencia de la ley debe tener cualquier acto de competencia desleal. Así, todo acto desleal ha de realizarse en el mercado con finalidad concurrencial. Hay una presunción legal de esta finalidad cuando el acto por las circunstancias que lo acompañan se muestra objetivamente idóneo para promover o asegurar en el mercado las prestaciones propias o de un tercero (art. 2.2). Por consiguiente, al inductor sólo se le exige que participe en el mercado y que la inducción se ordene entre las actuaciones que le son propias en su condición de oferente o demandante de productos o servicios para su transformación y distribución en el mercado ¹⁰³. Pero no están incluidos dentro del ámbito de la ley aquellos supuestos ilícitos de dos empresarios realizados no por motivo de acceso a la actividad económica, sino por otras razones ajenas a la lucha en el mercado (motivos personales) ¹⁰⁴. No obstante, al existir una presunción legal de la finalidad concurrencial sería el demandado (aquí el empresario inductor) el que habría de probar en estos casos la falta de fin concurrencial. Y esta prueba no parece especialmente fácil en los supuestos de inducción a la violación de una exclusiva previa, ya que el acreedor perjudicado y el inductor suelen pertenecer al mismo sector

¹⁰⁰ EGUSQUIZA, M. A.: *La configuración de las obligaciones negativas...*, cit., p. 203.

¹⁰¹ Para estas cuestiones relativas al ejercicio de la acción resolutoria DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, II, cit., pp. 699-727.

¹⁰² OTAMENDI, J. J.: *Comentarios a la ley de competencia desleal...*, cit., p. 233, e ILLESCAS ORTIZ: «La infracción inducida de contratos...», cit., p. 110.

¹⁰³ MASSAGUER FUENTES, J.: «Inducción a la infracción contractual...», cit., p. 39.

¹⁰⁴ BACHARACH DE VALERA, S.: «Acciones derivadas de la competencia desleal», *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*, Coor. Alberto Bercovitz, Jornadas organizadas por la Cámara de comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1992, p. 145.

económico y la existencia frecuente de una reciprocidad entre el daño ocasionado y el beneficio propio es un indicio claro de una relación concurrencial entre ellos. No obstante, si el inductor logra demostrar la ausencia de finalidad concurrencial en su actuación, al acreedor únicamente le resta dirigirse contra él por la vía del artículo 1902 del Código Civil.

4) El comportamiento del sujeto agente consiste en la inducción, término que no explica la ley. Únicamente dice que la inducción debe consistir en la infracción contractual (infracción que no es mero incumplimiento sino que se refiere al concepto más amplio de contravención al tenor de la obligación del art. 1101 del CC) ¹⁰⁵. La inducción presupone una actitud activa, consiste en el ejercicio de influencia sobre otra persona conscientemente encaminada a y objetivamente adecuada para moverla a infringir deberes básicos derivados de una relación contractual previa ¹⁰⁶. La ley fija su atención únicamente en la conducta del sujeto agente, del inductor, y pudiera interpretarse que el legislador considera irrelevante por completo la actitud del inducido. Es decir, da exactamente igual que la inducción haya sido posterior a una conducta o previo incumplimiento del obligado. Desde tal interpretación sería indiferente que la incitación sea la causa esencial de la infracción, bastando con que sea causa concurrente. Sin embargo, es más adecuado a nuestro juicio una concepción estricta de las hipótesis que caben integrarse en el párrafo 1.º del artículo 14, concepción derivada precisamente de una interpretación rigurosa del término *inducción*. El artículo pone su fuerza en esta palabra y si no menciona el comportamiento del obligado es precisamente porque desea poner todo su peso en la actitud del sujeto agente que toma la iniciativa y a través de un medio deshonesto (la influencia en otro sujeto que está obligado por una relación contractual previa) logra que la infrinja. Por eso la inducción del sujeto agente, el comportamiento activo del mismo debe ser la causa primera y principal de la infracción contractual ¹⁰⁷. De ahí que en nuestra opinión quedan fuera del párrafo 1.º tanto aquellos supuestos en que no es el tercero el inductor sino el obligado el que ofrece sus servicios al empresario competidor ¹⁰⁸ como aquellos supuestos en que el tercero

¹⁰⁵ MASSAGUER FUENTES, J.: «Inducción a la infracción contractual»..., cit., p. 41.

¹⁰⁶ MASSAGUER FUENTES, J.: «Inducción a la infracción contractual»..., cit., p. 40; OTAMENDI, J. J.: *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*..., cit., p. 231 y VICENT CHULIÁ, F.: *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, 3.ª ed., tomo I, vol. 2.º, José M.ª Bosch, ed., Barcelona, 1991, p. 1077.

¹⁰⁷ Comparte tal opinión NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: *El pacto laboral de no competencia postcontractual*..., cit., p. 249.

¹⁰⁸ En el caso de que el tercero tenga conocimiento de la relación contractual previa que une a su contratante con un empresario competidor, el tercero debe responder de los daños y perjuicios frente a éste último *ex* artículo 1902 del Código Civil. Por su parte NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: *El pacto laboral de no competencia postcontractual*..., cit., pp. 249-250 opina que la conducta del empresario que contrata al trabajador inductor vinculado por un pacto de no competencia postcontractual (conociendo tal pacto) podría incardinarse dentro del comportamiento tipificado en el artículo 14.2 LCD sobre approve-

inductor no conoce la existencia de la exclusiva previa, ya que la inducción presupone una actitud consciente y, por tanto, dolosa (que se concreta en el conocimiento de la exclusiva por parte del empresario inductor)¹⁰⁹.

Si el acreedor acciona por la vía de la competencia desleal únicamente puede dirigirse contra el inductor, es decir, contra el tercero. Sólo el tercero es el sujeto que comete el acto de competencia desleal. Los que se limitan a incumplir no contraen responsabilidad alguna en los términos de la Ley de Competencia Desleal, si bien al perjudicado le cabe la posibilidad de pedirles responsabilidad en los términos del artículo 1101 del Código Civil¹¹⁰. No obstante, se ha objetado a ello que la Ley de Competencia Desleal en su artículo 20 señala como legitimados pasivamente a todos los que hayan realizado, ordenado, o cooperado a la realización del acto de competencia desleal, lo que ha llevado a sugerir incluso una responsabilidad solidaria de los responsables¹¹¹. Creemos, sin embargo, que ha de prevalecer la primera interpretación, más acorde con el tenor del artículo 14 LCD.

Recordemos, por último, que el perjudicado por el acto de competencia desleal puede ejercitar la acción declarativa de deslealtad del acto (si subsiste la perturbación), la de cesación, la de prohibición (si aún no se ha realizado el acto desleal) y además si existe dolo o culpa de los causantes del daño la acción de indemnización de daños y perjuicios (acción que necesita de los mismos requisitos del art. 1902 del CC). Más discutible es la posibilidad de que el perjudicado ejercite la acción de enriquecimiento injusto del artículo 18.6.^a LCD, que sólo procede cuando el acto desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico. Parece difícil entender que el supuesto que estudiamos está incluido dentro de tal expresión. Requisito necesario para la *condictio* por intromisión prevista en el precepto de la Ley de Competencia Desleal es que el demandado se haya enriquecido mediante la invasión indebida de un bien jurídico ajeno. El derecho de exclusiva lesionado por un acto de competencia desleal al que se refiere el artículo 18.6.^a presupone, pues, la atribución de un monopolio que el Ordenamiento atribuye a su titular. El derecho de exclusiva no puede confundirse con la exclusividad, de manera que

chamamiento de la infracción contractual ajena, no en el artículo 14.1, ya que también a su juicio la inducción ha de ser parte del supuesto de hecho de tal precepto.

¹⁰⁹ En contra MASSAGUER, J.: «Inducción a la infracción contractual...», cit., pp. 41-42, y NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: *El pacto laboral de no competencia postcontractual...*, cit., p. 249. Para ambos autores el artículo 14.1 LCD no exige que el inductor tenga conocimiento de la existencia de un pacto anterior de su obligado, debido a la formulación estrictamente objetiva de la prohibición general de deslealtad del artículo 5 de la LCD que conduce a prescindir del conocimiento de la relación contractual y de su contenido obligacional básico por parte del inductor. A nuestro juicio, por el contrario, el empresario que ofrece sus servicios y no conocía la vinculación de su obligado no responde ni siquiera por la responsabilidad civil extracontractual del artículo 1902 del Código Civil.

¹¹⁰ ILLESCAS ORTIZ, R.: «La infracción inducida de contratos...», cit., p. 111.

¹¹¹ FERNÁNDEZ ARÉVALO, A.: *La tutela extracontractual del crédito...*, cit., p. 366.

esta última sólo atribuye un monopolio convencional ¹¹². El plazo de prescripción que ofrece la LCD es el de un año desde el momento en que el acreedor lesionado pudo ejercitar la acción y el legitimado tuvo conocimiento de la persona que hizo el acto de competencia desleal y, en cualquier caso, por el transcurso de tres años desde el momento de la realización del acto. La competencia territorial es bastante amplia, de manera que tres son los fueros concurrentes electivos: el del lugar donde se realiza el ilícito desleal, el lugar en donde se manifiestan sus efectos o el de la sede del demandado (que se desglosa en otros tres: el lugar donde el demandado tiene su establecimiento, en su defecto, el del domicilio y en el caso en que no lo posea en territorio nacional, el de su residencia habitual).

b.3 *Normativa reguladora de la Propiedad Intelectual*

La jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a las violaciones de pactos de exclusiva con concurrencia de deudor y tercero cabe clasificarla de acuerdo con un criterio estrictamente temático en dos grandes grupos de casos: violaciones de contratos mercantiles (en especial, compraventa, suministro y concesión) y violaciones de contratos de arrendamientos de servicios relacionados con los derechos de propiedad intelectual (edición y ejecución musical sobre todo) ¹¹³. Antes del año 1987 la aparición de un nuevo contratante que vulneraba la exclusiva de arrendamiento de servicios artísticos o de edición sólo podía combatirse por el acreedor por la vía de la tutela aquiliana del crédito. Sin embargo, a partir de ese momento con la Ley 22/1987 de Propiedad Intelectual los anteriores supuestos pueden tener una solución diversa a la que ha llegado el Supremo mediante la aplicación del artículo 1902 del Código Civil. Por una parte, y respecto al caso concreto de los artistas intérpretes o ejecutantes la Ley de Propiedad Intelectual de 1987, les reconoce derechos de propiedad intelectual (esto es, derecho exclusivo a autorizar la reproducción y comunicación pública de sus interpretaciones o ejecuciones) (arts. 101 y 102 LPI). Por otra parte, en la LPI de 1987 se incluye un precepto, inexistente en la anterior de 1879 y normativa pos-

¹¹² Véase sobre el significado de la acción de enriquecimiento injusto del artículo 18.6.ª de la ley de competencia desleal el libro de PORTELLANO DÍEZ, P.: *La imitación en el Derecho de la Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 144-155 (en especial pp. 145-146). En contra de la redacción tan restringida del artículo y a favor de una aplicación de tal acción de enriquecimiento siempre que se produzca sin causa justificada un empobrecimiento del actor relacionado con un enriquecimiento del demandado BACHARACH DE VALERA, S.: «Acciones derivadas de la competencia desleal»..., cit., p. 143.

¹¹³ Así, en cuanto a esta última materia, SSTs 23 de marzo de 1921, 3 de abril de 1968, 31 de diciembre de 1993 y 20 de marzo de 1995, todas ellas referidas a contratos de arrendamiento de servicios artísticos entre cantantes y casas discográficas en que se demanda al cantante y a la segunda casa discográfica (excepto en la STS 3 de abril de 1968 [Ar. 2033] en la que únicamente se demanda al cantante y no hay pronunciamiento sobre la responsabilidad del tercero hacia el acreedor). Por último, la STS 4 de mayo de 1973, relativa a un contrato de edición en exclusiva.

terior, el artículo 48, que se encuentra entre las disposiciones generales y que contiene una regulación común de la cesión en exclusiva de cualquier derecho de propiedad intelectual (edición, representación teatral, ejecución musical y producción de obras audiovisuales) ¹¹⁴. Por consiguiente, en la actualidad cuando el titular de un derecho de propiedad intelectual celebra un contrato con una casa discográfica, con una editorial, etc., cabe una doble relación jurídica: por un lado, o bien el artista cede a la otra persona o entidad más o menos ampliamente sus derechos de propiedad intelectual, o bien simplemente realiza un compromiso de prestación exclusiva de servicios en favor del beneficiario.

Los litigios que se han planteado ante el Supremo con posterioridad a la Ley de 1987 se han tratado siempre como meros contratos de arrendamiento de servicios en exclusiva y, por tanto, únicamente se ha planteado el tribunal la conveniencia de decretar la responsabilidad del tercero en relación con el artículo 1902 del Código Civil ¹¹⁵. Sin embargo, insistimos, a partir del artículo 48 LPI 1987 debe estudiarse en estos supuestos si estamos ante un contrato de prestación exclusiva de servicios o si estamos ante una cesión en exclusiva de derechos de propiedad intelectual. Veamos qué ocurriría en este segundo caso, ya que el primero ha sido suficientemente estudiado en páginas anteriores.

El tema de las relaciones entre cesión de exclusiva y terceros es polémico y ni la LPI 1987 ni el texto refundido actual tratan este difícil y nada usual asunto. Hay varias hipótesis diferentes en relación a este conflicto pero el único supuesto que aquí interesa es el tercero que adquiere su derecho del autor con posterioridad a la cesión en exclusiva, esto es, cesión no exclusiva posterior a la cesión en exclusiva. En tal situación se encuentran, tanto un segundo cesionario como el que adquiere del autor ejemplares de la obra concedida en exclusiva ¹¹⁶. Se

¹¹⁴ La LPI 22/1987 recientemente ha sido derogada por el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo de 12 de abril de 1996 («BOE» 22 de abril de 1996 núm. 97), que regulariza, aclara y armoniza las disposiciones legales sobre la materia. Pero el artículo 48 no ha sufrido ningún cambio en su tenor literal respecto a la antigua LPI de 1987: «*La cesión en exclusiva deberá otorgarse expresamente con este carácter y atribuirá al cesionario, dentro del ámbito de aquella, la facultad de explotar la obra con exclusión de otra persona, comprendido el propio cedente, y, salvo pacto en contrario, la de otorgar autorizaciones no exclusivas a terceros. Asimismo, le confiere legitimación, con independencia de la del titular cedente, para perseguir las violaciones que afecten a las facultades que se le hayan concedido...*».

¹¹⁵ La STS 31 de diciembre de 1993 es un supuesto en el que, ya vimos, se niega que el tercero sea responsable extracontractualmente hacia el acreedor porque el acto voluntario del deudor al celebrar el segundo contrato rompe el nexo de causalidad entre la acción del tercero y el daño producido. Sin embargo la STS 20 de marzo de 1995 establece la irresponsabilidad extracontractual del tercero porque no se ha probado que conocía la existencia de la exclusiva. Según SÁNCHEZ ARISTI, R., que comenta esta última resolución en CCJC, núm. 39, 1995, p. 954, el Supremo no aplica la LPI de 1987 probablemente condicionado por las limitaciones propias de su función casacional y también por los argumentos delineados por las partes en sus alegaciones.

¹¹⁶ CAVANILLAS MÚGICA, S.: «Comentario al artículo 48 LPI», cit., pp. 737-738, señala otros conflictos entre terceros adquirentes del autor y el cesionario en exclusiva, que aquí no interesan: el caso de cesión no exclusiva anterior a la cesión en exclusiva y el

ha apuntado aquí que la resolución del conflicto planteado depende de la postura adoptada acerca de la naturaleza de la cesión en exclusiva. Es decir, se discute si estamos ante un negocio transmisivo, de enajenación o si estamos ante un simple arrendamiento con pacto de exclusiva¹¹⁷. Si se acoge la segunda posibilidad la solución no varía absolutamente nada respecto al problema planteado con anterioridad a la Ley de 1987 y al nuevo texto refundido: Si la cesión en exclusiva de derechos de autor es un arrendamiento con pacto de exclusiva, al exclusivista, como titular de un derecho personal frente al autor (titular de los derechos de propiedad intelectual), únicamente le quedará dirigirse al tercero por medio del artículo 1902 del Código Civil y además el tercero sólo responderá, de acuerdo con el criterio predominante en la jurisprudencia, si conocía la existencia de la exclusiva. Por el contrario, si se considera la cesión en exclusiva un negocio transmisivo, de enajenación, el exclusivista, como titular de los derechos de autor cedidos, tendrá a su disposición las acciones que recogen los actuales artículos 133 ss. (antiguos 124 ss.). La ventaja con la que se encontraría el exclusivista frente al supuesto anterior es que el artículo 134.4 (antiguo 124.4) sólo considera inatacable frente al ejercicio de las acciones protectoras de los derechos de autor la posición del tercero de buena fe que adquiere ejemplares para su uso personal. Es decir, que los cesionarios y adquirentes para uso mercantil en todo caso sufrirán las consecuencias de las mencionadas acciones de propiedad intelectual: suspensión de la explotación infractora y prohibición de reanudarla, retirada del comercio, destrucción o adquisición por el autor a precio de coste de los ejemplares ilícitos... Así, en este último caso, el infractor no podrá alegar, bien su desconocimiento no negligente de una titularidad ajena de derechos de propiedad intelectual, bien cláusulas contractuales en las que su contraparte aseguraba estar libre de todo compromiso anterior. Por consiguiente, la infracción de la propiedad intelectual se producirá siempre, salvo supuestos de fuerza mayor¹¹⁸. Evidentemente además de ejercitar esta acción de la LPI

caso de dos cesiones en exclusiva. Sobre los diversos supuestos de colisión entre dos cesiones y los criterios de resolución del conflicto *vid.* también RODRÍGUEZ TAPIA, J. M.: *La cesión en exclusiva de los derechos de autor*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., Madrid, 1992, pp. 253 ss.

¹¹⁷ Mientras CAVANILLAS MÚGICA, S.: «Comentario al artículo 48 LPI»... duda sobre la naturaleza jurídica de la cesión en exclusiva y prefiere concluir que los derechos del cesionario se sitúan en un terreno indefinido entre los derechos reales y los personales (tanto en la 1.ª edición de la obra cit., p. 738, como en la 2.ª edición cit., p. 814); por el contrario SÁNCHEZ ARISTI, R.: «Comentario a la STS 20 de marzo de 1995»..., cit., p. 956, se muestra partidario de configurarla como un negocio transmisivo, de enajenación. La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 9 de julio de 1990 (RGD, núm. 555, 1990, pp. 9154-9156) califica el contrato de cesión de derechos de propiedad intelectual (en este caso derechos sobre una obra cinematográfica) como una compraventa especial sujeta a los preceptos de la LPI y no como una compraventa mercantil, cuyas disposiciones sólo son aplicables en defecto de la regulación específica. En cambio VATTIER FUENZALIDA, C.: «La propiedad intelectual (estudio sistemático de la ley 22/1987)», ADC, 1993, p. 1088, mantiene que la cesión en exclusiva es un negocio obligatorio.

¹¹⁸ *Vid.* ampliamente en CAVANILLAS MÚGICA, S.: «Comentario al artículo 48 LPI»..., cit., p. 823, y SÁNCHEZ ARISTI, R.: «Comentario a la STS 20 de marzo de 1995»..., cit., pp. 956-957.

frente al tercero, al acreedor le cabe dirigir su demanda contra el autor por incumplimiento contractual.

3. MEDIOS DE DEFENSA DEL ACREEDOR LESIONADO

A) REMEDIOS ESPECÍFICOS

Díez-Picazo, que toma como punto de partida el propósito de las partes que concluyen un contrato en daño de tercero, propone que el perjudicado pueda solicitar la nulidad del contrato ¹¹⁹. Tal medida, sin embargo, es excepcional y su alcance restringido: únicamente lo admite en los casos en que los contratantes se conciertan, se ponen de acuerdo para ocasionar un daño al tercero. En estos supuestos observamos que el contrato posee causa ilícita y esta circunstancia acarrea la nulidad del mismo. No obstante, en opinión de este autor, cuando no exista tal concierto entre las partes o cuando a pesar de existir causa ilícita, la nulidad no ofrezca un remedio suficiente para proteger el interés lesionado, debe entenderse que al tercero le cabe el remedio de la acción de resarcimiento o de indemnización ¹²⁰. Ahora bien, probablemente el caso ante el que nos encontramos de vulneración colectiva de una exclusiva por deudor y tercero sea uno de los ejemplos concretos en que la nulidad no constituye un remedio adecuado para la tutela del interés lesionado. De hecho, tras la declaración de la nulidad del segundo contrato, nada impediría que deudor y tercero continuaran sus relaciones ¹²¹. Por parte de la jurisprudencia, aunque ésta suele estimar como ilícita la causa de los contratos que se dirigen a lesionar los derechos de un tercero o a causar daños a éste ¹²², sin embargo no ha declarado en ningu-

¹¹⁹ *Fundamentos...*, I, cit., p. 447.

¹²⁰ DE COSSÍO y CORRAL, A.: *Instituciones de Derecho Civil...*, cit., p. 472, añade que hay nulidad del contrato por inmoralidad de causa no sólo en los casos de intención de dañar al tercero sino también en los casos en que ambas partes tienen conocimiento del derecho del acreedor. Sin duda es excesiva esta ampliación de la nulidad del contrato.

¹²¹ El propio Díez-Picazo, refiriéndose en concreto a la obligación de no contratar, que es una subespecie de la obligación negativa y de la cual es un ejemplo muy frecuente en los últimos tiempos la obligación de exclusiva, señala que tal obligación comporta como regla general sólo un deber de abstención por parte del deudor, por lo que el contrato llevado a cabo por este último infringiendo la obligación es en principio válido. Por ello no debe confundirse una obligación negativa con las prohibiciones legales o con las estipulaciones negociales que comportan una privación de las facultades necesarias para efectuar un acto de modificación jurídica. Si en vez de estipular una obligación de no enajenar, por ejemplo, el adquirente ha sido privado del poder dispositivo, la enajenación realizada será nula. Decidir ante un caso específico si éste comporta una obligación negativa o una privación de poderes dispositivos es una cuestión de interpretación. En caso de duda la cuestión debe ser decidida en favor del principio de libertad, y por tanto, de la menor limitación. *Vid. Fundamentos...*, II, cit., p. 251.

¹²² Así lo deduce en su estudio jurisprudencial TORRALBA SORIANO, V.: «Causa ilícita: exposición sistemática de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo», *ADC*, 1966, p. 683.

na resolución referente al pacto de exclusiva la nulidad del segundo contrato celebrado entre deudor y tercero que daña el contrato de exclusiva previo ¹²³. Como segunda posibilidad, el acreedor posee la acción de cumplimiento específico o la acción de resolución (si estamos ante un contrato sinalagmático) de forma exclusiva contra el deudor, obligado contractualmente al cumplimiento de la obligación ¹²⁴. Es preciso analizar qué tipo de incumplimiento se produce cuando se vulnera la obligación de exclusiva por celebración de un segundo contrato del deudor. Como regla general la doctrina ha entendido que la violación de una obligación negativa genera un incumplimiento definitivo. Detrás de esta opinión se encuentra el fundamento de que en esta clase de obligaciones o el deudor cumple (porque no hace) o viola el contrato e incumple (porque hace). Parece que no hay un término medio, o todo o nada. Evidentemente, a los efectos que nos interesan, si hay incumplimiento definitivo no cabe que el acreedor solicite el cumplimiento en forma específica, puesto que la prestación ni es posible ya ni satisface el interés del acreedor. Únicamente le quedaría la indemnización de daños y perjuicios o bien ésta acompañada de la acción resolutoria del contrato, si es que estamos ante una obligación sinalagmática (ya apuntamos

¹²³ En la STS 23 de marzo de 1921 las resoluciones de primera y segunda instancia confirman el pedimento de los demandantes de solicitar la nulidad del segundo contrato. Pero el Tribunal Supremo casa la sentencia de apelación declarando válido el segundo contrato, aunque condena a la casa discográfica a que se abstenga de impresionar discos con el canto de la *Meller* en tanto contraríe con esas impresiones las cláusulas estipuladas en el primer contrato. Apunta aquí FERNÁNDEZ ARÉVALO, A.: *La tutela extracontractual del crédito...*, cit. p. 349, nota pie p. 34, que no se entiende el motivo de que se prive de eficacia al segundo contrato en lo que resulte incompatible con el primero a partir de la fecha de la sentencia y no a partir de la fecha de la notificación de la exclusiva por la primera casa discográfica a la segunda. En cuanto a la STS 4 de mayo de 1973 la resolución de primera instancia declara válido el primer contrato y en cambio ineficaz y sin valor alguno ni efecto el segundo contrato. La sentencia de la Audiencia revoca la de instancia en cuanto a la ineficacia del segundo contrato. La demandada recurre en casación, señalando entre otros motivos la inclusión en la sentencia de apelación de disposiciones contradictorias, pues estima válido y eficaz el primer contrato e igualmente el segundo. El motivo es desestimado por el Tribunal «*porque la parte dispositiva de la sentencia impugnada no contiene esas tajantes declaraciones de eficacia que se le imputan ya que, si bien decreta la plena validez del primer contrato, no hay en cambio análogo pronunciamiento respecto al segundo, sino que se limita a desestimar los pedimentos 3.º y 4.º de la segunda demanda, que postulaban la ineficacia del contrato de 1965 (contrato segundo), agregando que ello es sin menoscabo de la obligación de indemnizar... por no haberse respetado el derecho de exclusiva*». En opinión de Fernández Arévalo el Supremo se muestra indeciso y confuso en cuanto a la eficacia del segundo contrato que vulnera la exclusiva a favor del acreedor lesionado: establece la obligación de indemnizar, pero no se decanta en cuanto a la cesación de la fuente de daños. Esta autora es partidaria de la ineficacia del segundo contrato en lo que resulte incompatible con el primero, además de la indemnización por ambos demandados de los daños y perjuicios probados a partir de que el tercero conocía, o podía razonablemente conocer, la existencia del primer contrato. *Vid. cit.*, p. 350 nota de pie p. 34 y 369. Por consiguiente, apuesta por la declaración de ineficacia del segundo contrato en lo que resulte incompatible con el primero, pero no por la nulidad del segundo negocio por causa ilícita. Se trataría de una declaración de ineficacia frente al acreedor dañado, pero no *inter partes*.

¹²⁴ Por todos IZQUIERDO TOLSADA: *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, vol. I, Edit. Reus, Madrid, 1993, p. 148.

anteriormente la dificultad doctrinal acerca de si la obligación de exclusiva es principal o accesoria cara a la admisión de la resolución contractual. Si se configura como obligación accesoria normalmente no cabe acción resolutoria, salvo que entendamos que su vulneración tiene como consecuencia de todas formas la frustración del fin negocial).

Sin embargo, debe ponerse de relieve cómo desde hace algún tiempo ya un sector de la doctrina ha comenzado a considerar, por una parte, la posibilidad de mora en las obligaciones negativas y, por otra, la posibilidad de que el incumplimiento de las mismas sea defectuoso. Hemos de decir, eso sí, que tales autores siguen afirmando que en la inmensa mayoría de las obligaciones negativas sólo puede hablarse de incumplimiento definitivo, pero en otras no. Se ha señalado que las razones que siempre han llevado a la doctrina a pronunciarse unánimemente a favor del incumplimiento definitivo en las obligaciones de no hacer ha sido el hecho de que se han limitado a analizar los mismos ejemplos de obligaciones de esta clase, pero no aquellos más comunes en la realidad y que son precisamente los que no siguen la regla general del incumplimiento definitivo ¹²⁵. En ocasiones, pues, la violación de una obligación negativa genera en primer lugar un incumplimiento defectuoso, de manera que para Moisset De Espanes ¹²⁶ estamos ante un caso semejante cuando la obligación contraída por el deudor significa continuar con la situación de pasividad en que ya se encontraba éste y sólo después de un tiempo se ejecuta el hecho prohibido (vecino que no impide el goce del panorama a su colindante, que se compromete a continuar en esta situación de pasividad durante un cierto tiempo). En estos casos la consecuencia es que subsiste la obligación y el acreedor tiene la pretensión de cumplimiento si estamos ante una obligación simple, que se concreta en una pretensión de corrección, que puede llevarse a cabo sobre la misma prestación defectuosa, mediante sustitución por otra o mediante ejecución de una nueva prestación corregida. Si la relación obligatoria es, por el contrario, sinalagmática, también es preciso exigir la pretensión de cumplimiento ya que la resolución posee un alcance excepcional y requiere una frustración total o parcial del contrato ¹²⁷.

¹²⁵ Apunta este argumento MOISSET DE ESPANES, L: «Incumplimiento y mora en las obligaciones de no hacer», *RGLJ*, 1975, pp. 351 y 354. Dan lugar al incumplimiento definitivo los supuestos en que la obligación de no hacer consiste en abstenerse de una sola actividad, de carácter instantáneo, y el sujeto ejecuta el acto prohibido. Por ejemplo, alguien se compromete a no asistir a los actos públicos que se efectuarán el 9 de julio, con motivo de la celebración de la independencia, y concurre. No es ni siquiera posible en tales casos pensar en deshacer lo mal hecho y la violación de la promesa es total.

¹²⁶ «Incumplimiento y mora en las obligaciones de no hacer...», cit., pp. 354-355.

¹²⁷ Igualmente comparte esta posición RUIZ VADILLO, E.: «Las obligaciones negativas en el Derecho Español», *Pretor*, núm. 93, 1976, pp. 51 y 52. En su opinión, el Juez para decidir si existe un incumplimiento total o defectuoso de la obligación negativa debe objetivamente y con arreglo a los criterios comerciales o del tráfico social normales decidir si el *quantum* del incumplimiento es merecedor del calificativo de total o simplemente de incompleto o defectuoso. Si *D* se obliga a no vender cemento en una determinada zona a otras personas distintas de *A* y vende de una producción de 1.000.200 kg en la zona prohibida, mal puede afirmarse un incumplimiento total o propio, debiendo dar lugar a desha-

Pero frente a estas opiniones que mantienen que en ciertos casos las obligaciones negativas dan lugar a un incumplimiento defectuoso, se ha sostenido¹²⁸ que desde un punto de vista estrictamente técnico se genera un incumplimiento definitivo. Diferente es que si se desea obtener el desarrollo de la conducta omisiva por el tiempo que queda por transcurrir, las partes están posibilitadas para manifestar una voluntad en tal sentido, novando la primera obligación por otra de igual contenido omisivo y con duración limitada al tiempo que faltaba por cumplir.

También se ha señalado recientemente cómo a veces la vulneración de una obligación negativa lleva consigo la constitución en mora del deudor. Durante tiempo se ha defendido unánimemente por la doctrina que no cabe mora en las obligaciones de no hacer, de acuerdo con el artículo 1100 del Código Civil que dice de forma expresa que incurren en mora «los obligados a entregar o hacer alguna cosa»¹²⁹. Pero ciertas voces han considerado como excepción los casos en que el contenido de la prestación es un no hacer del deudor que debe comenzar en un determinado momento o producirse a partir de él. Es decir, son los supuestos en que la abstención prometida consiste en la suspensión de una actividad que desarrollaba habitualmente el sujeto, que se obliga a no hacer en el futuro¹³⁰. Si se afirma la existencia de mora en ciertas obligaciones

cer lo mal hecho, a corregir económicamente los daños y perjuicios y a mantener en sus límites de máxima corrección la relación jurídica quebrantada.

¹²⁸ EGUSQUIZA, M. A.: *La configuración jurídica de las obligaciones negativas...*, cit., p. 161.

¹²⁹ A título ejemplificativo SCAEVOLA, Q. M.: *Código civil comentado y concordado*, artículo 1088-1213, tomo XIX, 2.ª ed., Madrid, 1957, p. 577 y ESPÍN CÁNOVAS, D.: *Manual de Derecho Civil Español*, vol. III, 6.ª ed., Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1983, p. 205.

¹³⁰ Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, II, cit., p. 627; Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema...*, II, cit., p. 204; MOISSET DE ESPANES, L.: «Incumplimiento y mora en las obligaciones de no hacer»..., cit., pp. 356-358, y RUIZ VADILLO, E.: «Las obligaciones negativas en el Derecho Español»..., cit., p. 54. Moisset de Espanes (cit., p. 357) pone el siguiente ejemplo en relación con las obligaciones de no hacer competencia, muy similares a las de exclusiva: Roberto Espejo, emprendedor comerciante de la ciudad de Río Tercero, tiene dos casas de comercio; una de ellas dedicada a la venta de artículos de goma y la otra de ramos generales. En el mes de septiembre vende el negocio de artículos de goma a Ricardo Tapia, comprometiéndose a entregárselo el 1 de noviembre, y a no efectuarle competencia en ese ramo durante cinco años, a cuyo fin en la misma fecha deberá suspender la venta de artículos de ese tipo en el negocio de ramos generales que conserva en su poder. Llegado el 1 de noviembre, Roberto Espejo entrega la gomería a Tapia, pero no suspende la actividad que venía realizando y continúa vendiendo neumáticos y otros artículos de goma en su negocio de ramos generales, es decir, no empieza a cumplir la abstención prometida en la fecha acordada. Este incumplimiento de Espejo, según el autor, encuadra perfectamente dentro del concepto de mora, pues a pesar de que la prestación no ha comenzado a ejecutarse en el momento debido, es todavía posible y útil para Ricardo Tapia que se cumpla de manera íntegra, es decir, que durante los cinco años prometidos se abstenga de realizarle competencia, y le permita consolidar su clientela. Matiza la tesis anterior Díez-PICAZO GIMÉNEZ, G.: *La mora y la responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 397-398, ya que en su opinión quien hace lo que no debe incumple y no puede purgar su incumplimiento con una posterior no-actividad. La lesión del derecho de crédito ya se ha producido, otra cosa distinta es que pueda seguir obligado si es una obligación de larga duración, pero nada más. Ella trata de responder a la cuestión

de este tipo, en caso de que aún quepa satisfacer el interés del acreedor (cosa que dudo como regla general), éste no va a iniciar una acción resolutoria por incumplimiento, sino que solicitará la acción de cumplimiento y los daños y perjuicios que el retraso en el incumplimiento haya generado al acreedor, indemnización que se rige por las reglas generales relativas a los daños contractuales.

Qué ocurre en la práctica diaria: En las sentencias sobre vulneraciones de exclusiva la regla general es que se demanda únicamente al deudor (no a los terceros) y se solicita, o bien la resolución del contrato acompañada de la indemnización de daños y perjuicios, o bien únicamente la indemnización ¹³¹. Raro es, en cambio, el caso en que el acreedor reclama el cumplimiento específico de la obligación. En nuestra opinión por dos razones: Primero, porque aunque teóricamente quepa admitir la mora en ciertas obligaciones de no hacer, en la práctica la violación de este tipo de obligaciones negativas parece dar lugar siempre a un incumplimiento definitivo en cuanto el hacer por parte del obligado genera una insatisfacción del interés del acreedor, ya que normalmente a este último le interesa que el cumplimiento de la obligación, a causa de sus circunstancias económicas, se dé en un determinado momento y no en otro, de manera que ni siquiera la posibilidad de novar la primitiva obligación de no hacer resulta un aliciente para él (hemos de excepcionar ciertas hipótesis en las que al acreedor le interesa contratar con ese deudor y no con otro, porque es el único que suministra determinado producto o porque es el que ofrece mejor calidad). Además, a la razón anterior se añade la pérdida de confianza en el deudor, confianza que es un elemento muy frecuente en la celebración de los contratos de exclusiva. Segundo, porque el cumplimiento específico en estos supuestos de violación de exclusiva exige en el deudor un comportamiento nuevo que sólo puede lograrse además por la colaboración de los terceros con quienes el deudor ha contratado. Es decir, si el Juez admite la demanda de cumplimiento específico, surge un problema en caso de que el deudor se niegue a cumplir voluntariamente la demanda. La ejecución forzosa de las obligaciones de no hacer se encuentra regulada aunque muy deficientemente en el artículo 1099 del Código Civil y el artículo 925 de la LEC. Si la obligación de no hacer violada es personalísima y el deudor no desea cumplir, la ejecución forzosa consiste entonces en un resarcimiento de daños y perjuicios. Ya se ha planteado algún autor ¹³² la tensión que en estas hipótesis se produce entre el derecho del acreedor a que la sentencia se cumpla en sus propios términos y

desde la finalidad que cumple la mora en el Ordenamiento. Si su finalidad es el traspaso de los riesgos al deudor incumplidor no tiene sentido la constitución en mora del deudor en las obligaciones negativas, en cuanto que no cabe hablar de imposibilidad sobrevenida fortuita de una obligación negativa.

¹³¹ *Vid.* en este sentido a título ejemplificativo las SSTs de 29 de octubre de 1955, Ar. 3090; 18 de marzo de 1966, Ar. 1288; 6 de febrero de 1985, Ar. 535; 10 de noviembre de 1981; Ar. 4472; 30 de junio de 1987; Ar. 4832; 15 de abril de 1991; Ar. 2690; 3 de abril de 1968, Ar. 2033.

¹³² FERNÁNDEZ ARÉVALO, A.: *La tutela extracontractual del crédito...*, cit., pp. 368-369.

la libertad de la persona del deudor, dejando claro que de momento el acreedor ha de contentarse con una indemnización de daños y perjuicios ¹³³.

Hay una excepción relevante en la jurisprudencia en la que el demandante, además de la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, pide el cumplimiento específico al Ayuntamiento demandado, concedente de la exclusiva. Esta STS 21 de marzo de 1962 parece admitir esta específica obligación positiva del concedente de mantenimiento del beneficiario en su situación de exclusiva, que impone al obligado un comportamiento activo, que aquí consiste en que el concedente tiene que ejercitar las acciones civiles oportunas contra los dueños de los bares que obran fuera de los términos de la concesión ¹³⁴.

La última medida puesta al alcance del acreedor, que es la que con mayor frecuencia solicita, es la indemnización de daños y perjuicios. Tal medida cabe dirigirla contra el deudor, contra el tercero o contra ambos conjuntamente. Se examina a continuación, en cuanto la demanda conjunta a deudor y tercero para la indemnización de daños y perjuicios plantea graves problemas.

B) MODO DE ACTUAR FRENTE A LOS RESPONSABLES EN CASO DE DEMANDA CONJUNTA A DEUDOR Y TERCERO

Al acreedor le caben en la práctica dos modos de actuar desde el punto de vista procesal cuando solicita indemnización de daños y perjuicios: o bien demanda por separado y de forma sucesiva a deudor y tercero, optando el acreedor por uno u otro (lo frecuente, como se desprende de la práctica jurisprudencial es que demande únicamente al

¹³³ Por el contrario en el *Common Law* no solamente cabe exigir al deudor el cumplimiento específico de la obligación sino también incluso al propio tercero. Así ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: «El perjuicio del derecho de crédito...», cit., pp. 578-580, menciona dos ejemplos famosos al respecto. El primero es un caso de EEUU, en el que los hermanos Pasquel organizaron un equipo de béisbol en México y lograron sustraer a un jugador norteamericano que tenía una cláusula de exclusiva con el club estadounidense. Los hermanos Pasquel le indujeron a incumplir el contrato y concertar uno nuevo con ellos. El club norteamericano podía acudir al *Court of Law* demandando a dicho jugador por incumplimiento de contrato, pero por medio de la *action at law* únicamente obtendría el resarcimiento del daño, cuando al Club le interesaba el cumplimiento específico del primer contrato. Pero este tipo de problemas se resuelven en este sistema a través de la *equity*, cuyo principal remedio son las *injunctions* y las *mandatory injunction*. En el caso planteado los hermanos Pasquel recibieron un mandato judicial por el que se les prohibía utilizar al jugador que habían sustraído al club demandante y continuar induciendo a dicho jugador a infringir el contrato anterior. De esta manera se obtuvo el cumplimiento específico del contrato. Si no se cumple tal orden o mandato judicial existe como medida una pena pecuniaria e incluso un arresto personal. El segundo ejemplo es un mandato judicial dirigido contra el deudor que incumple. Un Juzgado de equidad inglés expidió un mandamiento judicial contra la estrella de cine Bette Davis en el año 1937 a instancia de la compañía cinematográfica que la había contratado en exclusiva de 1934 a 1942. Mediante esta *injunction* se prohibió a la artista prestar sus servicios a una segunda compañía de cine.

¹³⁴ Vid. nota 48 para un resumen de los hechos de la sentencia.

deudor), o bien demanda conjuntamente a deudor y tercero (cosa francamente excepcional ¹³⁵).

La primera posibilidad –que el acreedor dirija primero su demanda frente al responsable que prefiera, eligiendo la oportuna acción contractual o extracontractual– realmente no está exenta de problemas. Se ha indicado que normalmente el acreedor suele demandar al deudor de forma exclusiva, sin duda por diversos motivos: porque el plazo de prescripción es mucho más largo en la responsabilidad contractual que en la extracontractual, porque además de pedir la indemnización puede solicitar la resolución del contrato (tratándose, claro, de obligaciones sinalagmáticas), porque sobre el tema de la tutela aquiliana del crédito hay una cierta confusión, porque sin duda le es más difícil conocer al tercero que ha contratado con el obligado y le ha causado un daño... Pero con esta posibilidad de opción por el acreedor entre los dos responsables (opción puesta en tela de juicio por la doctrina ¹³⁶) podría suscitarse un problema de multiplicidad de pleitos y con ello de doble reparación (en caso de que demande sucesivamente a uno y a otro). Precisamente al ser el hecho lesivo común (ambos actúan colectivamente) y el perjuicio idéntico (lesión del derecho de crédito) la escasa doctrina que menciona este tipo de hipótesis se muestra de acuerdo en que la reparación ha de ser única ¹³⁷. En principio, de acuerdo con nuestra mecánica procesal, no debería existir inconveniente para pretender la indemnización doble, es decir, de cada uno de los responsables, ya que se trata de acciones diferentes (en tales acciones, contractual y extracontractual, hay dos elementos identificadores variables: la causa de pedir y los sujetos). Al ser las acciones diversas, ejercitada y resuelta una de ellas por sentencia firme, nada impediría que en un proceso posterior se ejercitara la acción no juzgada con anterioridad, es decir, la institución de la cosa juzgada no afectaría, en principio, a la repetición de un proceso donde se ejercite la acción no actuada, pues no se produciría el *bis in idem* que pretende evitar la cosa juzgada, al no darse esa repetición *in idem*. No obstante, al tratarse de acciones concurrentes a un mismo fin (la reparación del

¹³⁵ Vid. SSTS 23 de marzo de 1921, 4 de mayo de 1973, 31 de diciembre de 1993 y 20 de marzo de 1995.

¹³⁶ GULLÓN BALLESTEROS, A.: «En torno a los llamados contratos...», cit., p. 155, con razón se muestra contrario a que el perjudicado elija cuál de los dos sujetos ha de reparar el daño. Por una parte, resulta inmorale que habiendo sido el daño causado por ambos en un mismo acto colectivo tuviese uno de los responsables, en virtud de la libre voluntad del dañado, que responder del todo como si fuera él el causante exclusivo. Por otra parte, la opción por el perjudicado para actuar la responsabilidad contractual y extracontractual tiene una completa justificación cuando es una misma falta cometida por un solo sujeto la que puede tener un carácter u otro, pero éste no es el caso ante el que nos encontramos.

¹³⁷ Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos*, II, ... cit., p. 606; GULLÓN, A.: «En torno a los llamados contratos...», cit., p. 154, y CAVANILLAS MÚGICA, S. y TAPIA FERNÁNDEZ, I.: *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992, p. 241. En la doctrina italiana DI MARTINO, P.: «La responsabilidad del terzo «complice»...», cit., p. 1419, y VERDE, C.: «Note in tema di responsabilità del terzo...», cit., p. 447.

daño) se ha sostenido que no se ve razonable la doble consecución de ese fin, aunque sean personas distintas los presuntos responsables ¹³⁸. En este caso de unidad de fin de acciones distintas, la institución de la cosa juzgada debe operar de un modo peculiar: la resolución que acoja la demanda (interpuesta, por ejemplo, contra uno de los responsables) y conceda la tutela jurídica solicitada (la indemnización de daños y perjuicios) produce todos los efectos de la cosa juzgada material. El interés del actor ha quedado satisfecho y el fin al que tienden ambas acciones ya se ha obtenido. De intentarse un nuevo proceso, ejercitando la acción correspondiente contra el otro responsable, faltaría una de las condiciones necesarias para el ejercicio de la acción: el interés jurídicamente protegible. La prosperabilidad de una de las dos acciones comporta la extinción de la otra ¹³⁹.

Sin embargo, a nuestro juicio hay casos en que debe admitirse la multiplicidad de pleitos, puesto que no surge el problema de la doble reparación. En primer lugar, si se ha dirigido contra alguno de los responsables y no ha obtenido la completa satisfacción, puede dirigirse después frente al otro por lo que quede. Segundo, cabe demandar posteriormente al segundo responsable si la primera acción ejercitada no ha tenido éxito: por ejemplo, se acoge por el Juez una excepción opuesta por el demandado extracontractual de prescripción por el transcurso de más de un año entre el evento dañoso y el ejercicio judicial. Tercero, si en el primer proceso se pide una indemnización de daños y perjuicios al responsable extracontractual, no hay razón para hacer operar la cosa juzgada –con función negativa de excluir un segundo proceso– cuando en el segundo pleito lo que se discute es el cumplimiento contractual estricto o simplemente la resolución del contrato sin más. No se trata de acciones concurrentes.

Pero incluso en estos supuestos en que se admiten los dos pleitos sucesivos ya que no hay peligro de doble reparación, sin embargo, por una parte, el acreedor se ve obligado a interponer dos pleitos distintos con el gasto que supone de tiempo y de recursos, y por otra parte, pare-

¹³⁸ TAPIA FERNÁNDEZ, I.: *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual...*, cit., p. 241.

¹³⁹ TAPIA FERNÁNDEZ, I.: *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual...*, cit., p. 292, aunque estas observaciones las realiza la autora en relación, no propiamente a la hipótesis aquí planteada, sino en relación a los casos en que unos mismos hechos realizados por un mismo sujeto pueden encuadrarse tanto en la responsabilidad contractual como en la extracontractual (es decir, lo que para ella es un concurso propio de acciones). En sentido similar sobre el tema concreto que nos ocupa Díez-PICAZO, L.: «El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y la responsabilidad delictiva en el Derecho español», *Revista del Instituto del Derecho Comparado*, 1962, núm. 19, pp. 67-68. Aunque reconoce que la demanda sucesiva y doble reparación del daño lleva a consecuencias inadmisibles, sin embargo a su juicio parece extraordinariamente difícil desde el punto de vista procesal impedir que las acciones del perjudicado se ejerciten. Como posible solución propone una acción de repetición de los que han pagado, en la medida en que este pago haya sido injusto, indebido o sin causa, es decir, en la medida en que haya un enriquecimiento injusto por parte del perjudicado.

ce más lógico que el Juez fije el resarcimiento, pudiendo examinar el conjunto de los hechos y de los responsables que generan el daño al derecho de crédito (no olvidemos que estamos ante un acto colectivo de dos personas que causa idéntico perjuicio).

De ahí que sin duda la mejor opción en estos supuestos de concurrencia de deudor y tercero en la vulneración de una exclusiva sea el ejercicio conjunto y simultáneo de ambas acciones en el mismo pleito ¹⁴⁰. Procesalmente, en principio no existiría problema en la medida en que ambas acciones son acumulables a tenor del artículo 156 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La acumulación a la que nos referimos es una acumulación simple, en la que dos o más acciones diferentes se someten a la consideración del Juez para que éste se pronuncie sobre todas ellas. Los límites procesales que la LEC impone a la posibilidad de acumulación se reducen a una incompatibilidad material (art. 154.1) y a una incompatibilidad procesal, consistente en la sustanciación de varias acciones en juicios de diferente naturaleza (154.3), pero no cabe hablar de juicios de diversa naturaleza entre los cuatro procesos ordinarios. En cambio la ley no establece limitación alguna para la acumulación en cuanto a la competencia territorial. Así, cuando se acumulan acciones cuya competencia viene atribuida a Jueces de distinto territorio, se produce una alteración de la competencia territorial por conexión y el Supremo tiene declarado al respecto que tratándose de acciones acumuladas es competente el Juzgado del lugar en que deban cumplirse el mayor número de obligaciones o en que alcancen mayor cuantía económica ¹⁴¹. Por consiguiente, a pesar de que la responsabilidad contractual y extracontractual difieren en cuanto a la competencia territorial, sin embargo no parece ser ésta una dificultad para la acumulación de las diversas acciones ¹⁴².

El problema realmente grave en este caso de demanda conjunta a deudor y tercero es que, al tratarse de dos responsabilidades de signo distinto (contractual y extracontractual), se someten cada una de ellas en nuestro Ordenamiento a un régimen jurídico diferente y frente a este hecho el acto dañoso es un acto colectivo, un acto unitario y la reparación ha de ser única. De ahí que se proponga por la doctrina el que tal acto unitario se someta a un régimen también unitario de responsabili-

¹⁴⁰ DIEZ-PICAZO, L.: «El problema de la acumulación...», cit., p. 69.

¹⁴¹ Véanse tales apreciaciones sobre la acumulación simple de acciones en TAPIA FERNÁNDEZ, I.: *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual...*, cit., pp. 169-178,

¹⁴² La competencia territorial para reclamar indemnizaciones por responsabilidad aquiliana no está expresamente regulada en la LEC, a diferencia de lo que sucede con la acción por incumplimiento contractual. Regla común a ambas es la norma general de sumisión expresa o tácita de los interesados, con las limitaciones de los artículos 56, 57 y 58 LEC. En su defecto, para exigir la responsabilidad contractual la ley establece tres fueros concurrentes: será Juez competente el del lugar en que deba cumplirse la obligación y, en su defecto, a elección del demandante, el del domicilio del demandado o el del lugar del contrato. Para exigir la reparación de daños *ex* artículo 1902 del Código Civil no hay determinada una regla específica, aunque el Supremo viene entendiendo competente, a falta de sumisión expresa o tácita, el Juez del lugar donde se causaron los daños.

dad (inclinándose, parece, con esta postura a un acercamiento entre la responsabilidad contractual y extracontractual) y a que la condena a la indemnización de daños y perjuicios entre deudor y tercero sea solidaria ¹⁴³. La mayor dificultad en la hipótesis que nos planteamos estriba en el régimen diverso de ambas responsabilidades en materia de competencia judicial territorial (que no impide la acumulación, como hemos indicado ya), valoración de la culpa y del daño, prescripción y distribución de la responsabilidad en este caso de pluralidad de responsables. Sin embargo, ha de afirmarse sin ninguna duda que tras un análisis detenido de estos elementos las diferencias entre los dos tipos de responsabilidad son más teóricas que reales. Tales diferencias, o ya no existen, o se han atenuado en grado considerable por la labor jurisprudencial fundamentalmente. Y a la hora de resolver el supuesto que nos ocupa no puede hablarse ya con tanto rigor de un diverso régimen jurídico, salvo en materia de prescripción y en materia de indemnización de daños en el concreto caso de la fijación en el primer contrato de exclusiva de una pena convencional. Examinemos a continuación cada uno de estos aspectos.

Respecto al tema de la prescripción, el problema se produce no sólo por ser más corta la prescripción de la acción extracontractual que la de la contractual (un año frente a quince años), sino además por existir plazos de prescripción o de caducidad de acciones contractuales más cortos (saneamiento de vicios ocultos en la compraventa civil, por ejemplo) y también por diferencias en las reglas de interrupción de la prescripción de las acciones mercantiles que no reconocen a la reclamación extrajudicial eficacia interruptora de la prescripción ¹⁴⁴. En nuestro supuesto, la dificultad radica en que al demandarse conjuntamente a deudor y tercero y variar los plazos de prescripción, probablemente, la acción extracontractual ya ha prescrito cuando se interpone la demanda. Sólo le restaría al acreedor su acción contra el deudor y se vería expuesto al riesgo de la insolvencia del mismo. En la mayoría de las ocasiones sería casi imposible la demanda conjunta (salvo que se demande a los dos en el corto plazo de un año). Pero, ¿cabría señalar un plazo de prescripción unitario para ambas acciones? Una posible solución doctrinal es que primero se aplique el plazo más breve, si en caso de no hacerlo se frustrase la finalidad de la norma que lo establece. Si no se frustra tal fin u otros motivos sobresalientes abogan en favor del plazo más largo, este plazo mayor es entonces el que ha de regir ¹⁴⁵. Parece que el sentido de

¹⁴³ Vid. esta propuesta en Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, II, cit., p. 606, y FERNÁNDEZ ARÉVALO, A.: *La tutela extracontractual del crédito...*, cit., pp. 365-366.

¹⁴⁴ MIQUEL GONZÁLEZ, J.M.: «La responsabilidad contractual y extracontractual: distinción y consecuencias», *Responsabilidad civil, CGPJ*, Madrid, 1993, p. 70.

¹⁴⁵ LARENZ, K.: *Derecho civil...*, cit., p. 350, aunque este autor proporciona tal solución para el caso, diverso del nuestro, de que unos mismos hechos realizados por idéntico sujeto constituyan el supuesto de hecho normativo de ambas responsabilidades. En idéntico sentido, MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.: «La responsabilidad contractual y extracontractual...», cit., p. 70.

tan corto plazo para la extracontractual radica en el carácter extremadamente volátil de los elementos de prueba relativos a los eventos dañosos extracontractuales¹⁴⁶ y en que la inexistencia de una relación jurídica previa entre demandante y demandado hace aconsejable que este último no deba esperar mucho tiempo para conocer la actitud que el perjudicado ha de adoptar¹⁴⁷. Hemos de cuestionarnos, pues, qué plazo de prescripción –si el de la contractual o el de la extracontractual– ha de aplicar el Juez en el caso de demanda conjunta a deudor y tercero por vulneración de exclusiva. Creemos que sería conveniente aplicar el plazo de prescripción de la responsabilidad contractual en cuanto las razones que existen para el señalamiento de un plazo tan breve en la extracontractual no tienen razón de ser en nuestra hipótesis (y, por tanto, no se frustra la finalidad de la norma extracontractual): aquí normalmente el elemento de la prueba de los eventos dañosos no tiene carácter volátil, ya que las pruebas son documentales (los dos contratos normalmente se plasmarán en sendos documentos). Además, el tercero en estos casos suele conocer la existencia del acreedor dañado, es decir, suele conocer la relación jurídica previa que une a su contratante y a un tercero (no en vano muchos de estos supuestos son de inducción a la ruptura de la obligación de exclusiva por parte del tercero). Y, por último, sin necesidad ni siquiera de profundizar en el fundamento del plazo de prescripción de la responsabilidad extracontractual, se llega al mismo resultado en base al principio *pro damnato*.

Se ha mencionado como otra de las diferencias clásicas de régimen entre ambas responsabilidades la extensión del daño indemnizable. En principio a los daños contractuales se les aplica el artículo 1107 del Código Civil (que diferencia en sus dos párrafos entre deudor doloso y no doloso), mientras que los daños extracontractuales se reparan de forma íntegra (no se distingue entre deudor doloso o culposo). En nuestra hipótesis concreta de deudor y tercero por vulneración de exclusiva no creo que pueda sostenerse una distinción de régimen en cuanto a la extensión del daño indemnizable entre deudor y tercero. Nosotros hemos mantenido que el deudor es siempre doloso y el tercero también, ya que éste no responde de la violación de la exclusiva si ha contratado con el deudor negligentemente. Parece que no hay inconveniente en entender que el párrafo 2.º del artículo 1107 del Código, relativo al deudor doloso, no se separa del régimen correspondiente a la responsabilidad extracontractual: reparación integral. Deudor y tercero dolosos responden exactamente igual, por tanto, por todos los daños causados.

Un caso en el cual sí se plantea conflicto es aquel en que en el primer contrato de exclusiva se ha establecido una pena convencional, es decir, una prestación que el deudor se compromete a satisfacer al acree-

¹⁴⁶ PANTALEÓN PRIETO, F.: «Comentario a la STS 9 de diciembre de 1983», *CCJC*, núm. 4, 1983, p. 1206.

¹⁴⁷ DIEZ-PICAZO, L.: «Comentario al artículo 1968 Código Civil», *Comentarios del Código civil del Ministerio de Justicia*, tomo II, 2.ª ed, Madrid, 1993, p. 2165.

dor para el caso de incumplimiento o de cumplimiento defectuoso o retrasado de la obligación. La prestación penal posee una naturaleza diversa, normalmente en el caso de incumplimiento de una obligación de no hacer consiste en una prestación pecuniaria. El problema se presenta cuando las partes de forma expresa no han determinado el alcance que ha de poseer tal pena. De manera que, entonces, se aplica la regla del Código Civil que dispone que la pena convencional actúa en función de previa liquidación del daño y sustituye a la indemnización¹⁴⁸. Entonces, si deudor y tercero a los que se demanda conjuntamente deben una única indemnización: ¿Responden íntegramente del daño –solución a la que se llega por la aplicación de la responsabilidad extracontractual– o responden simplemente por la cantidad pecuniaria establecida como pena convencional en el primer contrato? Grandes objeciones presenta, sin duda, la segunda posibilidad. Primero, la pena convencional suele pactarse por medio de una disposición negocial que se incorpora al negocio constitutivo de la relación obligatoria. Por tanto, y de acuerdo con el principio de la eficacia relativa de los contratos, tendría efecto sólo entre las partes que la han pactado, de manera que únicamente obliga al deudor. Segundo, la cláusula penal limita la responsabilidad a la suma establecida y si bien es discutida la eficacia de similares cláusulas en materia de responsabilidad extracontractual, no así en el ámbito contractual, en el que se admiten tales cláusulas de limitación de la cuantía del resarcimiento (distintas, por el contrario, a las cláusulas que exoneran de responsabilidad al deudor que reciben un tratamiento diferente)¹⁴⁹. En tercer lugar, en este tipo de cláusulas se exonera al acreedor de la carga de la prueba del daño y ello constituiría una grave derogación del régimen de la responsabilidad civil. Es más, la exoneración de la carga de la prueba conduciría al peligro de hacer responder al tercero en los supuestos en que el daño ocasionado sea menor de la suma prevista en la cláusula penal, o en el caso límite de que no exista daño alguno¹⁵⁰.

No obstante, a pesar de la existencia de estos fuertes argumentos que niegan la posibilidad de aplicar la pena convencional, también hay otras razones de peso que conducen a aventurar que deudor y tercero respondan únicamente de la cantidad por la que respondería el deudor en caso de incumplimiento. Por una parte, según Fernández Arévalo¹⁵¹, es lógico que la colaboración en el incumplimiento imputable al tercero, que lleva consigo la insatisfacción del acreedor, genere para él una responsabilidad por la lesión del derecho de crédito, pero sólo en la medida en que existe éste en la realidad. El tercero tendrá que responder por eso mismo (en nuestro caso junto con el deudor), pero no por más de lo que hubiera de responder el obligado. Es decir, el acreedor no puede pretender que bajo el expediente de la tutela aquiliana del crédito el tercero haya de asumir sus propios costes y riesgos económicos con

¹⁴⁸ Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, II, cit., pp. 399-400.

¹⁴⁹ Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, II, cit., p. 617.

¹⁵⁰ Sobre estas objeciones *vid.* DI MARTINO, P.: «La responsabilidad del terzo “complice”...», cit., pp. 1414-1415.

¹⁵¹ *La tutela extracontractual del crédito...*, cit., p. 26.

los que inicialmente él, como acreedor, debía cargar para la consecución de los fines previstos en la constitución de la relación. Por otra parte, el daño es el resultado económico y jurídico de una actividad del tercero cualificable en términos aquilianos (es ilícita, pues), pero tal daño, desde el punto de vista ontológico, se identifica con el incumplimiento mismo. Por consiguiente, el cálculo del daño resarcible ha de efectuarse según los criterios contractuales y no según los criterios aquilianos ¹⁵².

Quizá más conveniente sea una postura intermedia en la que descartemos por pura ortodoxia la aplicación directa de la pena convencional, pero la suma de tal pena ha de considerarse como criterio judicial en la evaluación de los daños, al menos a título indicativo, ya que el perjudicado al aceptar la cláusula indica en qué montante estima la lesión de su derecho de crédito y no parece adecuado, como indicábamos antes, que el tercero asuma riesgos con los que inicialmente el acreedor debía cargar ¹⁵³.

El último aspecto que interesa resaltar es el de la pluralidad de responsables y cómo se distribuye la responsabilidad entre ellos. Como la ley no establece un rango jerárquico, ambos responden en el mismo grado (ninguno es responsable subsidiario, pues) ¹⁵⁴. Ahora bien, cómo se distribuye esta responsabilidad de rango igual: ¿mancomunada o solidariamente? ¿Es diferente el régimen de la responsabilidad contractual y extracontractual en este punto? En la actualidad parece que hay un acercamiento en cuanto a la extensión del régimen de la solidaridad tanto en el campo extracontractual (que ya desde principios de siglo fue el primero en evolucionar hacia la solidaridad en cuanto el TS en el año 1903 ciñó el art. 1137 del CC a las obligaciones contractuales) como en el contractual (la solidaridad no sólo se mantiene cuando así lo han querido de forma expresa las partes contratantes en la obligación, sino también cuando se evidencie del comportamiento de las partes o de la naturaleza de las obligaciones) ¹⁵⁵. Cavanillas Múgica ¹⁵⁶ se pregunta si, mientras que la solidaridad contractual obtenida por la voluntad de las partes debe ser la solidaridad propia u ordinaria del Código Civil, la solidaridad extracontractual y la contractual en que la solidaridad se obtiene, no de un pacto de las partes sino de la conducta paralela de los deudores y de la comunidad de intereses que ostentan, deben regirse por un régimen de solidaridad *sui generis*, que la doc-

¹⁵² VERDE, C.: «Note in tema di responsabilità del terzo»..., cit., p. 445.

¹⁵³ En este sentido VINEY, G.: *Traité de droit civil*..., cit., p. 248.

¹⁵⁴ Así lo entiende Díez-PICAZO, L.: «El problema de la acumulación...», cit., p. 66. Descarta la responsabilidad subsidiaria también GULLÓN BALLESTEROS, A.: «En torno a los llamados contratos...», cit., pp. 154-155. A su juicio la mayor dificultad en caso de admitir la responsabilidad subsidiaria de uno de los responsables estribaría en examinar cuál de las dos conductas —si la del deudor o la del tercero— es la causa más inmediata del daño y ello supondría tener que acudir, con más precauciones por la complejidad del caso ante el que nos encontramos, a las teorías que resuelven supuestos en que hay pluralidad de causas.

¹⁵⁵ CAVANILLAS MÚGICA, S.: *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual*..., cit., pp. 40 ss.

¹⁵⁶ *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual*..., cit., p. 45.

trina denomina responsabilidad *in solidum*. En esta última clase de supuestos la solidaridad no se fundamenta en la existencia de una voluntad consciente, sino en la necesidad de proteger la legítima confianza depositada en que los varios deudores responderán indistintamente de la totalidad del precio ¹⁵⁷.

En nuestra hipótesis concreta la doctrina es partidaria de que tanto deudor como tercero respondan de los daños y perjuicios solidariamente. Aunque tiene cierto apoyo jurisprudencial la postura que mantiene con carácter general que si hay varios responsables, unos contractuales y otros extracontractuales, éstos no responden solidariamente, aún mayor apoyo posee la tesis contraria ¹⁵⁸. Ya en materia específica de vulneración de pacto de exclusiva, la STS de 23 de marzo de 1921 entiende, por el contrario, que la responsabilidad es mancomunada ya que aplica el tenor literal del artículo 1137 del Código Civil, que declara únicamente obligaciones solidarias las que expresamente así lo determine su título y aquellas otras de cuyo texto resultare. Sin embargo, la posterior STS 4 de mayo de 1973 establece ya la responsabilidad solidaria de los responsables contractual y extracontractual basándose, por una parte, en el carácter indivisible del deber de respetar la exclusiva que compete tanto al deudor como a terceros que la conocen, en la actuación conjunta y unida de los infractores que ha producido un resultado dañoso y, por último, en la reiterada doctrina jurisprudencial que establece la solidaridad sin necesidad de que medie pacto expreso entre las partes, bastando que del contexto de la obligación se derive su existencia y en todo caso entre los coautores de un acto ilícito civil cuando hay unidad de acción o resultado ¹⁵⁹. La responsabilidad solidaria en estos

¹⁵⁷ En opinión de DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, II, cit., p. 206, no hay dos clases de solidaridad distintas sino solamente que, en ocasiones, en virtud del tipo de relaciones existentes entre los sujetos, no se aplican algunas reglas generales de la solidaridad típica. Para SOTO NIETO, F.: «Dinámica de la obligación solidaria. La obligación "in solidum"», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1220, 5 de noviembre de 1980, Madrid, pp. 11-13, la tendencia actual de la doctrina y la jurisprudencia es a desconocer la categoría de las obligaciones «in solidum», hablando de solidaridad sin más.

¹⁵⁸ PANTALEÓN PRIETO, F.: «Comentario al artículo 1902 del Código Civil»..., cit., p. 1980. *Vid.* su enumeración de sentencias al respecto, no todas por supuesto referidas a pactos de exclusiva.

¹⁵⁹ La jurisprudencia italiana desde hace muchos años es partidaria de la solidaridad entre deudor y tercero, sin que a ello suponga un obstáculo que ambos respondan por título diverso. Justifican tal solidaridad, bien bajo el aspecto del carácter unitario del daño producido al acreedor, bien bajo el carácter unitario del hecho dañoso. Tal unidad del hecho dañoso no se concibe como identidad de acción y de título de culpa de los dañantes, los cuales concurren a producir el daño con violaciones de diversos deberes jurídicos o morales. Pero es este último presupuesto del carácter unitario del hecho dañoso el que más frecuentemente exige la jurisprudencia para que haya responsabilidad solidaria entre varias personas. *Vid.* BUSNELLI, F. D.: *La lesione del credito...*, cit., pp. 247-248, y GALGANO, F.: «Relazione introduttiva», *La tutela del credito negli ordinamenti giuridici moderni*, Ascoli Piceno, Conveno di 20 ottobre 1990, Giuffrè, 1993, p. 24. Por su parte también la jurisprudencia francesa mantiene desde principios de siglo la responsabilidad solidaria de deudor y tercero en la indemnización de daños y perjuicios. *Vid.* SAVATIER, R.: *Traité de la responsabilité civile...*, cit., p. 190.

supuestos de vulneraciones de exclusiva por parte de deudor y tercero puede tener, pues, varias razones además de la protección del acreedor: el perjuicio es uno, es causado por la falta de ambos y hay una imposibilidad de determinar de manera exacta la responsabilidad que a cada uno le corresponde dentro del todo ¹⁶⁰. Por otro lado, en los casos de exclusivas dañadas por deudor y tercero es imposible prever la solidaridad: ¿Cómo suponer que un tercero intervendrá para oponerse a la ejecución de un contrato o para hacerse cómplice de la inejecución? ¹⁶¹. Evidentemente, si uno de los dos, deudor y tercero, han resarcido el daño al acreedor, el que lo haya hecho es titular de una acción de regreso frente al otro, porque de no ser así el que no ha pagado tendría un enriquecimiento injusto por el hecho de haber tenido un cómplice en el incumplimiento que ha pagado por él ¹⁶². Para el ejercicio de tal acción de regreso entre deudor y tercero sería muy conveniente examinar si han pactado el grado de responsabilidad de cada uno en las relaciones internas. De hecho, si el tercero ha pagado un precio muy alto por las mercancías, tanto que haya permitido la ganancia del deudor y a la vez cubrir el coste de la indemnización por parte de éste al acreedor, no sería descabellado entender que sólo debe responder frente al acreedor el deudor (al menos en las relaciones internas).

¹⁶⁰ GULLÓN BALLESTEROS, A.: «En torno a los llamados contratos...», cit., p. 157.

¹⁶¹ Notas de GULLÓN BALLESTEROS a las *Instituciones de Derecho civil español*, II, de Clemente de Diego..., cit., p. 112.

¹⁶² DI MARTINO, P.: «La responsabilidad del terzo «complice»...», cit., p. 1419.

INFORMACIÓN LEGISLATIVA *

**PEDRO DE ELIZALDE Y AYMERICH
y LUIS MIGUEL LÓPEZ FERNÁNDEZ**

SUMARIO: I. *Derecho Civil*. 1. Parte General. 2. Derecho de Obligaciones. 3. Derechos Reales. 4. Derecho de Familia. 5. Derecho de Sucesiones.—II. *Derecho Registral*.—III. *Derecho Mercantil*.—IV. *Derecho Procesal*.—V. *Otras Disposiciones*.

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. ESTATUTOS DE AUTONOMÍA. Se reforma el de la Comunidad de Madrid

Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio («BOE» del 8).

La presente reforma afecta a la organización institucional de la Comunidad y su ámbito competencial. Entre otras materias se modifica la fecha de entrada en vigor de las Leyes aprobadas por la Asamblea —que, en lugar del día de su publicación en el «Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid», se producirá el día siguiente a dicha publicación salvo que otra cosa se disponga—.

Además se prevé la participación de la Comunidad en la fijación de las demarcaciones correspondientes en las Notarías, Registros de la Propiedad y Mercantiles radicados en su territorio. Los Notarios, Registradores de la Propiedad y Mercantiles y otros fedatarios públicos, serán nombrados por la Comunidad de Madrid, de conformidad con las leyes del Estado y en igualdad de derechos, tanto si los aspirantes ejercen dentro como fuera de la Comunidad.

* Comprende las disposiciones publicadas en el «Boletín Oficial del Estado» durante el tercer trimestre de 1998.

DERECHO DE OBLIGACIONES

2. CONTRATO DE COMPRAVENTA. Se regula la venta a plazos de bienes muebles

Ley 28/1998, de 13 de julio («BOE» del 14).

a) Exposición:

La presente disposición intenta resolver los problemas planteados por la concurrencia parcial de las Leyes 50/1965, de 17 de julio, sobre Ventas a Plazos de Bienes Muebles, y 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo. Para ello se establece el criterio de que los contratos incluidos en el ámbito de aplicación de ambas se regirán preferentemente por la Ley de Crédito al Consumo, en cuanto favorezca al consumidor, y supletoriamente por lo dispuesto en la que ahora se promulga.

En la nueva ley el contrato de venta a plazos sigue teniendo carácter real y formal –según el art. 3 se perfecciona con la entrega del bien mueble, y según el art. 6.1 la forma escrita es requisito para su validez–. La nueva ley, como la de 1956, es aplicable a los contratos de venta de bienes muebles corporales, no consumibles e identificables, así como a los préstamos destinados a facilitar su adquisición y a las garantías relativas a los mismos–.

La norma presentada suprime la exigencia de desembolso inicial y establece algunos mecanismos orientados a facilitar el procedimiento de cobro –como la regulación del precio de la primera subasta, que será el de venta al contado a no ser que exista previsión expresa sobre el particular–. Además incorpora las previsiones de la Ley de Crédito al Consumo sobre expresión y modificación de la tasa anual equivalente, penalizaciones aplicables a la omisión o expresión inexacta de cláusulas obligatorias, publicidad del precio de las cosas ofrecidas en venta a plazos, o deducciones a favor del vendedor o prestamista que optara por resolver el contrato.

En el procedimiento especial dirigido contra los bienes adquiridos en virtud de un contrato inscrito, el acreedor puede optar por la adjudicación de los bienes, sin necesidad de acudir a la pública subasta y sin perjuicio de la reclamación de las cantidades que procedan cuando el valor del bien fuese inferior o superior a la deuda reclamada –art. 16.2, apartados *c)* y *e)*–. Si el deudor no pagase ni entregase los bienes, el artículo 16.2 *d)* permite al acreedor dirigirse contra ellos por los trámites del juicio ejecutivo –con las especialidades contempladas en el indicado precepto–.

Salvo algunas precisiones, se mantiene la regulación establecida por la Ley 50/1965 en los aspectos relativos a la definición de los contratos de préstamo de financiación, facultad de desistir en favor del comprador, Registro de reservas de dominio y prohibiciones de disponer, competencia judicial, facultad moderadora de Jueces y Tribunales, e ineficacia de pactos, cláusulas y condiciones, orientados a eludir el

cumplimiento de la ley. Se prevé además la anotación preventiva de demanda y embargo relativa a bienes muebles.

Tratándose de créditos nacidos de contratos otorgados en escritura pública o en póliza intervenida por Corredor de Comercio colegiado, o bien formalizados en modelo oficial e inscritos en el Registro de Venta a Plazos, el acreedor goza de la preferencia y prelación establecidos en los artículos 1922.2.º y 1926.1.ª del Código Civil. Si existiera reserva de dominio inscrita, los bienes no se incluyen en la masa de la quiebra mientras no esté satisfecho el crédito y el acreedor tiene derecho de abstención en caso de suspensión de pagos –art. 16.5–.

En relación con los terceros, hay que destacar que el rematante de bienes sujetos a prohibición de disponer inscrita responde con el primitivo deudor, solidariamente y hasta su vencimiento, de la obligación de pago garantizada –art. 15 *in fine*–. Por otro lado, el artículo 16.3 establece que el tercer poseedor de bienes vendidos con pacto de reserva de dominio o prohibición de disponer inscrito queda sometido a la acción del acreedor, debiendo ser requerido con el fin de que pague el importe reclamado o desampare el bien.

Por último, hay que destacar la previsión relativa al futuro Registro de Bienes Muebles –en el cual se integrará el de Venta a Plazos de esta clase de bienes–, y la regulación separada del arrendamiento financiero y las peculiaridades planteadas por el procedimiento especial –dirigido a la recuperación de los bienes para el caso de incumplimiento del arrendatario.

b) Comentario:

Con la promulgación de la nueva Ley de Venta a Plazos se ha perdido una oportunidad inmejorable para aclarar los efectos de la reserva de dominio en la situación del comprador y del vendedor –o su cesionario–. La nueva ley continúa otorgando al acreedor unas facultades de ejecución separada, abstención y privilegio, perfectamente compatibles con la estructura de un derecho real de garantía, al tiempo que establece en favor del vendedor una opción por adjudicarse los bienes en un procedimiento especial de ejecución doblemente incompatible con el entendimiento de que el vendedor sigue siendo propietario –ejecuta su propio bien y puede optar porque le sea adjudicado–. Estos aspectos destacan más si se comparan con los procedimientos establecidos en favor del arrendador financiero, que se dirigen a la recuperación del bien o a que sea puesto a su disposición –en caso de quiebra o concurso del arrendatario–.

En resumen: sigue apreciándose una notoria oscuridad en cuanto a la propiedad de los bienes vendidos con reserva de dominio. Oscuridad crítica en sí misma –por sus repercusiones en el problema relativo al *periculum rei* y en los ámbitos fiscal, administrativo o de responsabilidad civil extracontractual–, y que se agrava ante el silencio de la ley en los aspectos relativos a la posición del comprador en caso de embargo del bien vendido por los acreedores del vendedor, o de quiebra de éste o de su cesionario.

Sabemos que la jurisprudencia llega a admitir la tercería de dominio, para evitar que el comprador se vea privado del bien sin que medie incumplimiento alguno de sus obligaciones, y parece lógico que esa solución siga aplicándose. Pero si la aprobación de una nueva ley ha de servir para algo más que justificar la productividad de los Parlamentos, se debería haber aprovechado la ocasión para definir –de una vez por todas– si el adquirente tiene una propiedad sometida a condición –bien suspensiva, bien resolutoria–, una propiedad gravada con un derecho real de garantía asimilable a una prenda sin desplazamiento, o una combinación de garantía real y propiedad sometida a condición resolutoria –de acuerdo con la posición defendida en su día por Rodrigo Bercovitz en *La cláusula de reserva de dominio. Estudio sobre su naturaleza jurídica en la compraventa a plazos de bienes muebles*, Madrid, 1971.

En cuanto a la responsabilidad solidaria del adquirente de bienes sujetos a prohibición de disponer, hay que comenzar afirmando que la previsión legal resulta coherente con el entendimiento de que la prohibición de disponer no afecta a la ejecución del bien gravado por los acreedores. Pero parece necesario entender que la ley no se está refiriendo al rematante en un procedimiento de ejecución seguido por el vendedor para obtener el pago del precio, sino por otros acreedores del comprador, ya que en el primer caso lo lógico es entender que el rematante adquiere el bien libre de toda carga derivada de la venta a plazos.

Otro de los problemas observados en la redacción legal –aunque la existencia de modelos oficiales reducirá el interés del problema– es que tampoco queda claro si la prohibición de disponer es un efecto legal o ha de ser expresamente pactada para que surta efecto. Díez-Picazo y Gullón Ballesteros –en *Instituciones de Derecho Civil*, tomo I, Madrid, 1995– se inclinaban por entender que era una garantía legal que, a diferencia de la reserva de dominio, no era preciso pactar. La diferencia entre los apartados 10 y 11 del artículo 7 sigue constituyendo un argumento para esa afirmación, porque mientras la cláusula de reserva de dominio ha de contenerse en el contrato «si así se pactara», no se prevé el mismo condicionamiento para la prohibición de enajenar.

Pero según el artículo 15 de la ley presentada: «Para que sean oponibles frente a terceros las reservas de dominio o las prohibiciones de disponer *que se inserten en los contratos sujetos a la presente Ley* será necesaria la inscripción en el Registro a que se refiere en el párrafo siguiente», con lo cual el legislador parece vincular la oponibilidad de la prohibición de disponer a su reflejo efectivo en el contrato celebrado; además el artículo 8 regula el efecto de la omisión de cláusulas obligatorias sin dedicar atención alguna a la falta de constancia de la reserva de dominio y de la prohibición de disponer, ya que la consecuencia establecida con carácter residual en el apartado 5 del citado precepto –reducción de la obligación del comprador– no parece aplicable. Todo ello puede indicar que dispensa igual tratamiento a ambas instituciones, y por lo tanto que sin constancia expresa en el contrato no hay reserva de dominio y tampoco prohibición de disponer.

3. **CONSUMIDORES. Se regula su protección en la Comunidad de Madrid**

Ley de la Asamblea de Madrid 11/1998, de 9 de julio («BOE» del 28 de agosto).

Como otras presentadas en estas páginas, la presente disposición autonómica desarrolla la vertiente administrativa de la Ley estatal 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios –presentada en las páginas de Información Legislativa, XXXVII-IV, disposición núm. 4–, reiterando sus formulaciones programáticas sobre los derechos de los consumidores a la salud, seguridad, protección de sus intereses económicos y sociales, información, educación, representación, consulta, participación y reparación de daños, y previendo el fomento de sistemas operativos de resolución voluntaria de conflictos –en especial, del sistema arbitral de consumo.

Resulta interesante la regulación de la actividad inspectora en los aspectos relativos a la toma de muestras, obligaciones de los inspeccionados y medidas provisionales que pueden adoptarse, así como la alusión a la posibilidad de que los empresarios adopten voluntariamente códigos de buenas prácticas –en este último caso por el interés que los mecanismos de autorregulación comienzan a adquirir y por su problemática incardinación en el sistema de fuentes del Ordenamiento jurídico.

En cuanto al régimen sancionador, junto a la previsión de multas coercitivas para conseguir la adopción de medidas orientadas a garantizar los derechos de los consumidores –y compatibles con las sanciones que puedan imponerse–, resultan destacables dos aspectos: la previsión expresa de que la sanción se gradúe de manera que el incumplimiento no resulte provechoso para el infractor, y la proclamación de la responsabilidad solidaria cuando «en la comisión de una infracción concurren varias personas» (art. 58.7 de la ley).

En relación con este último aspecto –la solidaridad en las multas–, y con su creciente desarrollo en las más diversas normas sancionadoras, conviene llamar la atención acerca de la confusión en que suele dejarnos el legislador: nunca se sabe si todos los responsables son infractores, de manera que la sanción se multiplica por su número y cada uno responde solidariamente del todo, o si todos los responsables solidarios incurrir en una sola infracción –como, por ejemplo, parece deducirse del tenor literal de la norma presentada–. En este último caso convendría que el legislador conociera bien el significado de la solidaridad en las relaciones internas entre deudores solidarios, porque la acción de regreso prevista para el deudor solidario que paga puede producir un indeseable efecto –tratándose de derecho sancionador–: infringir entre varios será más económico que hacerlo a título individual.

DERECHOS REALES

4. PROPIEDAD TERRITORIAL. Se regula la ordenación del territorio y el urbanismo en La Rioja

Ley de la Diputación General de La Rioja 10/1998, de 2 de julio («BOE» del 9).

La presente disposición pertenece a la que podríamos denominar como «cuarta fase» de nuestro Ordenamiento urbanístico autonómico, dentro de un proceso iniciado con la discutible STC 61/1997, continuado con la promulgación de medidas urgentes por algunas Comunidades Autónomas –entre las que no se contaba La Rioja– y de la Ley estatal 6/1998 –presentada en las páginas de Información Legislativa, LI-III núm. 4–, y que culmina ahora con la promulgación de normas urbanísticas autonómicas que –a buen seguro– incorporarán soluciones ya contempladas en otras disposiciones estatales y autonómicas. También es previsible que algunas de ellas se inclinen en mayor medida hacia el espíritu de la Ley 6/1998 y otras tiendan hacia el Texto Refundido de 1992 –según el color político de sus respectivos Ejecutivos, como ya sucediera con las normas que aprobaron medidas urgentes autonómicas y que hemos ido glosando en esta sección de la revista.

Pasando a su contenido sustantivo, la ley presentada prevé la división del suelo en las categorías de suelo urbano –subdividido a su vez en consolidado y no consolidado–, no urbanizable –genérico y de especial protección–, y urbanizable –que puede ser delimitado o no delimitado.

El suelo urbanizable sólo puede existir en municipios con planeamiento municipal, y parece tener el carácter residual que se deriva de la Ley estatal 6/1998. Al menos si atendemos al artículo 22 de la norma autonómica, según el cual constituyen esta clase de suelo: «los terrenos que no tengan la condición de suelo urbano ni de suelo no urbanizable». Pero el desarrollo del suelo urbanizable no delimitado queda diferido al convenio que se perfeccione con la Administración y a la formulación de los correspondientes planes parciales –contemplados en el artículo 74 de la ley–, de modo que la regulación legal no permite deducir ningún derecho previo que vincule a la Administración a aprobar esos convenios y planes.

También resulta destacable la limitación establecida para las cesiones de dotaciones y aprovechamiento a que vienen obligados los propietarios. Las cesiones de aprovechamiento respetan el límite máximo del 10 por 100 contemplado en la ley estatal, reduciéndose al 5 por 100 para municipios de menos de mil habitantes. Además, los propietarios de suelo urbano sólo han de ceder aprovechamiento si se trata de suelo urbano no consolidado de municipios con más de veinticinco mil habitantes –sólo Logroño cumple este requisito–. Pero los propietarios obligados a ceder han de costear la urbanización del suelo cedido, según se deduce del artículo 120.1 de la ley.

Para obtener los terrenos destinados a sistemas generales y dotaciones locales que se sitúen en suelo urbano consolidado la Administración puede optar entre la expropiación o la ocupación directa con cargo a

terrenos edificables en unidades de ejecución situadas en suelo urbanizable delimitado. Que sepamos, se trata de la primera norma que consagra la solución tantas veces propuesta por Berenguer Urrutia: trasladar a los propietarios de terrenos dotacionales urbanos al suelo urbanizable –lo cual supone, entre otras cosas, imponerles los deberes de tramitación y urbanización propios de esta clase de suelo–. Así, parafraseando al citado autor, la Administración obtiene suelo donde le falta a cambio del que tiene donde le sobra.

Como técnicas de gestión se contemplan los tradicionales sistemas de compensación, cooperación y expropiación. Pero también la concesión de obra urbanizadora –el urbanizador privado–, y el convenio urbanístico.

En cuanto a la concesión de obra urbanizadora, se prevé la sujeción de los propietarios al deber de satisfacer al concesionario los costes de la actuación, en los términos estipulados en la concesión, así como la posibilidad de que las cantidades correspondientes puedan ser exigidas por el Ayuntamiento a petición del urbanizador –obviamente mediante la vía de apremio–. No se contempla la posibilidad de que los propietarios escapen a esta sujeción optando por la expropiación forzosa.

Tampoco se prevé el reflejo registral del procedimiento dirigido a otorgar la concesión –quizá por temor a problemas competenciales–, ni la necesidad de que ese procedimiento sea notificado a los que sean propietarios según el Registro –quizá por olvidar que la concesión de obra en terrenos de propiedad particular no es una «cosa de dos» entre la Administración y el concesionario, sino que implica importantes consecuencias para los titulares de derechos sobre las fincas afectadas–. Lo lógico sería apurar las posibilidades que permite el artículo 1.8 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, presentado en estas páginas de Información Legislativa, L-IV, núm. 9, y practicar una nota marginal al inicio del procedimiento concesional.

El convenio urbanístico se prevé fundamentalmente como un mecanismo ágil e idóneo para el desarrollo del suelo urbanizable no delimitado. Pero nuevamente se echa en falta una cuidada regulación de la publicidad registral de estos mecanismos –bastaría con una referencia del legislador autonómico a la cláusula genérica de las Normas Complementarias citada con anterioridad–, de manera que la Administración no se vea sorprendida con la negativa del Registrador a inscribir la reparcelación resultante del convenio cuando los firmantes no coincidan con los titulares registrales.

5. PATRIMONIO HISTÓRICO. Se regulan los de las Comunidades valenciana y madrileña

Ley de las Cortes Valencianas 4/1998, de 11 de junio y Ley de la Asamblea de Madrid 10/1998, de 9 de julio («BOE» del 22 de julio y del 28 de agosto, respectivamente).

Las presentes disposiciones, como otras de análoga finalidad que han ido siendo objeto de presentación, siguen las líneas básicas de la

Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español –presentada en las páginas de Información Legislativa, XXXVIII-III, núm. 11–. De este modo se establecen tres niveles de protección, según se trate de bienes simplemente integrantes del patrimonio, incluidos en el Inventario, o declarados de interés cultural en sus distintas modalidades.

Según los respectivos niveles de protección se establecen distintos deberes a cargo de los propietarios, pudiendo destacarse los de conservar dichos bienes –bajo la amenaza de multa y obligación de restaurar–, y permitir el acceso a investigadores acreditados. También se contempla la posibilidad de que sean expropiados por incumplimiento de los deberes impuestos, el establecimiento de tanteos y retractos en favor de la Administración autonómica –y subsidiariamente del Ayuntamiento–, y la obligación de inscribirse en un Registro administrativo y llevar un Libro-registro de transacciones para los empresarios dedicados habitualmente al comercio de bienes inmuebles integrantes del patrimonio cultural.

Como compensación a esos deberes, ambas disposiciones prevén la concesión de ayudas públicas, créditos subsidiados, y, en su caso, beneficios fiscales.

En relación con el «tesoro oculto», ambas leyes establecen una regulación paralela a la contenida en la ley estatal: declaración de dominio público de los bienes de interés cultural hallados casualmente y cuya legítima pertenencia no conste, deber de comunicación y conservación a cargo del descubridor –según la ley valenciana con aplicación de las normas del depósito necesario–, y derecho a un premio equivalente a la mitad del valor, de tasación a repartir por mitad entre el propietario del suelo y el hallador (arts. 65 de la ley valenciana y 46 de la madrileña).

No obstante ambas disposiciones plantean algunas diferencias de interés, por cuanto la ley valenciana es menos rigurosa con los propietarios de bienes de interés cultural no incluidos en el Inventario, fomenta las actividades divulgativas y educativas, e intenta reforzar la situación de los propietarios en relación con el acceso a las ayudas públicas relacionadas con la conservación, rehabilitación y régimen de visitas.

La ley madrileña, por su parte, incluye entre los bienes integrantes del patrimonio de la comunidad «aquellos bienes inmateriales que conforman la cultura popular, folclore, artes aplicadas y conmemoraciones tradicionales», si bien no se contemplan consecuencias concretas de esta previsión, aparentemente orientada a justificar la financiación de actividades relacionadas con ese folclore y cultura populares con cargo al 1 por 100 del presupuesto de obras financiadas por la Comunidad –que, en paralelismo con la ley estatal y según las dos leyes autonómicas presentadas, ha de destinarse a actuaciones relacionadas con el patrimonio histórico.

6. PROPIEDAD TERRITORIAL. Se regula la ordenación del territorio y la actividad urbanística en Castilla-La Mancha

Ley de las Cortes de Castilla-La Mancha 2/1998, de 4 de junio («BOE» del 29 de julio).

La norma presentada se sitúa también en esa «cuarta fase» a que aludimos al presentar la norma de La Rioja en estas mismas páginas de Información Legislativa –disposición núm. 4–. Los aspectos más relevantes de su contenido sustantivo son los siguientes:

Se parte del establecimiento de tres clases de suelo: urbano, urbanizable y rústico. El suelo urbanizable sólo es posible en los municipios con Plan de Ordenación Municipal y está constituido por los terrenos que dicho Plan adscriba a esa clase de suelo, de modo que en esta ley autonómica no existe ni rastro del carácter residual que la ley estatal 6/1998 –presentada en las páginas de Información Legislativa, LI-III, núm. 4– parecía atribuir al suelo urbanizable, ni se desarrolla ese derecho a promover su transformación que parece deducirse del artículo 16 de la mencionada norma estatal.

El suelo rústico se subdivide en suelo rústico de reserva y suelo rústico de protección ambiental. El primero es susceptible de las actuaciones contempladas en el artículo 54 de la ley –previa obtención de calificación urbanística–, su aprovechamiento no podrá suponer la construcción con características tipológicas o soluciones estéticas propias de las zonas urbanas –art. 55.1.c)–, y su calificación urbanística ha de asegurar la inexistencia de peligro de formación de núcleo urbano –arts. 54.1.e) y 60.g)–. Por su parte, los artículos 58 y 63 prevén la relación con el Registro de la Propiedad de los deberes y cargas derivados de la calificación y la licencia que autoriza los actos de uso urbanístico, así como la vinculación de la finca a las correspondientes edificaciones –a efectos de prohibir ulteriores fragmentaciones.

Excepto en el suelo urbano consolidado por la edificación, la definición del aprovechamiento correspondiente a los propietarios de suelo urbano y urbanizable se lleva a cabo mediante la delimitación de áreas de reparto y aprovechamientos-tipo. El porcentaje apropiable por dichos propietarios es el 90 por 100 –por consiguiente, dentro de la horquilla admitida por el art. 18.4 de la Ley 6/1998–, pero la cesión del 10 por 100 lo es de suelo ya urbanizado –art. 68.2 de la norma presentada.

La gestión del suelo urbano consolidado se desarrolla mediante aplicación del sistema vigente en la Comunidad Valenciana el suelo dotacional tiene un aprovechamiento «de conveniencia», desvinculado de las edificabilidades reales atribuidas por el planeamiento a los suelos edificables –el fijado por el plan, o, en su defecto, de 1 m²/m²–, y a cada parcela con aprovechamiento lucrativo se le asigna un coeficiente menor que la unidad, de manera que esa diferencia, multiplicada por la edificabilidad real de la parcela, determina la cantidad de aprovechamiento que su propietario ha de adquirir de los dueños de suelo dotacional o de la Administración.

De esta manera los propietarios de suelo urbano consolidado no tienen derecho al 100 por 100 del aprovechamiento real atribuido por el planeamiento a su parcela, ni existe límite legal alguno al porcentaje reductor que les será aplicado —que sólo depende de la cantidad de terrenos dotacionales que el planificador decida hacerles pagar—.

Además el coeficiente reductor se calculará de modo que el aprovechamiento del suelo dotacional sea igual al resultado de multiplicar dicho coeficiente por el aprovechamiento de los solares que sustituirán su edificación durante la vigencia del plan —pues de otra manera la Administración no obtendría el mencionado suelo dotacional hasta que toda la edificación urbana se sustituyera—. Como resultado sólo contribuyen a la obtención de las cesiones los dueños de solares, aunque también se benefician de las mismas los dueños de edificaciones.

Los demás inconvenientes y ventajas del sistema de transferencias de aprovechamientos delineado por la ley castellano-manchega, frente al que se contenía en el Texto Refundido de 1992, son también los mismos de su modelo valenciano: los dueños de suelos dotacionales no tienen garantizado el derecho al reparto equitativo del aprovechamiento otorgado por el plan —porque el aprovechamiento que se les atribuye a efectos indemnizatorios no deriva del otorgado por el plan a los terrenos circundantes—, ni los dueños de terrenos edificables el suyo de edificar todo el aprovechamiento real sin buscar desesperadamente un «vendedor» de aprovechamientos —porque el art. 75 no permite afirmar la existencia de un verdadero deber de transmitir a cargo de la Administración.

Como contrapartida, es más simple de gestionar que el regulado en la malograda norma estatal, porque todos los dueños de suelo edificable tienen que comprar aprovechamientos, pero sólo los dueños de suelo dotacional y la Administración pueden vender —se eliminan así las operaciones puramente equidistributivas entre dos dueños de solares con aprovechamiento real mayor y menor, respectivamente, que el apropiable.

La gestión urbanística en suelo urbanizable y suelo urbano no consolidado se basa en la delimitación de unidades de ejecución, previniéndose dos modalidades: la gestión directa —por los tradicionales mecanismos de reparcelación o expropiación—, o la gestión indirecta, mediante la controvertida figura del urbanizador privado adjudicatario de un Programa de Actuación Urbanizadora.

Los problemas que plantea esta figura sobrepasan la finalidad de estas páginas, debiendo limitarnos a señalar que, entre otras prerrogativas, el urbanizador pueden solicitar la ocupación directa de los terrenos incluidos en la unidad de ejecución —normalmente ajenos—, y exigir que los propietarios le retribuyan —en dinero o en terrenos edificables.

Los propietarios pueden evitar el sometimiento al urbanizador solicitando la expropiación y pago antes de que sea aprobado el Programa de Actuación Urbanizadora, pero la tramitación de este programa no ha

de ser notificada individualmente a los propietarios, sino que basta con remitir aviso al domicilio fiscal de quienes consten en el Catastro como titulares de derechos afectados.

Si además de este atentado al artículo 38 de la Ley Hipotecaria, se considera que la relación de este mecanismo de gestión con el Registro esta huérfana de toda regulación, porque pese a su importancia y difusión práctica no fue tenido en cuenta por el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio –presentado en las páginas de Información Legislativa, L-IV, núm. 9–, habrán de apurarse las posibilidades permitidas por el artículo 1.8 de dicho texto, según el cual serán inscribibles en el Registro de la Propiedad, además de los actos expresamente regulados: «Cualquier otro acto administrativo que en desarrollo del planeamiento o de sus instrumentos de ejecución modifique, desde luego o en el futuro, el dominio o cualquier otro derecho real sobre fincas determinadas o la descripción de éstas».

Los convenios urbanísticos se regulan trasponiendo el modelo de la Comunidad Autónoma de Navarra, que a su vez fuera copiado por la Comunidad de Madrid. La imprecisión y vaguedad de la norma presentada es también la misma: se habla de convenios negociados y suscritos que sólo vinculan a las partes para la iniciativa y tramitación de los pertinentes procedimientos –como si fuera poco–, pero cuyo texto definitivo ha de ser firmado después de un trámite de información pública, de manera que no se sabe si antes de esa segunda firma nos encontramos en fase de tratos preliminares o ante un convenio ya perfecto, y por lo tanto tampoco la base para el cálculo de eventuales indemnizaciones –interés positivo o negativo.

En concreto, la ley debería haberse definido sobre si sólo se indemnizan los gastos consistentes en avances de planeamiento o estudios preliminares costeados por el propietario, o también el beneficio derivado de que el plan se hubiera aprobado en los términos previstos, y si a los referidos efectos resultará indiferente que la Administración se aparte caprichosamente del acuerdo o que lo haga por causa acreditada de interés público, pero no lo ha hecho. Por si fuera poco, proclama la subrogación de los adquirentes de terrenos en los términos del convenio, pero sin referirse a la relación del mismo con el Registro de la Propiedad –ignorando, por tanto, la nueva redacción del art. 21.1 de la Ley estatal 6/1998 y sus posibles consecuencias.

En cuanto al régimen transitorio, se diferencia entre planes e instrumentos que tuvieran ya definitivamente aprobados los instrumentos de distribución de beneficios y cargas –que podrán continuar ejecutándose según la legislación vigente al momento de aprobarse dichos instrumentos de gestión–, los que hubieran sido aprobados inicialmente a la entrada en vigor de la ley –que continuarán tramitándose conforme a la ordenación de dichos procedimientos vigente en aquel momento–, y los planes no aprobados aún inicialmente –que habrán de tramitarse y aprobarse por el procedimiento y contenido prescritos en la nueva ley.

7. PROPIEDADES ESPECIALES. Se modifica la Ley de Patentes

Real Decreto-ley 8/1998, de 31 de julio («BOE» del 14 de agosto).

La norma presentada adapta los artículos 155.2 y 157.1 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes –presentada en las páginas de Información Legislativa, XXXIX-II, núm. 20–, al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. En concreto se trata de excluir a quienes residan fuera de España, pero en un Estado miembro, de la obligación de actuar por Agente de propiedad industrial, y de permitir que el despacho profesional de los Agentes de la propiedad industrial esté localizado en otro Estado miembro.

Aprovechando la ocasión que suministraba la aprobación del Decreto-ley –justificado ante la amenaza de sanción por la Comisión Europea–, se regula el procedimiento de transformación en solicitudes de marcas nacionales de las marcas comunitarias, o de las solicitudes de éstas –adaptando el Derecho español al Reglamento del Consejo 40/1994, de 20 de diciembre–, se clarifica la regulación de las tasas en materia de derechos de propiedad industrial, y se modifica el trámite de examen previo –estableciendo su carácter optativo e introduciendo el examen preliminar internacional.

8. DERECHOS DE PROPIEDAD. Se establece el impuesto sobre suelo sin edificar y edificaciones ruinosas en Extremadura

Ley de la Asamblea de Extremadura 9/1998, de 26 de junio («BOE» del 21 de agosto).

La Comunidad extremeña ha diseñado este impuesto, que grava el incumplimiento de los deberes de edificar y sustituir o rehabilitar edificaciones ruinosas en los plazos establecidos para ello, como un instrumento de intervención en el mercado de suelo. El precedente autonómico de esta figura es el Impuesto de Dehesas, contemplado en la Ley autonómica 1/1986, de 2 de mayo –presentada en las páginas de Información Legislativa, tomo XXXIX-IV, núm. 6–, cuya conformidad constitucional fue proclamada en la STC 186/1993, de 7 de junio.

Como se decía en la presentación de la citada Ley 1/1986, ésta surgió en medio de un proceso orientado a tratar la reforma agraria con medidas que no implicaran la expropiación forzosa –y por tanto sus consecuencias indeseables: costosa tramitación, necesidad de adelantar el justiprecio e incapacidad para gestionar el suelo expropiado–. La lógica más elemental aconsejaba utilizar el mismo mecanismo para incentivar el efectivo cumplimiento de la función social del suelo con destino urbano, y en este sentido la iniciativa de la Comunidad extremeña nos parece plausible y, por qué no decirlo, atrevida.

El hecho imponible, como ya dijimos, guarda relación con el incumplimiento de los plazos establecidos para la edificación de suelo urbano, o para la sustitución o rehabilitación de edificaciones declaradas en ruina.

Los sujetos pasivos son los propietarios, usufructuarios con facultad de disponer o titulares de un derecho de superficie sobre dichos suelos o edificios, así como la Junta de Compensación que asumiera el deber de edificar cuando la ejecución se desarrollara por dicho sistema. Se consideran sustitutos del contribuyente quienes materialmente fueran a realizar o estuvieran realizando obras con incumplimiento de los plazos contemplados en la ley, y se establece una exención subjetiva para las Administraciones públicas, sus organismos autónomos y las empresas íntegramente participadas por unas y otras destinadas a obras de urbanización o construcción de viviendas.

La base imponible es el valor catastral de los terrenos y, cuando no existiese, el resultante de aplicar las normas relativas al Impuesto sobre el Patrimonio, mientras que el tipo de gravamen es el 10 por 100, incrementándose anualmente en cinco puntos hasta un máximo del 30 por 100.

Los titulares que carezcan de medios económicos para edificar o rehabilitar tendrán una reducción del 95 por 100 de la cuota, previa acreditación de dicha circunstancia ante la Consejería de Economía, Industria y Hacienda.

Especialmente interesantes resultan las previsiones contempladas en la ley en relación con los subadquirentes de los terrenos no edificadas o con edificaciones ruinosas, ya que mientras el artículo 20 de la ley establece expresamente la afección real de dichos terrenos al pago de la deuda tributaria y sus recargos, el artículo 9 contempla la subrogación del adquirente en los deberes y compromisos contraídos por el transmitente y vinculados al proceso de urbanización y edificación. Esta última previsión no parece referirse a la subrogación en la deudas liquidadas e impagadas —en relación con ellas el comprador no debe, pero responde hasta el valor de la finca—, sino a la necesidad de computar el tiempo que su causante dejó transcurrir sin edificar o rehabilitar —de otro modo el impuesto se eludiría vendiendo.

9. PROPIEDAD TERRITORIAL. Se regulan las vías pecuarias de Madrid

Ley de la Asamblea de Madrid 8/1998, de 15 de junio («BOE» del 28 de agosto).

La presente disposición pretende establecer el régimen jurídico de las vías pecuarias de Madrid en el marco de la normativa básica contenida en la Ley estatal 3/1995, de 23 de marzo. Entre otros aspectos de interés, se regulan los procedimientos orientados al deslinde de las vías pecuarias —que constituye título suficiente para su inscripción registral—, la recuperación de oficio de su posesión, y las cuestiones relativas a las mutaciones demaniales, enajenación, cesión y permuta de estas vías, previéndose la clasificación de las mismas como suelo no urbanizable protegido en los Planes Generales de Ordenación Territorial, con independencia de la posibilidad de que sean declara-

das de interés natural o cultural –que conlleva la imposibilidad de desafectación.

Además, el título II de la ley se ocupa de los importantes aspectos relativos al uso y aprovechamiento de estas vías, configurándose el Plan de Uso y Gestión como instrumento básico para el desarrollo de la ley, mediante la zonificación y las condiciones particulares establecidas para cada zona. El esquema legal parte de la sistematización de usos en uso tradicional prioritario –tránsito de ganado–, usos comunes compatibles –circulación a pie, de maquinaria agrícola, y, con carácter excepcional, con vehículos motorizados para acceder a establecimientos y casas situadas en el medio rural–, y usos comunes complementarios –incluyendo desplazamiento deportivo sobre vehículo no motorizado y recogida de frutos espontáneos–, pudiendo establecerse restricciones y limitaciones temporales en relación con los usos compatibles y complementarios de acuerdo con lo dispuesto en la norma presentada.

Los usos comunes especiales consistentes en actividades recreativas, deportivas o culturales, celebración de competiciones deportivas, u ocupación temporal por las instalaciones desmontables que requieran tales actividades, están sometidos a autorización especial. También precisarán de autorización los usos especiales singulares o privativos consistentes en tránsito de vehículos motorizados de uso no agrícola –fuera de los casos contemplados anteriormente–, ocupación temporal por obras públicas u otros motivos, e instalaciones desmontables distintas a las citadas.

Como puede observarse, el uso de vehículos de motor por estas vías plantea la misma inseguridad jurídica que en otras disposiciones similares: se permite a los habitantes de casas en el núcleo rural –¿no a los visitantes?–, pero se excluye «en el momento de transitar ganado y durante la celebración de actividades de interés ecológico o cultural» –¿los habitantes no pueden acceder a su casa durante ese tiempo sino a pie o en bicicleta?–. La inseguridad aumenta cuando reparamos en que se permite el uso para competiciones deportivas mediante autorización excepcional, pero existe un límite máximo de velocidad de 20 kilómetros/hora, que no parece admitir excepción alguna y que cualquier cicloturista supera más que ampliamente.

Esta inseguridad jurídica es todavía más censurable si reparamos en la importancia económica de las sanciones que pueden imponerse –además de la reparación del daño o el pago de las indemnizaciones que se determinen en el mismo expediente administrativo–, y en el carácter probatorio que se otorga a las actas de los funcionarios y Agentes que tengan encomendadas funciones de guardia.

Si a todo ello unimos el carácter esporádico y aleatorio con que se suelen aplicar estas normas, y la escasa relación existente entre las actividades reguladas y los más graves desastres medioambientales de nuestros días, forzoso es reconocer que la inseguridad jurídica creada no se compensa con una eficaz protección medioambiental.

DERECHO DE FAMILIA

10. **CÓDIGO DE FAMILIA. Se aprueba el catalán**

Ley del Parlamento de Cataluña 9/1998, de 15 de julio («BOE» del 19 de agosto).

La presente disposición viene a refundir el Decreto Legislativo 1/1984, de 20 de marzo, de modificación de la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña –presentado en las páginas de Información Legislativa, XXXVII-III, núm. 2–, con otras leyes posteriores que han ido promulgándose por el Parlamento catalán en materia de familia y de las cuales hemos dado cuenta en esta revista.

En sus aspectos formales, la ley se compone de 272 artículos –más una disposición adicional, seis transitorias y cuatro finales–, agrupados en ocho títulos que se ocupan de disciplinar los efectos del matrimonio, los regímenes económicos matrimoniales, los efectos de la nulidad, separación y divorcio, la filiación, la adopción, la potestad del padre y la madre, la tutela y los alimentos.

Aunque con carácter general se mantiene la normativa refundida, existen algunas novedades de interés, entre las cuales pueden citarse la eliminación de la dote y de otras instituciones tradicionales relativas al régimen económico matrimonial, la previsión relativa a la intervención facultativa de determinados familiares en sustitución del Juez –para desacuerdos ocasionales de los cónyuges–, o la obligación de contribuir al levantamiento de cargas familiares de todos los que viven bajo un mismo techo.

En relación con la compensación económica por el trabajo desinteresado de un cónyuge, prevista en el artículo 1438 del Código Civil y en la Ley catalana 8/1993, de 30 de septiembre, de modificación de la Compilación en materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges, se establecen dos particularidades: la reclamación, que es compatible con los demás derechos del cónyuge acreedor, ha de hacerse en el primer procedimiento en que se solicite la nulidad, separación o divorcio –o en el trámite de ejecución civil de nulidad canónica–, y además en dichos procedimientos puede pedirse la división de los bienes comunes de ambos cónyuges.

El período previsto para impugnar la paternidad pasa a ser de dos años desde el descubrimiento de las pruebas o las demás circunstancias previstas en la citada ley.

En relación con la tutela se siguen las pautas introducidas por las Leyes 39/1991, de 30 de diciembre, de la Tutela e Instituciones Tutelares –presentada en las páginas de Información Legislativa, XLV-II, núm. 1–. No obstante se suprime la figura del protutor, se perfila el sistema de rendición de cuentas de la tutela y se crea el Consejo de tutela, que sustituye en algunos casos a la intervención judicial, pudiendo autorizar determinados actos, y que puede constituirse en la tutela deferida por el propio tutelado o por sus padres. Además, se cambia la denominación

del Registro de Tutelas y Autotutelas por el de Registro de Nombramientos Tutelares no Testamentarios.

11. **UNIONES ESTABLES DE PAREJA. Se procede a su regulación en Cataluña**

Ley del Parlamento de Cataluña 10/1998, de 15 de julio («BOE» del 19 de agosto).

Resulta más que dudosa la competencia del Parlamento catalán para promulgar una norma como la presentada, ya que ni esas situaciones se regulaban en la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña, ni el propio legislador autonómico considera que se trate de instituciones incardinables en el Derecho de Familia o de Sucesiones –buena prueba de ello es que las situaciones reguladas han quedado fuera del Código de familia, presentado en estas mismas páginas de información legislativa–. Claro que en el actual panorama socio-político quizá resulte un poco ingenuo plantear esta cuestión –resuelta por el legislador autonómico con genérica invocación de las competencias de derecho civil que corresponden a la Generalidad–, sobre todo si consideramos la rotundidad con que el Legislativo catalán viene expresando su convicción de que todas las materias de Derecho Civil no reservadas expresamente al Estado por el artículo 149 de la Constitución son competencia autonómica, con interesado olvido del juego regla-excepción que se contiene en el artículo 149.8.^a sobre la competencia estatal en dicha materia.

En cuanto a su estructura, la ley está dividida en dos capítulos que se ocupan, respectivamente, de la unión estable heterosexual y homosexual. El legislador ha tenido en cuenta que la pareja heterosexual no quiere contraer matrimonio, mientras que la homosexual no puede, y que la primera puede engendrar descendencia biológica y la segunda no, de manera que estas diferencias se ponen de manifiesto en los aspectos relativos al reconocimiento de ciertos derechos sucesorios en favor del conviviente supérstite –que se contempla exclusivamente en relación con las uniones homosexuales–, y en la pensión y régimen de guarda y visita relativos a los hijos comunes –regulados sólo en las uniones heterosexuales.

También existe diferencia en la adopción conjunta –que sólo se contempla en relación con la pareja heterosexual–, y en la constitución de la unión estable –que siendo heterosexual puede producirse por convivencia ininterrumpida de dos años, por convivencia con descendencia común, o por voluntad concorde manifestada en escritura pública, en tanto la homosexual sólo puede constituirse por escritura pública.

En los restantes aspectos, las diferencias de régimen jurídico entre unión homosexual y heterosexual desaparecen, contemplándose en parecidos términos las cuestiones relativas a la contribución a gastos comunes –como derecho dispositivo respecto a los pactos de la pareja–, la conservación del dominio, disfrute y administración de sus bienes por cada conviviente, la responsabilidad solidaria frente a terceros por obligaciones derivadas de gastos comunes, la prioridad del conviviente para ser nombrado tutor en caso de incapacitación de su pareja, la obligación de alimentos, los

beneficios respecto a la función pública –relativos a excedencia, permiso y reducción de jornada–, y las causas de extinción de la unión.

En relación con los actos dispositivos sobre la vivienda común y muebles de uso ordinario, la norma establece el mismo tratamiento contemplado en el artículo 1320 del Código Civil para el domicilio conyugal –tanto si se trata de uniones heterosexuales como homosexuales–, aclarando que los actos celebrados sin consentimiento del conviviente no titular –o autorización judicial–, pueden ser anulados por éste dentro del plazo de cuatro años desde que conociera su perfeccionamiento o se inscribieran en el Registro de la Propiedad.

En caso de cese de la convivencia, se prevé el derecho a compensación económica del conviviente que haya trabajado para el hogar común o para el otro, sin retribución o con retribución insuficiente, y siempre que ello ocasionara un desequilibrio patrimonial. Además, cualquiera de los convivientes puede reclamar pensión alimenticia del otro, si la necesita y la convivencia disminuyó su capacidad de obtener ingresos –en caso de pareja heterosexual también si tiene a su cargo hijos comunes en circunstancias que originen dicha disminución–. Los citados derechos han de exigirse en el plazo de un año desde que cesó la convivencia, extinguiéndose la pensión a los tres años del primer pago, por las causas generales de extinción del derecho de alimentos, y desde que el perceptor contrae matrimonio o convive maritalmente –en el caso de la pensión por hijos, cuando la atención a los mismos cesa por cualquier causa o éstos llegan a la mayoría de edad o son emancipados, salvo incapacidad.

Fallecido uno de los convivientes, el superviviente tiene los derechos sobre ropas, mobiliario y ajuar de la vivienda habitual reconocidos al cónyuge en el artículo 1321 del Código Civil. Además, le corresponde el derecho a residir en la vivienda común durante el año siguiente, excepto si contrae matrimonio o pasa a convivir maritalmente con otra persona –tratándose de pareja heterosexual, también tiene derecho a recibir alimentos durante ese año con cargo al patrimonio del premuerto.

Por último *se reconoce el derecho a subrogarse en el arrendamiento de la vivienda*, en los términos establecidos por la legislación de arrendamientos urbanos.

DERECHO REGISTRAL

12. REGLAMENTO HIPOTECARIO. Se modifica su regulación

Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre («BOE» del 29).

a) Exposición:

La finalidad perseguida con la promulgación de este Real Decreto es triple: se trata de adaptar el Reglamento Hipotecario a los Estatutos

Generales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, recopilar las últimas reformas legales con incidencia en la legislación hipotecaria –de las cuales hemos ido dando cuenta en estas páginas–, y regular instituciones y contratos carentes de regulación sustantiva –continuando con la tendencia a convertir el Reglamento Hipotecario en epicentro normativo del Derecho de Cosas, pese a las limitaciones inherentes a su carácter de norma adjetiva y a su insuficiente rango normativo.

Los aspectos más destacables de la modificación presentada –dejando al margen, por cuestiones de espacio, los relativos al estatuto jurídico de los Registradores–, pueden sistematizarse de la siguiente manera:

1.º *Se posibilita la inscripción de los bienes inmuebles y derechos reales de las entidades civiles y eclesiásticas, así como los bienes de dominio público de las Administraciones Públicas, dando una nueva redacción a los artículos 4 a 6 del Reglamento Hipotecario. Además los artículos 4, 17 y 18 actualizan la reglamentación de las adscripciones de bienes a los órganos de las Administraciones públicas y las transferencias de los mismos.*

2.º *En el artículo 11 se establece la regla general de imposibilidad de inscribir los bienes inmuebles y derechos reales de entidades sin personalidad jurídica, así como las excepciones relativas a la posibilidad de inscribir dichos bienes a favor de uniones temporales de empresas –si se acredita su composición y el régimen de administración y disposición sobre tales bienes–, comisiones de acreedores y fondos de pensiones, inversión o titulación de activos. También se contempla la posibilidad de practicar anotaciones preventivas de demanda y embargo a favor de comunidades en régimen de propiedad horizontal.*

3.º *Se permite la inscripción en el Registro Mercantil de las sociedades civiles sin forma mercantil, mediante la disposición adicional de la norma presentada. Quizá habría sido mejor que se admitiera la posibilidad de inscribir sus bienes en el Registro de la Propiedad sin necesidad de la previa inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil, escapando del espinoso debate acerca de la personalidad de la sociedad civil, sobre todo considerando que se admite la inscripción de bienes pertenecientes a entidades cuya carencia de personalidad parece indubitada.*

4.º *En cuanto a la descripción de la finca en el Registro, se prevé la constancia de la referencia catastral «En los supuestos legalmente exigibles». Por lo demás, se prevé la posibilidad de hacer constar la calificación urbanística de la finca –si se aporta cédula, certificación o licencia administrativa–, pero la expresión de su naturaleza sigue moviéndose en la dicotomía rústica-urbana, atendiendo al uso que declara el transmitente y olvidando que tal cuestión carece de trascendencia alguna frente a terceros si contraviene la clasificación derivada del planeamiento –que contempla, como es sabido, tres categorías: urbano, no urbanizable y urbanizable–. Por lo demás, se prevé la posibilidad de que la identificación se complete por incorporación de una*

base gráfica al título inscribible o mediante un sistema de coordenadas geográficas, contemplándose la existencia de aplicaciones informáticas para el tratamiento de esas bases gráficas y su coordinación con las fincas registrales.

5.º *Se procede a una nueva regulación de la inmatriculación de fincas no inscritas y de los excesos de cabida.* En este sentido, resulta sobradamente conocida la ilegalidad en que parecía incurrir el artículo 298 del Reglamento Hipotecario al desarrollar los requisitos para inmatricular mediante título público de adquisición, y en especial la manera de acreditar fehacientemente la adquisición del transmitente. En el fondo se trata de articular la eterna tensión entre la certeza de los derechos publicados y la simplificación de su acceso al Registro, y la nueva redacción del Reglamento Hipotecario sigue priorizando la facilidad de acceso porque, si bien desaparece el acceso directo de los títulos públicos de fecha fehaciente anterior en un año a aquella en la cual se solicite la inscripción, sigue bastando con justificar la adquisición del transmitente mediante documento fehaciente –cuya fecha ya no ha de ser anterior en un año a la de la inscripción–, y siempre que la finca esté catastrada a favor del transmitente o adquirente–. Lo cual viene a consagrar la conocida práctica de redactar dos escrituras simultáneamente, interponiendo un «adquirente fiduciario».

6.º *Los aspectos relativos a la publicidad formal, información registral y asesoramiento,* intentan adaptar la regulación reglamentaria a la reforma operada en la Ley Hipotecaria por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación –a la cual nos referimos en las páginas de Información Legislativa correspondientes al tomo LI, volumen III, disposición núm. 2.

Nada se dice, sin embargo, de la petición en masa de publicidad, regulada por la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de febrero de 1998 –presentada en las páginas de Información Legislativa, LI-II, núm. 6.

Tampoco quedan demasiado claros los aspectos relativos a la manifestación de libros, pues en el párrafo primero del artículo 332 se afirma el deber de efectuarla –si bien restringido a la «parte necesaria» de los mismos–, mientras el párrafo segundo del propio precepto prohíbe el acceso directo, por cualquier medio, a los libros, ficheros o al núcleo central de la base de datos –recuérdese que en la circular mencionada la manifestación de libros parecía referirse a la manifestación de fotocopia de los libros.

Por otro lado, sigue siendo criticable la discrecionalidad concedida a los Registradores para apreciar la concurrencia de interés en los solicitantes de información, interés que, sin embargo, se presume en las personas o entidades que desempeñen una actividad relacionada con el tráfico de inmuebles.

7.º *El contrato de permuta de suelo por obra futura* queda regulado por la nueva redacción dada al artículo 13 del Reglamento Hipotecario –aunque sea con carácter dispositivo–. Según dicho precepto, la contraprestación a la cesión del suelo consiste en «la transmisión actual de pisos o locales del edificio a construir, que aparezcan

descritos en el propio título de permuta conforme a la Ley de Propiedad Horizontal y con fijación de la cuota que les corresponderá en los elementos comunes».

Se configura este contrato como creador de una «especial comunidad entre cedente y cesionario», siempre que se fije un plazo para edificar que no puede exceder de diez años. El cesionario puede otorgar por sí sólo las escrituras de obra nueva y propiedad horizontal si la descripción de los elementos independientes reservados al cedente coincide con la previamente inscrita, pero no gravar ni enajenar esos elementos reservados al cedente sin su consentimiento. Al inscribir la propiedad horizontal, los elementos reservados se inscriben en favor del cedente sin necesidad de acta notarial de entrega.

8.º *El derecho de superficie* se adapta a la legislación urbanística mediante la nueva redacción del artículo 16 del Reglamento Hipotecario. Para ello se incorporan los plazos de duración de 75 ó 99 años –según la condición del dueño del suelo–, y se proclama la adquisición de la propiedad de lo edificado por el concedente al extinguirse el derecho de superficie, según dispone el artículo 289 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana –presentado en estas páginas de Información Legislativa, XLV-III, núm. 6.

Sin embargo, la norma reglamentaria contempla dos peculiaridades de difícil encaje en la norma de rango legal: la posibilidad de prorrogar la situación superficiaria antes de su vencimiento por otro período no superior al máximo legal, y la viabilidad del pacto por el cual el superficiario –transcurrido el plazo– «habría de conservar parte de la edificación, fijándose la cuota que le corresponde y las normas de comunidad por las que se rige el inmueble una vez extinguido el derecho de superficie».

El plazo señalado al superficiario para realizar la edificación no podrá exceder de cinco años –igual que en la redacción anterior del Reglamento Hipotecario–, pero se destaca que el transcurso del mismo no impedirá la inscripción de la declaración de obra nueva «siempre que el régimen del derecho de superficie esté aún vigente e inscrito».

9.º *En relación con el derecho de vuelo o subsuelo*, regulado también en el artículo 16, se exige que en la inscripción consten dos circunstancias adicionales: el número máximo de plantas a construir y el plazo máximo para el ejercicio del derecho –que no podrá exceder de diez años.

10. *Se permite la apertura de folio a las cuotas indivisas de garajes y trasteros* sin necesidad de que exista adscripción de uso a un espacio determinado, al tiempo que se establecen los requisitos necesarios para reflejar esa adscripción cuando concurra –a tal finalidad responde la reforma del art. 68.

11. *La prórroga de los asientos de presentación* de títulos pendientes del despacho de otros anteriores, y los efectos de la subsanación insuficiente dentro de la prórroga, son aspectos revisados y clarificados mediante la nueva redacción dada al artículo 97.

12. *El artículo 144 elimina el requisito de demandar al cónyuge no deudor para embargar bienes gananciales*, quedando claro que basta con notificarle el embargo. Tratándose del embargo de la vivienda habitual perteneciente a un sólo cónyuge, se suprime también la necesidad de dirigir la demanda contra el cónyuge del titular, siendo suficiente que se le notifique el embargo.

13. *El artículo 155, relativo a la anotación preventiva del crédito refaccionario*, prevé la posibilidad de practicarla cuando el objeto de la refacción sea un edificio en régimen de propiedad horizontal, mediante comparecencia del Presidente autorizado por la Junta y aportando certificación de que el presupuesto de la obra ha sido aceptado por la Comunidad. Además, se establece la posibilidad de extender tal anotación a las subvenciones públicas para rehabilitación de edificios urbanos, destacándose que el plazo de vigencia de sesenta días se computará desde el vencimiento del crédito o del plazo previsto en la resolución que otorgue la subvención.

14. *Se contempla la cancelación de los asientos relativos a derechos cuyo ejercicio hubiera de efectuarse en un plazo determinado* —como opciones, tanteos y retractos convencionales—, cuando transcurran cinco años desde su vencimiento sin que exista reflejo registral relativo a su ejercicio, reclamación judicial o modificación. Lo mismo se dispone para la condición resolutoria expresa y la hipoteca, pero adaptando el plazo al establecido para la prescripción de las acciones personales e hipotecaria —quince y veinte años, respectivamente—. Las mencionadas cancelaciones requieren petición expresa del titular registral que no fuera parte en el acto constitutivo del derecho a cancelar.

15. *Se reforma el procedimiento judicial para hacer constar la doble inmatriculación*, estableciéndose la caducidad de la nota expresiva de tal circunstancia si al año de su fecha no se anota la demanda interpuesta en el juicio declarativo que corresponda.

16. *En relación con el recurso gubernativo* las principales modificaciones se dirigen a destacar que el recurso a efectos doctrinales sólo puede ser interpuesto por el Notario autorizante, y a agilizar la tramitación, exigiendo que sea interpuesto ante el Registrador y estableciendo la necesidad de desistimiento expreso para presentar documentos subsanatorios de otros cuya calificación haya sido objeto de recurso.

17. *Otras alteraciones de menor interés* son las que afectan a los libros registrales —entre ellas el cambio de denominación del *Libro de Incapacitados*, que pasa a denominarse *Libro de alteraciones en las facultades de administración y disposición*—, o a la elaboración de la estadística a partir de los Registros de la Propiedad.

b) Comentario:

Con independencia del interés que plantean todas las materias reguladas por la norma objeto de presentación, creemos oportuno realizar algún apunte sobre los siguientes aspectos en concreto:

1. *En relación con la permuta de solar por obra futura*, y además de señalar las dudas que plantea admitir que tal contrato sea regulado

mediante una reforma del Reglamento Hipotecario, la perplejidad comienza desde la misma definición de la prestación del cesionario del suelo como «transmisión actual de pisos o locales del edificio a construir, que aparezcan descritos en el propio título de permuta conforme a la Ley de Propiedad Horizontal», porque, ¿cómo afirmar la transmisión actual de una cosa futura? Claro que quizá lo que se transmite es el folio registral abierto por anticipo a pisos aún no construidos mediante una laxa interpretación de los apartados 4 y 5 del artículo 8 de la Ley Hipotecaria. Con ello se incrementan los problemas relativos a la base física de la finca registral y la creciente contaminación del folio registral por derechos cuya dudosa naturaleza jurídico-real es señalada por Díez-Picazo —en *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, tomo II, 1978, p. 131.

En cuanto a la «especial comunidad» que se constituye entre cedente y cesionario, además de las dudas que inspira la mera posibilidad de establecer comunidades especiales por vía reglamentaria, resulta criticable que no se diga claramente cuál es el objeto de dicha comunidad —suponemos que se trata del solar—, ni si esa situación especial supone participación de cedente y cesionario en gastos, responsabilidades o ejecución material de los elementos comunes del edificio futuro.

De todos modos los problemas planteados por la regulación reglamentaria de la permuta de piso por obra no son más que una específica manifestación de los equilibrios intentados por la doctrina y la jurisprudencia para paliar la deficiente regulación legal de la situación jurídica en que se encuentra el adquirente de pisos en construcción —mero acreedor sin privilegio—, mediante su anticipada conversión en propietario a los efectos que le sean favorables.

Más concretamente, la regulación que estamos comentando intenta articular la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado —orientada a admitir la inscripción de la comunidad sobre una finca junto con los pactos sobre la distribución de la edificación proyectada—, con la posibilidad de que el cesionario y constructor otorgue por sí sólo el título constitutivo —presumiendo la autorización del cedente y «comunero» salvo pacto expreso—, y la protección de los derechos de este último ante eventuales abusos del cesionario en el ejercicio de esa autorización.

Al exigirse que consten en el título de permuta la descripción de los pisos o locales del cedente y la cuota que les corresponderá en los elementos comunes, y al vincularse la facultad del cesionario para otorgar por sí sólo las escrituras de declaración de obra nueva y propiedad horizontal a la exacta coincidencia de la descripción relativa a aquellos elementos, el Ejecutivo ha considerado que esos derechos del cedente están suficientemente salvaguardados.

Sin embargo, los derechos del cedente pueden verse afectados en igual o mayor medida por la misma definición de los elementos que tendrán la consideración de comunes hecha en el título constitutivo. Teniendo en cuenta estas consideraciones resulta más difícil compartir el criterio de la norma presentada, que además puede contradecir la jurisprudencia relativa al otorgamiento unilateral del título por el pro-

motor que ya inició las ventas –glosada por Gómez Calle en su trabajo «La significación del título constitutivo en el régimen de la propiedad horizontal», publicado en el tomo XLV, fascículo IV, de esta revista.

2. *En cuanto a la duración del derecho de superficie*, y aun prescindiendo de la vulneración del artículo 289.3 del Texto Refundido de 1992 que puede suponer la posibilidad de prorrogar la situación superficiaria, resulta especialmente curiosa la previsión del pacto por el cual el superficiario conservará parte de la edificación al finalizar el usufructo.

El citado pacto resulta similar al contemplado en la anterior redacción del artículo que estamos comentando, que permitía pactar la retención de toda la edificación. A pesar de que la legislación urbanística parecía imponer la adquisición de la propiedad de lo edificado por el dueño del suelo al extinguirse el derecho de superficie, la norma reglamentaria podía justificarse desde el entendimiento de que existían dos tipos de derechos de superficie y que el artículo 16 del Reglamento Hipotecario se refería al civil –aunque parece más lógica la posición doctrinal que defendía la aplicación de la norma urbanística a todo derecho de superficie orientado a edificar, como destaca Cámara Águila en «El derecho de superficie urbano: una aproximación a su configuración unitaria o dual», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 648, 1998, p. 1643–, y como ya se deducía del clásico trabajo de Gullón Ballesteros, *La superficie urbana*, Sevilla, 1960.

Por otro lado el Reglamento no especificaba el concepto en que podía pactarse la retención de la propiedad de la edificación por parte del superficiario, existiendo la duda acerca de si podía hacerse sólo en ese mismo concepto de superficiario –y hasta que la edificación se arruinase–, como titular de un derecho de vuelo perpetuo –dando lugar a una separación vertical de dominios que ya había sido admitida por la doctrina de la Dirección General de Registros y Notariado en resolución de 5 de febrero de 1986–, o como propietario pleno de parte del edificio y de la parte correspondiente del suelo.

La modificación del Reglamento Hipotecario otorga un tratamiento unitario al derecho de superficie, pero mantiene la posibilidad de ese pacto de retención. La limitación de esa posibilidad a «parte del edificio» no parece suficiente, sobre todo si se considera que no limita cuantitativamente la parte que el superficiario puede retener. Tampoco aclara el concepto de esa retención, previendo sólo la necesidad de que se fije la cuota que corresponde a esa parte del edificio y las normas de la comunidad por las que se rige el inmueble –pero ¿comunidad sobre el suelo y el edificio, sobre el vuelo y no sobre el suelo, o sólo sobre el edificio y mientras éste no desaparezca?

Si la conservación por el superficiario de «parte del edificio» se produce a título de dueño pleno y perpetuo, y si esa parte se aproxima al todo, se corre el riesgo de desnaturalizar el derecho de superficie como derecho real limitado y en cosa ajena: porque difícil es tener como «propietario» a quien, tras 99 años de soportar la edificación superficiaria, sólo va a recibir una plaza de garaje –ya que se pactó que la otra parte del edificio la conservaría el «superficiario».

3. *La limitación del plazo que se otorgue al superficiario para edificar* merece una atención especial: puede ser cierto que en el plano sus-

tantivo el mencionado plazo no puede ser ilimitado –porque dejaría el derecho del propietario en manos del superficiario–, y también que del artículo 9 de la Ley Hipotecaria se derive la necesidad de su constancia expresa en el título constitutivo, a efectos de inscripción. Pero no parece nada evidente que ese plazo pactado haya de ser inferior a cinco años, como sigue disponiéndose en el artículo 16 del Reglamento a pesar de la reforma.

Tampoco la coordinación de la normativa registral con el Ordenamiento urbanístico nos llevaría a ese plazo de cinco años –a diferencia de lo que ocurría durante la vigencia de la Ley del Suelo de 1956, que imponía ese plazo a la superficie otorgada por personas públicas–, puesto que, según la interpretación del artículo 289.1 del Texto Refundido de 1992 que estimamos más correcta –una vez declarada la inconstitucionalidad del art. 35.1 del citado texto legal por la STC 61/1997–, el derecho de superficie se extingue si no se edifica en el plazo establecido por el planeamiento vigente.

Además, esa coordinación con el Ordenamiento urbanístico sería imposible, porque ni el planeamiento establecerá directamente el plazo para edificar –en todo caso suele establecer un término para pedir licencia, siendo ésta la que fija los plazos de iniciación, interrupción y finalización de la actividad edificatoria–, ni la extinción del derecho es un efecto automático vinculado al transcurso de ese plazo –sino a la actuación administrativa que someta la parcela a expropiación o venta forzosa.

Así se demuestra con rotunda claridad en la Ley de la Asamblea de Extremadura 9/1998, de 26 de junio, del impuesto sobre suelo sin edificar –presentada en estas mismas páginas con el núm. 8–, según la cual incumplir el plazo establecido para edificar no extingue el derecho madre ni, por tanto, el del superficiario, sino que constituye el hecho imponible de tal impuesto, cuyo sujeto pasivo es, según el artículo 6.1, el propietario, usufructuario con facultad de disponer o titular de un derecho de superficie.

Si el plazo máximo de cinco años no es una exigencia del principio de especialidad, y tampoco de una imposible articulación con la normativa urbanística, ¿cuál es el fundamento para su imposición en una norma reglamentaria? Hemos de confesar que lo ignoramos, pero probablemente será el mismo que permite al Ejecutivo señalar un plazo máximo de diez años para el ejercicio del derecho de vuelo.

Tampoco resulta fácil entender la previsión relativa a la posibilidad de inscribir la declaración de la obra nueva aunque haya transcurrido el plazo pactado entre concedente y superficiario y «Siempre que el régimen del derecho de superficie esté aún vigente e inscrito». Porque el problema no es tanto la inscripción de la obra nueva, sino quién está legitimado para instarla.

Es evidente que si la Administración promueve la venta forzosa o expropiación, se extingue el derecho-madre y el del superficiario. Pero parece obvio que el adjudicatario podrá completar la edificación e inscribir la obra nueva terminada o en construcción. También parece claro que el concedente, una vez acreditado el transcurso del plazo pactado

en el título de constitución del derecho de superficie e instada la cancelación del mismo, podrá edificar o concluir la edificación comenzada por el superficiario y solicitar la declaración de obra nueva –siempre que concurren los requisitos legales para ello–. Cabe concluir, por tanto, que el artículo 16.1.c) quiere decir que no puede rechazarse la inscripción de la declaración de obra nueva terminada o en construcción y solicitada por el superficiario, sobre la única base de que ha pasado el plazo pactado para edificar. Se necesita la previa cancelación de su derecho, promovida por el dueño o por la Administración, con independencia del destino que haya de corresponder en su momento a la titularidad de lo edificado.

4. *Las previsiones sobre cancelación de derechos*, contenidas en el nuevo artículo 177, responden a la evidente necesidad de «limpiar» el folio de derechos sobre los cuales existe una fuerte sospecha de extinción, por criticable que resulte que este problema se aborde mediante un texto reglamentario. Sin embargo, tampoco ahora es sencillo determinar el alcance de la solución adoptada, sobre todo si consideramos que el preámbulo del Real Decreto la relaciona con el principio de inoponibilidad respecto de terceros de lo no inscrito.

Puede entenderse que «lo no inscrito» es el acto interruptivo de la prescripción o caducidad, y que precisamente por ello la solicitud de cancelación sólo puede plantearse por el «titular registral que no fue parte en el acto constitutivo del derecho a cancelar». Pero, aun admitiendo el amplio concepto de tercero que ello supone, parece que la inoponibilidad de lo no inscrito se refiere a los derechos y nunca a las causas interruptivas de su prescripción: porque la Ley presume la existencia del derecho inscrito –art. 38 de la LH–, y su subsistencia hasta que sea cancelado –art. 97 del propio texto legal–. Según esta última perspectiva, y pese al confuso tenor del preámbulo comentado, el juego de la fe pública en su vertiente negativa sólo podría alegarse por quien adquiera del titular registral que obtuvo la cancelación, pero nunca por el tercero que adquirió estando vigente el asiento: éste sólo estaría legitimado para instar la cancelación.

DERECHO MERCANTIL

13. **INSTITUCIONES DE INVERSIÓN COLECTIVA. VIVIENDAS DE PROTECCIÓN OFICIAL. Se modifica la regulación de las primeras y se autoriza la cesión de créditos relativos a las segundas**

Ley 20/1998, de 1 de julio («BOE» del 2).

En cuanto a las sociedades y fondos de inversión inmobiliaria, los aspectos concretos afectados por la reforma se refieren a la posibilidad

de que se efectúen aportaciones en especie, se adquieran inmuebles no terminados, y se arrienden los inmuebles a los socios y partícipes –todo ello en las circunstancias que se determinen reglamentariamente–. También se contempla la posibilidad de que se flexibilicen por vía reglamentaria los plazos para alcanzar los coeficientes de inversión obligatoria en inmuebles, permitiendo a estas entidades aplicar el tipo del 1 por 100 en el Impuesto sobre Sociedades si la inversión en viviendas alcanza el 50 por 100 del activo, e invertir en residencias universitarias y de la tercera edad. Además, se reduce a tres años el plazo de mantenimiento de los inmuebles en su patrimonio.

En lo relativo a la autorización para que el Estado enajene los créditos hipotecarios cuyo titular es la Administración General del Estado, derivados de las ayudas y créditos directos, debe destacarse que quizá esta norma-medida no debería figurar en un texto cuyo contenido no guarda relación alguna con las viviendas de protección oficial –aunque en sentido amplio se refiera al mercado hipotecario–. Por lo demás, la medida en cuestión pone de manifiesto la dejadez de todas las Administraciones públicas en el momento de cobrar unos créditos otorgados con fondos públicos que, tras las más variadas vicisitudes, acabarán cediéndose al mismo sector privado que ya venía gestionando su cobro mediante concesión y con escasa eficiencia.

DERECHO PROCESAL

14. PODER JUDICIAL. Se reforma la Ley Orgánica del Poder Judicial

Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio («BOE» del 14).

Mediante esta disposición se adapta la regulación contenida en la Ley Orgánica del Poder Judicial a las reformas competenciales introducidas por la Ley 29/1998, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa y presentada en estas mismas páginas de Información Legislativa con el núm. 15.

15. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. Se sustituye su Ley reguladora

Ley 29/1998, de 13 de julio («BOE» del 14).

La norma presentada pretende hacerse eco de los cambios experimentados en la sociedad española desde la promulgación de la anterior Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, resol-

viendo aspectos tan importantes como el control de la inactividad y de la actuación material de la Administración –vías de hecho–, o la posibilidad de adoptar medidas cautelares que aseguren la eficacia del proceso, intentando lograr el siempre difícil equilibrio entre la agilización del proceso y la tutela de los derechos de los justiciables.

Todo ello supone una ampliación del ámbito competencial de la jurisdicción contencioso-administrativa, que se extiende también a los actos materialmente administrativos, aunque emanen de órganos públicos que no forman parte de la Administración, y a los actos separables de preparación y adjudicación de contratos sujetos a la legislación de contratos de las Administraciones públicas –aunque su ejecución se desarrolle con aplicación de las normas del Derecho privado.

En relación con ese ámbito competencial, merece una atención especial la atribución de competencia a esta jurisdicción para conocer de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, que no podrán ser demandadas ante los órdenes jurisdiccionales civil o social cualquiera que sea la actividad o tipo de relación de que derive esa responsabilidad.

Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, éstos vienen también legitimados pasivamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa, según se dispone expresamente en la nueva redacción dada al artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio –presentada en estas mismas páginas de Información Legislativa con el núm. 14.

La nueva regulación resuelve el problema del perjudicado que duda acerca de si la responsabilidad incumbe a la Administración o al concesionario –ya que puede demandar a ambos ante la jurisdicción contencioso-administrativa–, pero no el grupo de casos planteado por la que consideramos mejor doctrina en la materia y representado por el ejemplo del dueño de un automóvil que lo encuentra en el fondo de un socavón mientras a un lado de la calle un particular ejecuta una obra privada y al otro actúa un concesionario contratado por el Ayuntamiento para realizar una obra pública.

Si nuestro perjudicado ha de demandar a cada uno ante un orden jurisdiccional diverso –como todavía parece inevitable–, existe el riesgo de que las respectivas sentencias firmes establezcan que la imputación objetiva del daño corresponde al sujeto demandado ante la otra, incurriendo en evidente contradicción –*vid.*, en este sentido, PANTALEÓN, «Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: sobre la jurisdicción competente», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 91, julio-septiembre de 1996, p. 408.

En cuanto a la posibilidad de recurrir contra la inactividad de la Administración, prevista para los supuestos en que venga obligada a realizar una prestación concreta en virtud de una disposición general que no precise actos de aplicación, o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, destaca la exigencia de que la prestación administrativa sea concreta –quizá en el sentido de que su deber de prestar

no admite duda—. En otros supuesto resultará aplicable el régimen del silencio administrativo, que, siendo negativo, se sustanciará en la impugnación de la desestimación presunta. Sin duda, el legislador no ha querido unificar ambos mecanismos para evitar el sometimiento del administrado a dos procesos judiciales: uno para que la Administración sea condenada a resolver expresamente, y otro para impugnar el contenido de esa resolución.

OTRAS DISPOSICIONES

16. **SERVICIOS POSTALES. Se procede a la liberalización del sector y establecimiento del servicio postal universal**

Ley 24/1998, de 13 de julio («BOE» del 14).

Aprovechando la ocasión representada por la adaptación de nuestro Ordenamiento a la Directiva Comunitaria 97/67, la norma presentada procede a regular este sector, buscando el equilibrio entre la liberalización y el establecimiento de un servicio postal universal que garantice el derecho de todos a acceder a las comunicaciones postales a un precio asequible. Entre sus aspectos más destacables pueden citarse los siguientes:

Los servicios comprendidos en el universal, y atribuidos en exclusiva al operador que tiene encomendada su prestación, están sometidos a tarifa oficial que tiene la consideración de tasa. Los no comprendidos en el universal, así como los comprendidos pero no reservados en exclusiva al operador que tiene encomendada la prestación de dicho servicio, pueden prestarse mediante la previa obtención de una autorización administrativa general o singular, y sus precios pueden fijarse libremente en régimen de mercado.

La ley remite a la regulación reglamentaria los aspectos relativos a la responsabilidad en la que incurrirán los operadores postales en caso de destrucción o extravío de los envíos o incumplimiento de las condiciones de prestación de los servicios, imponiendo sólo que se reconozca a cualquier usuario, si procediere, el derecho a obtener la oportuna indemnización.

Tratándose del operador al que se encomienda la prestación del servicio universal y de envíos entregados en régimen de certificado o de valor declarado, el artículo 21 establece la responsabilidad de la adecuada prestación salvo en caso de fuerza mayor, remitiendo al Gobierno la fijación de la cuantía máxima de la indemnización por pérdida o deterioro de los envíos certificados, así como las cantidades mínimas y máximas en las que podrán asegurarse los envíos en régimen de valor declarado.

La resolución de controversias entre operadores y usuarios puede someterse a las Juntas Arbitrales de Consumo. En otro caso, la compe-

tencia para resolverlas no se atribuye a la jurisdicción ordinaria sino al órgano del Ministerio de Fomento que se determine reglamentariamente, pudiendo impugnarse la resolución que dicte ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Se contempla también un completo régimen de obligaciones y derechos del operador al que se encomienda la prestación del servicio universal, pudiendo destacarse la atribución de la condición de beneficiario en expropiaciones forzosas para la realización de todas las obras e instalaciones precisas para la prestación del servicio universal –que se sujetarán al procedimiento especial de urgencia–, y el derecho de entregar notificaciones de órganos administrativos y judiciales con constancia fehaciente en su recepción –los demás operadores pueden realizar estas notificaciones en el ámbito no reservado, pero sus efectos se remiten a las normas del Derecho privado.

Además, se contiene un completo régimen sancionador, previéndose entre las medidas cautelares que pueden adoptarse la detención de los envíos postales para su examen, la clausura de las instalaciones en que se vengán ejerciendo las actividades o el precintado de los medios utilizados, durante el plazo máximo de un año.

17. ISLAS BALEARES. Se regula su régimen económico especial

Ley 30/1998, de 29 de julio («BOE» del 30).

La presente norma establece un conjunto de medidas orientadas a corregir las desventajas derivadas de la insularidad. El contenido principal de la ley se orienta al incremento de las compensaciones por los costes de transportes y comunicaciones, establecimiento de un órgano de colaboración del Servicio de Defensa de la Competencia –para el eficaz tratamiento de las prácticas oligopolísticas propias de un mercado reducido–, regulación de un concepto retributivo por los costes específicos de producción de energía eléctrica –para garantizar precios similares a la media estatal–, priorización de inversiones en infraestructuras específicas, y previsión de compensaciones en materia educativa y sanitaria.

Además, se contemplan toda una serie de normas programáticas, orientadas a imponer al Gobierno del Estado y al Gobierno de las Islas Baleares la adopción de medidas para los problemas planteados por los recursos hidrológicos y el tratamiento de residuos –financiando el transporte de estos últimos a otras islas o a la península–. También se prevé la necesidad de superar el carácter estacional del principal ingreso de las Islas, imponiendo el establecimiento de medidas más o menos concretas y orientadas al fomento de fuentes de renta compatibles con el medio ambiente como la agricultura, la pesca artesanal, la acuicultura, y actividades industriales consideradas de interés especial –Parque Balear de Innovación Tecnológica y áreas de servicios aeronáuticos–, todo ello sin olvidar el mantenimiento de las industrias tradicionales –mediante la previsión de un régimen fiscal favorable y la programación de activida-

des formativas en temporada baja-, o el desarrollo de una oferta turística complementaria.

18. INSPECCIÓN DE TRIBUTOS. Se modifica su Reglamento General

Real Decreto 1930/1998, de 11 de septiembre («BOE» del 12).

La presente disposición ha sido promulgada para adaptar la regulación reglamentaria del procedimiento sancionador tributario a los principios contenidos en el artículo 77 de la Ley General Tributaria y a los incorporados por la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes –presentada en las páginas de Información Legislativa, LI-II, núm. 8.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis-Humberto: *La causa del contrato*, Studia Albortotiana, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1998, 319 pp.

Desde hace más de quince años, el profesor Clavería ha venido trabajando en el complejo, confuso y polémico tema de la causa del contrato, sobre el que ha publicado, a lo largo de estos años, cinco trabajos, que se absorben, amplían y corrigen en la presente monografía, que es acaso la obra más extensa y documentada que se ha escrito en nuestra literatura, e incluso en la europea, si descontamos el apéndice jurisprudencial del clásico estudio de Henri Capitant. Escrita en un lenguaje claro y ameno, no exento de un punto de humor, la obra se divide en dos partes, una sobre el concepto de causa y otra relativa a la figura de la causa en el régimen jurídico general del contrato, pero es de un contenido notablemente más amplio puesto que, en realidad, se inicia con un *Preámbulo* concerniente a los fines y los métodos del trabajo y a la importancia y complejidad de la figura estudiada, a la vez que culmina con dos *Epílogos*, que se refieren, respectivamente, al Derecho anglosajón —en el que el autor critica el anticausalismo de James D. Gordon y de Mark B. Wessman— y a todos los ordenamientos causalistas, en concreto, el francés, el italiano y el español. A esto se une una bibliografía muy completa de obras españolas y extranjeras y unos útiles índices, no sólo los habituales de normas y de sentencias, sino de autores y de materias, que en las monografías recientes lamentablemente casi han desaparecido.

Antes de intentar llamar la atención sobre los aspectos más destacados de este libro, conviene que precisemos las premisas básicas de las que parte el autor. A nuestro modo de ver, estas premisas son, en síntesis, las seis siguientes: 1) el contrato consiste en el consentimiento sobre la causa manifestado mediante una forma; 2) no debe confundirse la causa individual de cada obligación con la causa común del contrato, que es además el título de la respectiva tradición y la justificación de los correspondientes desplazamientos patrimoniales; 3) la causa es el instrumento técnico que permite al ordenamiento controlar el contenido del contrato y al Juez verificar en cada caso si lo acordado por los contratantes merece ser protegido y, por tanto, válido y eficaz, debiéndose descartar, por ello, el anticausalismo; 4) debe prevalecer la teoría subjetiva de la causa, con arreglo a la que se trata del fin o función económica y social concreta que los contratantes persiguen con el singular contrato que celebran, lo que incluye también los motivos explicitados y consentidos, y es incompatible con la teoría objetiva, según la cual se trataría de la causa típica de cada modelo contractual; 5) la falta de causa y su ilicitud, que comprende tanto la causa y como los motivos contrarios a la ley imperativa y al orden público, determinan la nulidad del contrato, sin que se confunda con la resolución por hechos sobrevenidos, ni la causa falsa con la falsedad de la causa y otras pretendidas irregularidades atinentes a la misma, cuya fenomenología abarca también los negocios simulados, los fiduciarios y los realizados en fraude de ley; 6) no existe en el Derecho español la abstracción causal, ni en el reconocimiento de deuda, ni en los documentos mercantiles.

Para el desarrollo de estas premisas, el autor comienza por plantear el problema a que se ha enfrentado siempre la causa, que es la represión de pactos en

sí mismos lícitos, pero que, combinados, deben resultar ineficaces; es el caso, ya contemplado en las *Partidas* (5.14.47), del pacto de pagar un precio a cambio de no robar, matar, cometer sacrilegio o adulterio, es decir, a cambio de cumplir con un deber legal o, en su caso, convencional preexistente (p. 24). Problema que se encuentra tanto en los ordenamientos de tradición romanista, en especial el francés, como en los anglosajones, y que está en la base del concepto legal de causa que contiene el artículo 1274 CC, precepto que, a juicio del profesor Clavería, es más inútil que incorrecto (p. 28), dado que, aparte de su deficiente redacción, debe ser complementado, para reconstruir el mencionado concepto, con la primera parte del artículo 1275 CC, que pertenece ya al régimen jurídico de nuestro instituto; por eso, ambas normas, aunque sean de diferente índole, se deben estudiar conjuntamente.

Merece una especial atención el amplio y pormenorizado recorrido por los antecedentes históricos del primer precepto citado, que puede ser enriquecido con la nueva perspectiva crítica que nos ofrece James Gordley en su interesante obra, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, de reciente publicación (Oxford, 1991). Dicho recorrido empieza por las heterogéneas fuentes romanas, pasa por diversos y dispersos fragmentos del Código alfonsoino y se detiene en los principales textos de Domat y de Pothier, que constituyen, para el autor, los precedentes básicos del régimen de la causa en el Derecho español (p. 34).

En cuanto al primero de estos autores, el profesor Clavería deduce de sus textos la existencia de un concepto unitario de causa de la obligación —no del contrato— que consiste en el fundamento y el motivo del vínculo de quien se obliga; en defensa del viejo autor jansenista, se opone con razón a las críticas que expresa, por ejemplo, Luis Díez-Picazo, sin olvidar los aciertos de este gran maestro, que el propio Clavería justamente resalta (p. 39, n. 29), pues es claro, a su juicio, que tal concepto se desprende con facilidad de la serie de ejemplos que Domat propone, tanto de contratos bilaterales u onerosos como de contratos unilaterales o gratuitos (p. 41), si bien hay que reconocer que no sólo confunde las fuentes romanas al conferir un carácter general a las propias de los contratos innominados, sino que su enfoque del problema recuerda más las preocupaciones de la escolástica tardía que las del iusrracionalismo moderno.

Son conocidos los textos fundamentales de Pothier al respecto puesto que los encontramos hoy copiados casi literalmente en los artículos 1089, 1274 y 1261 CC. De estos textos resulta claro que la causa es siempre el motivo o el fin, que vienen a ser psicológicamente lo mismo, de la actuación concreta de cada contratante que se obliga, pero no es seguro que para el autor francés se trate de la causa del contrato y no solamente de cada obligación. El profesor Clavería se inclina a favor de la primera interpretación, pues, aunque los textos no son explícitos, tal interpretación es la que se deduce de ellos. Así, nos recuerda que, en caso de falta de causa o de causa falsa, según Pothier, «l'engagement est nul, et le contrat que le renferme est nul»; y de aquí infiere, en especial de la palabra *renferme*, que el texto alude a la causa del contrato que encierra la obligación o, más precisamente, del «contrato como causa» (p. 47) «o, para ser más exactos, siendo el contrato sobre el que recayó el consentimiento la causa de los vínculos y de las atribuciones subsiguientes» (p. 50 y también 103-104). Sin embargo, dado que la expresada palabra francesa quiere decir, además, contiene o comprende, el texto puede entenderse igualmente referido a la causa como origen o fuente de la que nace la obligación, en términos semejantes al artículo 1089 CC, de modo que la causa sería, para Pothier, un elemento esencial de cada obligación, pero no del contrato globalmente considerado, como dan a entender, por lo demás, las frases del profesor Clavería que acabamos de transcribir. Esta segunda interpretación nos parece

más verosímil por no estar contaminada de esa especie de obsesión que representó el consensualismo, que es posterior a Pothier y se difundió a lo largo del siglo XIX al compás del desarrollo capitalista y de la libertad contractual; obsesión a la que permaneció ajeno, por otra parte, el Derecho anglosajón, en el que la *consideration*, como recuerda nuestro autor, se predica de la *promise* y no del contrato como un bloque (p. 272), lo que constituye una diferencia importante respecto de nuestro Derecho.

Con todo, es esta concepción subjetiva y concreta de la causa la que mantiene el profesor Clavería, con lo que nos invita, de esta manera, a un saludable retorno a los textos clásicos. Desde esta concepción, continúa su recorrido crítico por los antecedentes de nuestro Código y examina, en primer término, el régimen del influyente Código francés, así como las tres corrientes de la doctrina francesa decimonónica, a saber: la anticausalista, que identifica causa y objeto del contrato; la causalista, que se esfuerza por diferenciar una y otro, y en fin, la causalista que distingue la causa inmediata y típica y el motivo remoto e individual de cada contratante, que se estima, por regla general, irrelevante (p. 56). Recorrido que termina, en rigor, con los datos normativos del Código italiano derogado, el Proyecto de 1851, el Anteproyecto de 1882-1888 y el vigente Código italiano; estos últimos, como señala nuestro autor, que no en vano completó su formación en la Universidad de Bolonia, «sirvieron de inspiración a construcciones doctrinales italianas que, trasplantadas a España desde los años cincuenta, determinaron las tendencias jurisprudenciales de nuestro Tribunal Supremo, que las utilizó para interpretar y aplicar nuestro artículo 1275» (p. 68). Lo que se debe resaltar, no sólo porque se deforman así nuestras normas, sino porque se pueden importar de forma acrítica construcciones erróneas, como sucede en este caso y en tantos otros.

Tras estos antecedentes, entramos en la parte dogmática propiamente dicha, que se inicia con una lúcida síntesis de las diferentes teorías sobre la causa (pp. 69-70) y un inteligente estudio de las dos obras fundamentales sobre el tema, la de Henri Capitant, que el profesor Clavería comparte en lo esencial, y la del anticausalista Jean Dabin, que critica con agudeza y rigor (pp. 70-74). Esta parte se despliega a través del examen de la doctrina contemporánea francesa e italiana, de corte predominantemente objetivista, con una indicación de la literatura alemana (pp. 78-79, n. 126), para desembocar en la exposición de nuestra doctrina y jurisprudencia. En cuanto a la primera, el profesor Clavería lleva a cabo un estudio completo y exhaustivo de las opiniones de más de veinticinco autores, destacando sus afinidades con los partidarios de la causa subjetiva y concreta, tales como Massimo Bianca, Federico De Castro, José Luis De los Mozos, Luis Díez-Picazo y su maestro Juan Jordano Barea (pp. 80-94, 110 y 114); y por lo que respecta a la segunda, realiza un estudio selectivo de más de una cincuentena de sentencias –67 para ser exactos– poniendo de relieve que para el Tribunal Supremo, en la práctica, la causa es a la vez la función social correspondiente al tipo contractual y el móvil, lícito o ilícito, admitido por los contratantes, la cual se vincula con la esencia del contrato, la articulación de las prestaciones entre sí, o la inmoralidad o irregularidad de la operación en su conjunto (p. 99).

De acuerdo con todo lo anterior, a juicio del profesor Clavería, «la causa es la función que desempeña el contrato concreto de que se trate» (p. 111); consiste en el fin subjetivo de cada contrato, no en el del tipo legal configurado por la ley; se materializa en el contenido del contrato, aunque no en el clausulado, y es unitaria, pues, «además de actuar como causa eficiente y como fuente de las obligaciones producidas y de justificación de las tradiciones y de las atribuciones patrimoniales que acaezcan, es una función económico-social (a veces coincidente con el tipo legal, a veces no del todo) que comprende, cuando lo

haya, un motivo determinante» (p. 114). «*En definitiva* –nos dice literalmente–, *causa* será la *función concreta querida efectivamente por los autores del negocio*» (pp. 113-114).

Son de gran interés las puntualizaciones del autor sobre las figuras próximas o afines a la causa en nuestro Derecho. Así, entre otras observaciones, afirma que no bastan las normas imperativas, sino que su existencia es necesaria para poder declarar la nulidad del contrato por ilicitud de la causa en casos de motivo impulsivo inmorales o ilegales, o en los casos en que la función pactada no sea amparable por el ordenamiento, a pesar de la licitud de las prestaciones, si bien la causa ilícita suele ir acompañada de objeto, cláusulas o condiciones también ilícitas, o de estipulaciones ocultas bajo mecanismos simulatorios o fraudulentos (p. 115). Por otra parte, estima que no cabe la ilicitud sobrevenida, por lo que supuestos tales como el contemplado por la STS de 30 de diciembre de 1985, se deben reconducir a la resolución por imposibilidad de cumplimiento, sin que sea relevante, a estos efectos, la influencia continuada de la causa, o la llamada causa funcional, en la relación obligatoria que brota del contrato (p. 119). Además, entiende que no constituyen supuestos de falta de causa los casos causa putativa y de error en el motivo, sino que estos casos forman parte de la llamada falsedad de la causa prevista por el artículo 1301 CC, como veremos más adelante (p. 125). Finalmente, advierte que hay irregularidades de la causa en los negocios simulados, en los fiduciarios, los indirectos y los fraudulentos, que, aun sin pertenecer a la doctrina de la causa en sentido estricto, se examinan pormenorizadamente en la segunda parte de la obra (pp. 131 y 137).

En esta parte el profesor Clavería se ocupa, como sabemos, del régimen jurídico de la causa o, mejor, del papel de la misma en el cuadro más amplio de la disciplina general del contrato. Para no extendernos demasiado, de esta parte vamos a resaltar tan sólo a dos aspectos, que ilustran bien el penetrante estilo del autor; nos referimos al difícil problema de la relación entre la causa falsa y la falsedad de la causa y al no menos polémico de los negocios abstractos.

En cuanto al primer problema apuntado, es sabido que, mientras el artículo 1276 CC alude a la causa falsa, que sanciona el contrato aparente con la nulidad por ser simulado, el artículo 1301 CC se refiere, junto al error, a la falsedad de causa, que acarrea solamente su anulabilidad, y que la relación entre ambos preceptos se ha discutido en nuestra doctrina, sobre todo, respecto de los supuestos de causa putativa, error en el motivo, error sobre la causa y el error en el negocio. El profesor Clavería, tras exponer las opiniones opuestas de Federico De Castro, Mariano Alonso Pérez, Antonio-Manuel Morales Moreno y Francisco Jordano Fraga, concuerda con este último en que los tres primeros supuestos mencionados son casos de error, incluido el emblemático error sobre o acerca de la causa, pero no irregularidades de esta última; en cambio, apartándose de las mencionadas opiniones, estima que el llamado *error in negotio* es un caso de disenso que, o bien se debe asimilar al error obstativo y, por tanto, al error-vicio, o bien a alguno de los errores que constituyen falsedad de la causa, produciéndose en las dos hipótesis la mera anulabilidad del contrato. Por el contrario, el artículo 1276 CC comprende los supuestos de simulación, lo mismo absoluta que relativa, a los que se puede asimilar el caso del doble error obstativo, pero no los negocios en fraude de ley, pues, aun dándose la causa falsa, ésta no se ha ocultado sino que la causa verdadera se pone en evidencia a través de aquélla, sin perjuicio del artículo 6.4 CC (pp. 160 y 162). Por consiguiente, se debe descartar la tesis que asimila o identifica la causa falsa y la falsedad de la causa.

Por lo que se refiere a los negocios abstractos, el autor niega que exista esta clase de negocios en el Derecho español, tanto porque la seguridad jurídica que se pretende alcanzar con tales negocios se puede obtener por la protección del

tercero de buena fe y a título oneroso, basada en el principio de protección de la apariencia jurídica, como porque el artículo 1277 CC, rectamente interpretado, consagra una verdadera presunción *iuris tantum* de existencia y licitud de la causa, en virtud de la cual se opera una inversión de la carga de la prueba en beneficio del acreedor, provocándose así la mal llamada «abstracción procesal» (pp. 237 y 238).

En particular, el profesor Clavería sostiene que el reconocimiento de deuda, que consista en la creación de un vínculo nuevo, está sujeto al citado artículo 1277 CC, si no expresa su causa, así como también el caso en que consista en una confesión extrajudicial de una deuda preexistente, sólo que aquí por analogía, por no tratarse de un contrato, sino de una declaración de ciencia (p. 245). Asimismo, sin entrar en los detalles de su elegante argumentación y en la fina crítica de la doctrina mercantilista, parece razonable la conclusión del autor, según la cual, dada la expresión «a sabiendas» que utilizan los artículos 20 y 67 de la Ley cambiaria y del cheque, basta el principio de protección de la apariencia, sin necesidad de acudir a la técnica de la abstracción causal, para entender que cabe la excepción derivada de la relación subyacente frente al tercero que adquirió el título a sabiendas en perjuicio del deudor —conocimiento que no exige una «específica intención de dañar», como pretende Cándido Paz-Ares— sin que se requiera colusión, dolo directo, ni especulación; también cabría la excepción, a su juicio, frente al tercero que no conoció el perjuicio por negligencia grave, pese al tenor literal restrictivo de los preceptos mencionados (pp. 258 y 259).

En definitiva, de esta apretada síntesis resulta claro que estamos ante un trabajo de investigación ejemplar. El profesor Clavería nos ofrece una obra que no sólo es coherente y bien articulada, sino que expone y argumenta sus opiniones de forma atractiva, convincente y persuasiva. Una obra bien hecha, en suma, cuya publicación es, además, oportuna, pues sale al paso del recurrente anticausalismo, que aflora de nuevo, por ejemplo, en los *Principios* de UNIDROIT (art. 3.2), debido a U. Drobnig y O. Lando, siendo de esperar que este último autor lea atentamente este libro, a fin de que no imponga tan simplista criterio en los *Principles of European Contract Law*, que elabora la Comisión que él mismo preside.

Carlos VATTIER FUENZALIDA
Catedrático de Derecho Civil

CLEMENTE MEORO, Mario: *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, ed. Tirant Lo Blanch, Madrid, 1998, 703 pp.

1. No es un cumplido afirmar que la monografía que hoy nos presenta el profesor Clemente Meoro constituye una gran aportación a la comunidad jurídica. Si bien es cierto que no son pocos los estudios publicados sobre la materia, el que ahora nos ocupa constituye la obra más completa y actualizada sobre la facultad resolutoria por incumplimiento, que tantos quebraderos de cabeza ha dado a nuestros autores y tribunales.

No es la primera vez que el autor se ocupa de esta institución. A principios de los noventa realizó un análisis comparado de la resolución por incumplimiento en derecho inglés y en nuestro ordenamiento. En esta ocasión, la tarea llevada a cabo es más ambiciosa. Se ocupa de nuestro ordenamiento de forma preferente, analizando con detenimiento cuestiones novedosas en relación a su anterior trabajo y aportando interesantes referencias a la Convención

de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980 (en adelante CV), a los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT y a los Principios del Derecho Europeo de Contratos (1993). Sigue dando un trato preferente al derecho inglés, recurriendo a los ordenamientos italiano y francés cuando la materia lo requiere, aunque dejando en cierta medida abandonado al derecho alemán, en aspectos en los que éste podría aportar alguna luz, lo cual no desmerece ni mucho menos el valor que tiene la obra.

Como ya nos tiene acostumbrados este autor, en su trabajo es constante la referencia a las decisiones jurisprudenciales que, si bien a menudo se mencionan para ilustrar las afirmaciones teóricas, en el supuesto de la facultad resolutoria por incumplimiento juegan un papel preeminente. Muestra de ello es el hecho de que el autor se detenga en el análisis de numerosas sentencias de las que se ocupa minuciosamente: de ellas no sólo extrae la doctrina que contienen, sino que además, realiza una breve pero utilísimas exposición de los hechos. Es de agradecer que en esta obra la jurisprudencia goce de un papel tan relevante, pues en una materia como la que nos ocupa, cuya regulación es escasa (prácticamente se reduce al art. 1124 CC), la labor de los tribunales es esencial en su desarrollo.

2. Clemente Meoro estructura su estudio de la resolución por incumplimiento en cinco capítulos.

2.1. El capítulo I (§§ 1 a 12) bajo la rúbrica *La resolución de los contratos por incumplimiento como facultad del acreedor*, está destinado a exponer los orígenes del remedio resolutorio frente al incumplimiento, y las distintas teorías que han buscado un fundamento para esta institución. En este punto, compartimos plenamente la postura adoptada por el autor, que por otro lado ya era defendida por parte de nuestra doctrina más actual, en el sentido de concebir a la resolución por incumplimiento como un *medio de tutela que ofrece el ordenamiento al contratante perjudicado por el incumplimiento* (el autor prefiere emplear el término inexecución de la prestación). Dicho remedio es propio de los contratos sinalagmáticos, teniendo su fundamento en el principio de interdependencia de las obligaciones.

2.2. En el capítulo II (§§ 13 a 20) bajo la rúbrica *Ámbito de aplicación de la resolución por incumplimiento*, enumera las características que ha de reunir la relación contractual para que se encuentre amparada por el remedio resolutorio previsto en el artículo 1124 CC. Descartado que sea posible la resolución por incumplimiento en las obligaciones recíprocas no contractuales, procede a analizar detalladamente las figuras contractuales que presentan dudas. Así por ejemplo, llega a la conclusión de que en los *contratos unilaterales onerosos*, como el mutuo con interés o la donación con cargas es de aplicación la resolución por incumplimiento, porque existe interdependencia entre la atribución patrimonial y la obligación de pago de intereses o el cumplimiento del gravamen por el donatario (§ 14).

Sin embargo, respecto de los *contratos bilaterales imperfectos* (v. gr., mandato, depósito y comodato), Clemente Meoro estima que no entran dentro del ámbito de aplicación del artículo 1124 CC, puesto que el incumplimiento de las obligaciones que circunstancialmente puedan nacer a cargo del mandante, depositante y comodante no son recíprocas de las del mandatario, depositario y comodatario (§ 15).

Clemente Meoro se muestra partidario de reconocer la facultad resolutoria en los *contratos aleatorios*. La prohibición de resolver por incumplimiento prevista en el artículo 1805 CC para la renta vitalicia, es una excepción que se refiere exclusivamente a la obligación de pago de la renta, y como tal excepción no es susceptible de aplicación analógica (§ 16).

En cuanto a los *contratos atípicos*, para determinar si son susceptibles de resolución, habrá que atender al carácter recíproco o sinalagmático de las obligaciones que surgen para ambas partes. El autor detalla que mientras en *los contratos complejos o mixtos* la resolución afecta al íntegro vínculo contractual, en los *contratos coligados o conexos*, la resolución de uno no afecta a los otros (§ 17).

Por último, cuando el *contrato modificativo* determina obligaciones recíprocas (v. gr. transacción), es posible la resolución por incumplimiento, sin que se vea afectado el contrato modificado (§ 18).

2.3. El capítulo IV (§§ 37 a 54) con el título *El incumplimiento resolutorio*, ocupa un papel relevante en el conjunto de la obra, que viene motivado sin duda por la importancia de la materia en cuestión y la existencia de numerosas decisiones jurisprudenciales al respecto. Quizá por ello, el *incumplimiento resolutorio* ha sido objeto de mayor atención por parte de nuestra doctrina, que poco a poco va abriendo un camino hacia una nueva forma de definir el incumplimiento resolutorio, más acorde con las necesidades del tráfico actual (prueba de ello es la monografía de Pilar de la Haza, *El incumplimiento resolutorio. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 1996, y respecto del cumplimiento defectuoso, Nieves Fenoy Picón, *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa. Evolución del Ordenamiento español*, Madrid, 1996). En la línea marcada por la doctrina actual, Clemente Meoro confirma que, a pesar de que el artículo 1124 CC se refiere al incumplimiento sin más y que en principio en él encajan tanto el incumplimiento total como el retraso en el cumplimiento, el cumplimiento parcial y el defectuoso, lo cierto es que no cualquier incumplimiento es suficiente para provocar la resolución. En este punto resultan muy interesantes las observaciones que hace el autor mostrando cómo, a veces por caminos distintos, las soluciones a las que llega nuestro ordenamiento son muy semejantes a las del derecho inglés, a las de CV, o a las de los principios para los contratos comerciales de UNIDROIT y los principios de Derecho Europeo de los contratos.

Efectivamente, no cualquier incumplimiento es suficiente para provocar la resolución, incluso si lo es de una obligación principal, puesto que es preciso que el incumplimiento sea de cierta importancia. Así, Clemente Meoro constata que el Tribunal Supremo valora la entidad del incumplimiento y atiende principalmente al resultado que éste provoca en la relación contractual objetivamente considerada, sin perjuicio de que en ocasiones se empleen formulaciones objetivas y subjetivas de la gravedad del incumplimiento (§§ 38 y 39).

El autor no deja de ocuparse de los supuestos de coordinación entre las acciones edilicias y la acción de resolución por incumplimiento (§ 41), así como del supuesto del retraso en el cumplimiento (§§ 43 a 45), si bien centra su atención, sobre todo, en el requisito jurisprudencial de la *voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento*, que vendría a añadirse al de la gravedad o importancia del incumplimiento (§§ 47 a 51). Muestra este autor cómo, desde las primeras sentencias de los años cuarenta hasta las de las dos últimas décadas, se ha ido produciendo una evolución en la concepción de dicho requisito, cuyo significado literal ha ido matizándose. Al igual que lo hiciera Jordano Fraga respecto del artículo 1504 (*La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria. Estudio jurisprudencial del artículo 1504 del Código civil*, Madrid, 1992), Clemente Meoro examina un gran número de decisiones jurisprudenciales que le lleva a concluir que, en la práctica, la «voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento» no ha sido nunca un verdadero requisito autónomo de la resolución, sino que, detrás de esta mención, se encontraban otras circunstancias relevantes para declarar o no la resolución (la gravedad del incumplimiento, la imputabilidad del incumplimiento, la ausencia de incumplimiento, o el abuso de

la facultad resolutoria, entre otros). Concluye afirmando que hoy en día la propia jurisprudencia está sustituyendo el requisito subjetivo de la «voluntad deliberadamente rebelde» por el más objetivo de la «frustración del fin», de tal forma que se puede sostener que la «voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento» no es más que uno de los supuestos de incumplimiento resolutorio (vid. De la Haza, *El incumplimiento resolutorio*, pp. 90 a 97 y 140 a 144).

Clemente Meoro estudia la *imposibilidad sobrevenida fortuita*, como no podía ser menos, dada la divergencia que hay entre nuestros autores, si bien se va imponiendo, cada vez más, la opinión conforme a la cual el acreedor dispone del remedio resolutorio del artículo 1124 CC incluso en este supuesto (§ 54). Afirma, que en nuestro Derecho existe una laguna legal en cuanto a las consecuencias de la imposibilidad sobrevenida fortuita, y dicha laguna se ha de colmar con la figura de la resolución, teniendo en cuenta los principios en los que ésta se inspira. A la misma conclusión llegó en su anterior monografía (*La resolución de los contratos por incumplimiento*, Valencia, 1992, pp. 174 y 175). Pero, a diferencia de lo que defendió entonces, inspirado quizá por las soluciones que al respecto ofrece el derecho inglés, que reconoce una resolución automática en los casos de *frustration* (incluye supuestos que van más allá de la imposibilidad física o jurídica), actualmente sostiene, creemos que con mejor criterio, que en los supuestos de imposibilidad sobrevenida fortuita la resolución no opera de forma inevitable, sino que sigue siendo una facultad de la parte perjudicada por el incumplimiento que puede optar por no emplearla (solución semejante por otro lado a la que contienen los Principios de UNIDROIT y los de Derecho Europeo de los contratos).

Por último, el autor denuncia la ausencia de una previsión legal de una resolución por *incumplimiento anticipado*. Defiende la facultad de resolución en el supuesto de que el deudor se ponga en situación de no poder cumplir y el acreedor todavía no haya cumplido (por no haber vencido su propia obligación), pues de otra manera, resultaría que el acreedor tendría que cumplir y posteriormente demandar de resolución. Sin embargo, admite que mientras que la ejecución de la prestación sea posible y no haya vencido la obligación, aunque el deudor muestre su intención de no cumplir, el acreedor no puede resolver. Expone la utilidad de esta figura en el derecho inglés y su reconocimiento tanto en la CV (art. 72) como en los principios de UNIDROIT y de Derecho Europeo (§ 53).

2.4. Sin disminuir el valor del resto de la obra, consideramos que las aportaciones más importantes del autor al estudio de la figura de la resolución por incumplimiento se encuentran en los capítulos dedicados al ejercicio de la facultad resolutoria (cap. III, §§ 21 a 36) y a los efectos que produce la resolución por incumplimiento (cap. V, §§ 55 a 71). Por ello, realizaremos aquí una exposición más detallada.

3. El ejercicio de la facultad resolutoria constituye uno de los aspectos más descuidados por nuestra doctrina (si bien ha recibido especial atención en la obra de Álvarez Vigaray, *La resolución de los contratos por incumplimiento*, Granada, 1986, y se encuentran interesantes referencias a las forma de ejercicio de la resolución en el comentario al artículo 1124 CC de Montés Penadés, en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, tomo XV, vol. 1.º, pp. 1171 y ss.). Son muy numerosas e interesantes las cuestiones tratadas en este punto, muchas de ellas de difícil solución si tenemos en cuenta la ausencia de previsión legal expresa. A todas ellas el autor ha sabido dar una salida satisfactoria con una argumentación jurídica irreprochable, lo cual no quiere decir que necesariamente se haya de compartir. Pasamos a realizar una breve referencia a alguna de ellas, en concreto aquellas que hasta este momento estaban más descuidadas por parte de nuestra doctrina.

3.1. La primera cuestión a la que se enfrenta el autor en este punto se refiere a la forma de ejercicio de la facultad resolutoria (§ 21). Tal y como hoy en día defiende la mayoría de la doctrina, Clemente Meoro parte del reconocimiento de la debilitación del carácter judicial de la resolución por incumplimiento en nuestro derecho, con relación al carácter marcadamente judicial que tradicionalmente tenía en derecho continental.

Admite que en nuestra jurisprudencia se puede hablar de dos líneas jurisprudenciales: la primera de ellas entiende que sólo es posible la resolución extrajudicial si el deudor acepta la opción del acreedor por la resolución, y la segunda, considera que la sentencia ha de limitarse a declarar si la resolución se ajustó o no a derecho. Clemente afirma que esta segunda línea se corresponde mejor con la naturaleza de facultad-derecho potestativo que en nuestro ordenamiento se atribuye a la facultad resolutoria. En definitiva, sostiene que en nuestro derecho es posible el ejercicio extrajudicial de la facultad resolutoria por declaración del acreedor.

Además muestra cómo en la CV, en los principios de UNIDROIT y en los de Derecho Europeo, la resolución por incumplimiento es concebida como una facultad del acreedor que se ejercita mediante declaración dirigida a la otra parte, con lo que nada apunta hacia una resolución judicial como la prevista en el Código civil francés (art. 1184).

En clara consonancia con lo anterior, afirma Clemente que la resolución se perfecciona en el mismo momento en que se ejercita la facultad. En caso de que se haga en la *vía judicial*, será en el momento de interposición de la demanda (a no ser que se ejercite de forma alternativa o subsidiaria a la pretensión de cumplimiento en cuyo caso sus efectos se producirán con la sentencia que la declara). En el supuesto de *ejercicio extrajudicial* de la resolución, ésta se perfecciona en el momento en que el acreedor realiza la declaración (§ 22).

3.2. El artículo 1124 CC establece que la *legitimación activa* para resolver corresponde a la parte contratante que sufre el incumplimiento. Clemente Meoro analiza los supuestos que considera conflictivos. Y llega a la conclusión de que el acreedor del contratante facultado para resolver, no está facultado para ejercitar en la vía subrogatoria (art. 1111 CC) la resolución contra el deudor de su deudor, sino que, como regla general, únicamente puede exigir el cumplimiento. Excepcionalmente, si el cumplimiento deviene imposible, estará facultado para resolver a efectos de reintegrar al patrimonio de su deudor la prestación que en su caso hubiese realizado y que de otra manera carecería de contrapartida (§ 23).

En los supuestos de *cesión de crédito*, se ha defendido que con la cesión del crédito no se transmite al cesionario la facultad resolutoria, que continúa en manos del cedente, y se ha afirmado que el cesionario es tercero respecto de la relación obligatoria y no tiene interés en la resolución. Clemente Meoro, sin embargo, sostiene que si bien en los supuestos en los que el cedente no ha cumplido es cierto que el cesionario no tiene interés en la resolución, en los casos en los que el cedente ha realizado su prestación, el cesionario tendrá interés en la restitución de la misma por el deudor cedido y por tanto en la resolución (§ 24). A una solución semejante llega en los supuestos de subrogación de un tercero en el crédito, afirmando que el subrogado en el crédito se subroga igualmente en las demás facultades inherentes a la condición de acreedor y entre ellas está la resolución por incumplimiento (§ 25).

En los *contratos con estipulación a favor de tercero* se cuestiona la posibilidad del ejercicio de la resolución ante el incumplimiento del promitente, en el supuesto de que el tercero ya hubiese aceptado. No le cabe duda de que el beneficiario carece de interés en la resolución pero también que ésta le afecta, lo cual le lleva a concluir que en caso de incumplimiento del pro-

tente, el estipulante no puede ejercitar la facultad resolutoria sin el consentimiento del beneficiario.

En relación con la *legitimación activa* para resolver en los supuestos de *cotitularidad del crédito* (§ 28), Clemente Meoro parte del hecho de que la resolución determina la extinción de la relación obligatoria y que, por tanto, ha de considerarse un acto de disposición del crédito. Esto excluye la posibilidad de que uno de los acreedores la ejercite en beneficio de los demás (excepto en el supuesto de solidaridad activa, en cuyo caso uno de los acreedores sí puede ejercitar la resolución en beneficio de los demás). Así lo reconoce, con carácter general, la jurisprudencia, que exige el consentimiento de todos los acreedores (especial solución tiene el supuesto en el que la prestación debida por el incumplidor sea divisible).

Una vez admitido el ejercicio extrajudicial de la facultad resolutoria por simple declaración del acreedor, y situados en el supuesto de pluralidad de acreedores, si bien es necesario que todos ellos realicen conjuntamente la declaración de resolución, no lo es que ejerciten conjuntamente la acción para hacer valer la resolución.

Respecto del contrato de arrendamiento, existen decisiones jurisprudenciales que lo han considerado un acto de administración que puede llevar a cabo de manera individual uno de los comuneros en beneficio de la comunidad o que sólo exige acuerdo de la mayoría. En cuanto a la resolución del arrendamiento, aclara Clemente que una cosa es la copropiedad del bien arrendado y los actos de administración relacionados con éste, y otra cosa es el acto de disposición de un derecho de crédito nacido de una relación obligatoria de carácter arrendaticio. Por esta razón, concluye que, si bien es posible conceptuar la resolución como un acto de administración con relación a la cosa común, no deja de ser un acto de disposición del crédito. Cabría considerar que la resolución instada por uno de los comuneros tuviera efectos respecto del arrendatario pero no respecto del comunero que no consintió.

3.3. Muy interesantes resultan las referencias a la CV, a los principios de UNIDROIT y de Derecho Europeo en materia de *pérdida de la facultad resolutoria*. En casi todos ellos se regula de forma expresa la posibilidad de que el acreedor pierda dicha facultad como consecuencia de su ejercicio tardío, coincidiendo todos ellos en los supuestos de cumplimiento tardío y defectuoso cuando el acreedor no resuelve en un plazo razonable a contar desde que tuvo conocimiento del incumplimiento o debió tenerlo (en este punto la CV amplía los supuestos de incumplimiento en los que el acreedor puede perder la facultad resolutoria). Nuestro ordenamiento no prevé de forma expresa la pérdida de dicha facultad y, sólo con el recurso a la exigencia de la buena fe en el ejercicio de los derechos, podrían establecerse supuestos de pérdida (§ 32).

3.4. Clemente Meoro dedica especial atención al supuesto en el que el acreedor no puede restituir lo recibido (§ 34). Se pregunta, si en ese caso queda impedido el ejercicio de la facultad resolutoria (como sucede en el art. 82 CV con las excepciones en él previstas). Ante la ausencia de previsión legal expresa, llega a la conclusión de que, a pesar de que el acreedor no pueda restituir la prestación *in natura* o no pueda restituirla en el mismo estado en que la recibió, ello no le impide ejercitar el remedio resolutorio, puesto que, creemos con buen criterio, la restitución no es más que uno de los efectos de la resolución, no un presupuesto de la misma (además, tal y como veremos al analizar los efectos de la resolución, sostiene que en estos casos es posible restituir el equivalente).

3.5. El § 35 lo destina al estudio de la *legitimación pasiva*, y hemos de destacar la atención que dedica al supuesto de pluralidad de sujetos en la parte incumplidora. Respecto de este supuesto, señala que en el caso de que las prestaciones sean divisibles, la solución más acorde con los intereses en juego es que

el acreedor insatisfecho por el incumplimiento de alguno o algunos de los deudores, pueda proceder a la resolución parcial, sin tener que recurrir a la resolución de la integridad de la relación. Por otro lado, recuerda que no cabe duda de que, el hecho de que sólo uno de los deudores haya incumplido, no limita los efectos de la resolución al deudor incumplidor, sino que alcanza también a los deudores cumplidores si el incumplimiento tiene la suficiente entidad.

4. El autor destina el quinto y último capítulo del tratado a los *efectos que produce la resolución por incumplimiento*. Creemos que acierta plenamente Clemente Meoro cuando afirma que el principal efecto de la resolución es la liberación de ambas partes, que dejan de estar obligadas a ejecutar las prestaciones pactadas y aún no ejecutadas (§ 55). Reconoce este autor que, aunque el artículo 1124 CC no diga nada al respecto, no cabe duda de que en nuestro ordenamiento, tanto la doctrina como la jurisprudencia sostiene como principio general el carácter retroactivo de la resolución, que genera deberes de restitución a cargo de las partes (las excepciones al carácter retroactivo de la resolución son las siguientes: *a*) cuando no hay restitución por no haber realizado ninguna de las partes la prestación puesta a su cargo, o si lo resuelto es un contrato preparatorio de otro; *b*) la resolución de contratos de tracto sucesivo cuando ambas partes han ejecutado durante algún tiempo sus respectivas prestaciones; *c*) respecto de las obligaciones de hacer parcialmente realizadas es posible que la resolución sólo opere parcialmente) (§§ 57 y 58). Esta retroactividad que se predica de la resolución, no impide que subsistan determinados efectos del contrato, y así la resolución no afecta a las cláusulas contractuales pactadas para el caso de incumplimiento o de resolución (ej., cláusulas penales), ni a las cláusulas de sumisión expresa o a las de compromiso arbitral (§ 59).

Sin embargo, estima Clemente que sería conveniente, antes de realizar cualquier afirmación, comprobar si efectivamente se puede calificar de retroactivo el alcance de los deberes recíprocos de restitución respecto de los frutos, intereses, actos de administración y disposición, mejoras, deterioros y pérdidas.

4.1. En primer lugar, es necesario determinar si, producida la resolución, las partes han de restituirse sólo el objeto de la prestación o también los *frutos* que haya producido o los *intereses* del precio. En este punto Clemente se decanta por la que considera opinión general y defiende la aplicabilidad del artículo 1123 CC, lo que viene a significar que las partes han de restituirse el bien con los frutos y el precio con los intereses percibidos, e incluso los que se hubiera podido percibir (§ 60). Puntualiza el autor, que ello no significa que se quiera borrar los efectos producidos con el contrato, sino simplemente se pretende lograr el restablecimiento de la situación patrimonial. Antes de llegar a esta solución, ha descartado el recurso a otros preceptos del Código civil: los artículos 451 y 455 que regulan la liquidación del estado posesorio del poseedor vencido por una reivindicatoria; la aplicación de las soluciones previstas en el Código para la restitución por pérdida de eficacia del título del *accipiens* (en este sentido declara que no sirven para regular la restitución derivada de la resolución, el art. 1120.1.2 CC que establece los efectos del cumplimiento de la condición, el art. 1295 CC y el art. 1303 CC que regulan la restitución en supuestos de rescisión y nulidad respectivamente); la solución prevista en el artículo 1478.2 CC en los supuestos en que el comprador es vencido por evicción; el artículo 1519 CC en el supuesto de ejercicio del retracto convencional; y el artículo 651 CC referido a los supuestos de revocación de la donación por supervivencia o superveniencia de hijos e ingratitud.

4.2. Por lo que respecta a los efectos de la resolución sobre *los actos de administración* llevados a cabo por las partes durante la vigencia de la relación contractual, Clemente Meoro sostiene que la regla general debe ser que los

actos de administración llevados a cabo por el *accipiens* durante el tiempo en que poseyó el bien, no vinculan al *solvens*, salvo que existan terceros protegidos de forma expresa por una norma legal (§ 61). Regla general que se desprende del artículo 1520 CC respecto del retracto convencional, interpretado en el sentido de que el supuesto del arrendamiento funciona como única excepción al efecto retroactivo de la resolución de la venta como consecuencia del retracto.

4.3. En cuanto a los *gastos necesarios*, el principio general que se extrae de los artículos 453.1, 472.3, 1518.2 y 1898 CC es que éstos han de abonarse al *accipiens*. Lo cual encuentra justificación en el hecho de que si el *solvens* tiene derecho a que se le restituyan los frutos, el *accipiens* tiene derecho a que se le reembolsen los gastos necesarios para la conservación del bien y obtención de frutos (§ 62, núm. 256).

4.4. En materia de *gastos útiles y mejoras*, afirma Clemente que son dos los regímenes previstos en el Código civil. En determinados supuestos, el Código civil concede, a quien ha sufragado las mejoras, el derecho al abono de las mejoras o incremento del valor experimentado (así sucede en el art. 453.2 CC respecto del poseedor de buena fe, en el art. 1518.2 CC en el supuesto de retracto convencional y en el art. 1652.1 CC respecto del contrato de enfiteusis). En otros casos, el Código civil atribuye el derecho de retirar las mejoras a quien las ha realizado, siempre que ello no suponga detrimento del bien (así lo establece el art. 487 CC para el usufructo, teniendo en cuenta que el art. 1123.2 CC se remite al art. 1122 CC que a su vez, respecto de las mejoras se remite a las reglas del usufructo).

Clemente reconoce que la solución basada en la aplicación del artículo 1123 CC, y por remisión, del régimen contenido en el artículo 487 CC, ha sido defendida por nuestra jurisprudencia. Aunque admite que es fácilmente defendible la aplicabilidad de dichos preceptos, prefiere decantarse, como solución óptima, por la regla del abono de los gastos útiles al *accipiens*, y ello por la mayor analogía existente entre la resolución por incumplimiento y el supuesto regulado en el artículo 1652.1 CC de «comiso o rescisión por cualquier causa del contrato de enfiteusis» (§ 62, núm. 258; en el mismo sentido Pantaleón Prieto, «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC*, 1993, pp. 1719 y ss.). La aplicación del régimen previsto en este precepto a los supuestos de resolución por incumplimiento, requiere, según Clemente, una serie de precisiones: a) en la medida en que el abono de las mejoras puede suponer una limitación de la facultad resolutoria del contratante no incumplidor, ha de reconocérsele el derecho a rechazar la restitución *in natura* y por tanto la facultad de optar por la restitución en equivalente; b) si conforme al régimen del contrato en cuestión, el contratante no tiene derecho al abono de las mejoras, sino sólo a retirarlas (ej., art. 1573 CC en arrendamiento de cosas y art. 23.2 LAU) no hay razón para que ostente tal derecho en caso de resolución por incumplimiento; c) si el contratante incumplidor llevó a cabo los gastos útiles o mejoras con posterioridad a la resolución, será considerado poseedor de mala fe y conforme al artículo 455 CC no tendrá derecho al abono de las mejoras.

4.5. La regla es que la restitución derivada de la resolución por incumplimiento ha de realizarse *in natura*, si bien, en caso de que ello no sea posible, la restitución se realizará en principio a través del equivalente pecuniario. Sobre la pérdida o deterioro fortuito de la cosa objeto del contrato, se plantea la cuestión de distribución de riesgos entre las partes y para su solución debe distinguirse según que la pérdida o el deterioro se produzca antes o después de que el contratante no incumplidor opte por la resolución (§ 63).

En el supuesto de que la cosa se pierda por caso fortuito antes de que el contratante no incumplidor opte por la resolución, la solución que mejor responde al principio de reciprocidad en la restitución y al de menor desplazamiento del riesgo, es la de que ambas partes sigan obligadas a restituirse recíprocamente y el que no pueda hacerlo en forma específica que lo haga por el equivalente (de tal forma que la pérdida fortuita la sufre el deudor de la restitución y, sólo en el caso de que la pérdida de la cosa sea consecuencia del incumplimiento, el riesgo lo sufre el incumplidor acreedor de la restitución). A favor de esta solución cita los artículos 1487 y 1488 CC y niega expresamente la solución a la que llevaría la aplicación del artículo 1122.1 CC al que se remite el artículo 1123 CC en caso de pérdida, deterioro o mejora (que supondría que, en caso de pérdida fortuita del objeto, tanto acreedor como deudor incumplidor quedasen liberados de restituir). Si la cosa se pierde después de que el contratante no incumplidor opte por la resolución, los riesgos son de cuenta del contratante incumplidor.

Por lo que respecta a los *deterioros fortuitos*, la regla es que si el deterioro se produce antes de la opción por la resolución, los riesgos los sufre el deudor de la obligación de restituir (sea el incumplidor o el resolvente) debiendo restituir por el equivalente la diferencia de valor antes y después del deterioro. En caso de que el deterioro se produzca después de que el contratante no incumplidor haya optado por la resolución, el deterioro lo sufre el acreedor de la restitución, salvo que el deudor estuviere en mora, lo que normalmente ocurrirá para el incumplidor mediante el allanamiento del que resuelve a restituir y la intimación al incumplidor a la restitución mediante requerimiento o demanda resolutoria.

5. A los efectos frente a terceros de la resolución por incumplimiento dedica el § 64, y a la relación entre el remedio resolutorio y la indemnización de daños y perjuicios los §§ 66 a 74. Por lo que respecta a la indemnización de daños y perjuicios, no cabe duda de su compatibilidad con el remedio resolutorio, pues así lo establece expresamente el artículo 1124 CC en su párrafo segundo, por lo que Clemente Meoro centra sus esfuerzos en la determinación del interés que tutela la indemnización y se adhiere a la opinión doctrinal que defiende la tutela del interés contractual positivo o interés de cumplimiento, frente a la doctrina que defiende que la indemnización ha de cubrir únicamente el interés contractual negativo o interés de la confianza. Realiza un interesantísimo muestreo de decisiones jurisprudenciales que se enfrentan a la cuestión, sin que pueda hablarse ni mucho menos de uniformidad en las mismas (§ 67).

Clemente señala que, para el cálculo del daño sufrido por el resolvente, se ha de tener en cuenta que, con la resolución, el resolvente recupera la prestación ejecutada o deja de estar obligado a ejecutarla. Por tanto, en el cálculo del interés positivo, se ha de restar del valor de la contraprestación a la que se renuncia, el valor de la prestación que se recupera (§ 69). Además, precisa Clemente que el momento a tener en cuenta para la valoración del daño resarcible no es el del incumplimiento o el de la resolución, sino el de la liquidación del daño (§ 70).

Pero Clemente Meoro va más allá. Después de reconocer que el artículo 1124 CC sólo se refiere al interés positivo, se plantea la posibilidad de que, a través de otros principios y reglas de derecho dispositivo, pueda el resolvente exigir el interés negativo que le interesará cuando no haya daño positivo o éste sea inferior al negativo (§ 67, núm. 279). Ante la hipótesis de concurrencia de daño positivo y negativo y admitiendo que el acreedor se encuentra facultado para reclamar el resarcimiento tanto en la medida del interés contractual positivo como negativo, declara Clemente que permitirle exigir ambos podría ser

abusivo e incluso contradictorio, por lo que resulta necesario que escoja entre uno u otro (§ 68).

Por último, el autor hace una referencia a los supuestos de resolución por imposibilidad sobrevenida, respecto de los cuales no reconoce el remedio indemnizatorio (§ 74).

6. Creemos oportuno terminar esta recensión con la misma observación con que la iniciamos, en el sentido de reiterar que la obra que nos ocupa constituye un auténtico tratado sobre la facultad resolutoria por incumplimiento, con una brillante exposición e interpretación tanto de la ley española, como de los principios que rigen hoy en día la contratación internacional, así como un excelente y exhaustivo examen de jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo en todos los aspectos relacionados con la institución de la resolución, que la convierten sin duda en la obra más completa que existe sobre la materia en nuestro panorama jurídico.

Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA

LAMBERTI, Francesca: *Studi sui «postumi» nell'esperienza giuridica romana, I*, ed. Jovene, Napoli, 1996, XI y 170 pp.

1. La autora presenta un trabajo que —como indica el número adjunto al título— promete una segunda parte, cuya aparición debemos esperar por ahora. El libro se estructura en tres capítulos precedidos de un apartado breve de *Note introduttive*: cap. 1.º «*In rerum natura esse*» e «*intellegi*»; cap. 2.º «*Postumi*» *nel quadro della successione legitima*; cap. 3.º «*Si filius genitur*» e «*testamentum*»: *vicenda medio- e tardo-republicana*.

El trabajo se centra en la figura del *postumus*. Éste es el término que la autora escoge (o más exactamente en plural, *postumi*) como objeto de estudio. Su significado es equívoco, lo que tratará de resolver al principio. La autora invoca (p. 15) la necesidad de analizar la figura no de un modo simplemente dogmático, es decir de construcción jurídica, sino teniendo en cuenta las demás implicaciones (psicológicas, familiares, afectivas, sociales, económicas o políticas). Por eso alude en el título a la «*experiencia jurídica romana*». No, según creo deducir, con el fin de separar ésta del Derecho moderno, sino de ahondar con depurado método, es decir, evitando aplicaciones anacronísticas de la dogmática moderna en la concepción (en sentido pleno) romana del objeto propuesto. La expresión «*experiencia jurídica*» que ha obtenido tan feliz fortuna en las obras de romanistas y civilistas, es una valiosa aportación del filósofo italiano Giuseppe Capogrossi. La captación de la «*experiencia*» significa mucho más que constatar una solución jurídica a un problema dado o identificar una determinada institución. Implica, por el contrario, el deber a cargo del intérprete de instalar esa solución o esa figura en un contexto vital determinado, sirviéndose de todos los factores que contribuyan a su aproximación, no limitándose, además, al solo estudio de las llamadas fuentes jurídicas.

En el tema propuesto (a diferencia de lo que ocurre con la familia en general) se advierte un paréntesis de inactividad científica —que la autora ha visto bien— que nos separa, en un enorme hiato de medio siglo o más, de los clásicos trabajos sobre el concebido (de Albertario, Solazzi o Robbe, por citar algunos de los más conocidos). La oportunidad de un nuevo tratamiento del tema se acrecienta si se piensa en la evolución que el método de investigación romanística ha experimentado en las últimas décadas: entre otras cosas, ha significado, por un lado, una profunda revisión de los excesos de la crítica interpolacionísta-

ca de principios de siglo; pero, por otro, ha supuesto un espectacular avance en el conocimiento de la jurisprudencia romana.

2. Inicialmente, la autora, además de la presentación del esquema de estudio y método, se propone una cuestión semántica previa: el significado de *postumus*. Dos interpretaciones caben: primera, referida al «nacido después de fallecido el padre»; segunda, al «nacido el último». En las fuentes literarias que la autora maneja (aparte de las epigráficas) se aprecia una evolución que parte de la primera significación y que coincide con una etapa turbulenta de guerras externas y conflictos internos que constituyen la frecuente causa de fallecimiento de jóvenes maridos, para dar paso a la segunda, que se constata en la interpretación de los gramáticos del s. II d. C., caracterizada por lo contrario de la anterior.

El capítulo 1.º se titula «*In rerum natura esse*» e «*intellegi*». Los términos en que la autora lo plantea se pueden reducir a dos palabras: naturaleza y derecho. Lo que traducido al ámbito de la familia se expresa de este modo: vínculos de sangre y vínculos agnaticos. Y, en fin, en el campo, más circunscrito aún, de los concebidos, la formulación del binomio adopta la configuración latina usual en el lenguaje jurisprudencial, y que separa lo que pertenece a la realidad de este mundo (*in rerum natura esse*) de lo que «es considerado» (*intellegi*) como si perteneciese a ella.

Por esta razón, un primer problema consiste en averiguar la relación entre cognación y agnación, histórica y jurídicamente precedente esta última, pero cediendo terreno progresivamente ante la realidad natural o biológica que representa la primera. No hay, sin embargo, estricta oposición entre ambas. Por el contrario, la jurisprudencia romana se esfuerza en una tarea de integración o de cohesión de ambos conceptos, como lo prueba el hecho de englobar en la *cognatio* a la *adoptio* y de estimar que el pariente agnado es también cognado (v. pp. 42-44).

Pero un segundo problema, conexo con el anterior, y de una actualidad lacerante, consiste en determinar hasta qué punto el *conceptus* (o *postumus*, nacido después de la muerte de su padre) está ya *in rerum natura* o es una ficción jurisprudencial (*intellegi*). Aparte de la discusión en torno a la aplicación del término de «ficción» en relación a la jurisprudencia, es cierto que ésta siente la necesidad de tutelar la condición del *postumus*, arrimándola a la del heredero de propio derecho. Los jurisconsultos recurren a perífrasis del tipo de *perinde ac, quasi*, o a verbos como *intellegi*, con los que pretenden la asimilación del concebido al nacido a efectos jurídicos. La autora sentencia (pp. 52-53): «... no es la vida, la realidad, la que es presupuesto del derecho, sino el derecho el que infunde su razón de ser a una realidad jurídica». Entra, así, en polémica con Catalano para quien *intellegere* significa tan sólo «reconocer la realidad». La cuestión es compleja: por un lado, es cierto que la jurisprudencia a través del artificio, al menos aparente, de la operación escogida (ficción) parece intentar salvar obstáculos que le plantea la naturaleza (en concreto, la falta de autonomía en la vida del feto); pero, por otro, ¿no es la realidad la que le impulsa a ello?

Resulta interesante la constatación de la autora, de un cambio de actitud percibido entre los juristas del s. III d. C. con respecto a los anteriores, como se aprecia por el uso más frecuente de la expresión *in rebus humanis* (en el que se tiende a colocar —aunque no lo esté— al concebido) frente a la meramente fisiológica de *in rerum natura*. La primera considera al concebido «entre las cosas humanas»; la segunda, «en la realidad de este mundo»: más humanizada, por tanto, la primera que la segunda.

3. La autora lleva a cabo en los capítulos 2.º y 3.º un estudio de los póstumos desde la perspectiva del derecho de sucesiones pues —como afir-

ma (p. 55)– «el progresivo interés jurídico por los concebidos y póstumos se manifiesta casi exclusivamente con relación a la sucesión hereditaria». La propia elección del término *postumi*, directamente conectado con la materia sucesoria, perfila la perspectiva de análisis.

Así pues, comienza por el origen, es decir, por la sucesión legítima, la de las XII Tablas: ¿existió ya en esta época una previsión normativa referida al *postumus* en relación con su admisión a la herencia como *suus heres*? La autora defiende que no. Por otra parte, el capítulo tercero se reserva a una fase ulterior que se caracteriza por la presencia en los testamentos de cláusulas diversas que tienen por destinatarios a los póstumos. Y, en especial, la ideada por Aquilio Galo, creativo jurista republicano que, en materia de testamentos, previó una posible situación de invalidación por nacimiento de herederos *sui* preteridos, que quedaría salvada al permitir al testador instituir a los póstumos del hijo sujeto a su patria potestad, que pasarían entonces a ser *sui heredes* si aquél falleciese antes. Al momento del fallecimiento del *de cuius* aparecen, por tanto, herederos legítimos que ni al tiempo de redacción del testamento ni en vida del testador habían nacido aún. Eran hipotéticos *heredes sui*, por cuanto al nacer ocuparían un grado ulterior con respecto al de sus padres. Pero al haber desaparecido éstos (de primer grado) en un momento posterior al de la redacción del testamento pero en vida del testador, los siguientes *sui* eran llamados a heredar a la muerte de aquél. Sin embargo, la preterición —lógica— de estos ulteriores *sui* (que en principio no tenían derecho a heredar) provocaba la *ruptio*, es decir, invalidaba automáticamente, el testamento. Con la cláusula aquiliana, esta consecuencia se evitaría sin necesidad de confeccionar un nuevo documento.

Procediendo de un modo sintético respecto de estos dos capítulos, la autora —como decía antes— se plantea el alcance la previsión decemviral acerca de los póstumos y en conexión con este problema el del significado de *heres suus*, expresión que plantea difíciles problemas de interpretación, que la autora no rehuye. El tenor del precepto de las XII Tablas rezaba así: «*Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto*». *Suus* debe en origen leerse como sustantivo antes que como adjetivo. Se trata del *filius in potestate*. *Suus heres* es «heredero en calidad de *suus*» por el vínculo de potestad que liga al hijo con su padre siempre y cuando naciese en vida de éste. La autora critica (pp. 87 ss.) una de las teorías que durante este siglo se han alzado con más vigor, arrumbada ya la antigua bonfantiana: la de la adquisición de la herencia operada en el seno de una «comunidad doméstica» (*Hausgemeinschaft*) en la que los *sui* recibirían automáticamente del *de cuius* lo que ya en vida de él era en cierto modo suyo.

La equiparación de los póstumos a la condición de *heredes sui* no pudo ser realizada por la ley de las XII Tablas sino por medio ficción de la jurisprudencia postdecemviral, preocupada por perpetuar automáticamente la práctica de los *sacra* del difunto. Esta hipótesis de formación de los principios protectores del póstumo en relación con la sucesión intestada le obliga a desconfiar de los testimonios que refieren tal tutela a la citada ley decemviral. Particularmente Ulp. 14 Sab. D. 38.16.3.9: «*Utique et ex lege duodecim tabularum ad legitimam hereditatem is qui in utero fuit admittitur, si fuerit editus. (...)*». La lectura que hace la autora del básico texto ulpiano se basa en una finura exegética: la expresión *ex lege duodecim tabularum* no implica que a las XII Tablas haya que atribuir necesariamente la originaria contemplación de los póstumos sino tan sólo que sus preceptos dan pie a que eso suceda más tarde a través de la *interpretatio* de la jurisprudencia pontifical. Por otra parte, está el pasaje de Juliano 59 dig. D. 38.16.6 (que recoge lo que la autora llama «una ambigua opinión de Juliano evocando las XII Tablas»). Los compiladores han unido el final del frag-

mento juliano con otro muy breve de un jurista coetáneo, Celso, cuya opinión parece, asombrosamente, contraponerse a la de aquél. Pero, como bien afirma la autora, tal enfrentamiento es falso, según se aprecia de Jul. 69 dig: «*Qui in utero sint, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse. Nam et legitimae hereditates his restituuntur*», donde se advierte el juego *in rerum natura esse* (que exige el nacimiento) -*in rerum natura esse intellegi* (que no lo exige). Las XII Tablas contemplaban únicamente la primera posibilidad; la segunda es obra de la jurisprudencia romana y en ese *iter* que descubre la evolución de la conciencia social respecto de la progresiva mayor protección de los intereses de los concebidos se yergue, de forma destacada, la autoridad de este genial jurista adrianeo, de origen africano, Salvio Juliano. Suya es la ecuación *in utero esse* \equiv *in rerum natura esse* (p. 71).

Por lo que respecta a la herencia testamentaria, se puede afirmar que hacia el s. II a. C. la práctica de redacción de cláusulas que ya tienen en cuenta a los póstumos se encuentra consolidada. ¿Qué sentido tuvo en el s. I a. C. la innovación del jurisconsulto Aquilio Galo, célebre discípulo de Quinto Mucio Escévola. El texto de otro Escévola, Quinto Cervidio (segunda mitad del s. II d. C.) 6 *quaest.* D. 28.2.29 pr.-1 refleja fielmente —a juicio de la autora— la creación aquiliana: «*Si filius meus vivo me morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos sive quae neptis post mortem meam in decem mensibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus nata erit, heredes sunt*». («Si mi hijo falleciese estando yo en vida, si entonces de él, tras mi muerte y durante los diez meses siguientes a que mi hijo falleciese, me naciese un nieto o una nieta, sean herederos»).

El rigor puntilloso (*pedantesco* incluso, dice la autora) de su redacción ofrece una pista para su comprensión y asimismo constituye una garantía de su genuinidad. El fin al que se orientaba debió de ser el de evitar los conflictos que podrían originarse si el testador no ponía todo su celo en prevenirlos con una esmerada redacción. Nótese, por ejemplo, la cita obligada de ambos sexos (*nepos, neptis*). Por otra parte, la fijación del plazo de diez meses en los que debía nacer el nieto o nieta, después de la muerte del testador (no de la confección del testamento como creía Robbe), se debía contar a partir del fallecimiento del *filius* (el *suus* inicialmente llamado a heredar). Esto es así por tener presente, por un lado, la situación de premoriencia del hijo con respecto al *pater*; y, por otro, el cómputo del tiempo, desde el fallecimiento del marido-*filius*, debía evitar en lo posible la discusión acerca de la legitimidad de la descendencia nacida.

Una atención especial merece el rigor con que la autora lleva a cabo la fijación temporal de instituciones, personajes, textos e incluso actos jurídicos. No es extraña la empresa ni su planteamiento puede juzgarse ocioso o meramente erudito, pues conduce, por el contrario, a abrir cuestiones jurídicas, que de otro modo no se habrían revelado. La autora, además, combina lo anterior con el empleo de datos sociológicos y estadísticos. Sin embargo, con buen criterio, el manejo que hace de cifras y estadísticas es en todo momento prudente, sin ánimo de pretender extraer de ellas conclusiones definitivas. Un ejemplo de lo contrario ofrece la autora al final (pp. 168 ss.) con Saller, historiador —no jurista— que pretende minusvalorar los efectos de la patria potestad romana desde el puro dato demográfico que refleja las escasas expectativas de vida media de un ser humano (45-50 años); cifras que ni siquiera —a juicio de la autora— son atendibles porque no tienen en cuenta la elevada tasa de mortalidad infantil. Superada la primera infancia —afirma la autora— las expectativas de vida ascienden hasta los 60 años.

En conclusión, se trata de una obra rigurosa, que utiliza recursos diversos con talento y prudencia, concediendo un margen razonable al planteamiento de

hipótesis interpretativas novedosas, cuya plausibilidad, aparte de por su valor intrínseco, se ve respaldada, además, por la seriedad y claridad expositiva que a lo largo de ella se aprecia.

Juan Manuel BLANCH NOUGUÉS
Prof. Agregado de Derecho romano
Universidad San Pablo CEU

PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA: *Código civil anotado, vol. V (Artigos 1796.º a 2023.º), vol. VI (Artigos 2024.º a 2334.º), Coimbra Editora, 1995 y 1998, 690 y 523 pp.*

Hay que congratularse de que la magna obra iniciada inmediatamente después de promulgado el CC portugués de 1966, por dos ilustres representantes de la moderna civilística portuguesa, y a su vez igualmente, reconocidos maestros de la Universidad de Coimbra, haya culminado felizmente, aunque a través de una accidentada –y, en ocasiones dolorosa– historia (fallecimiento en plena madurez, a la edad de sesenta y cuatro años, de Pires de Lima; exilio en Brasil del otro coautor al triunfar la llamada Revolución de los claveles con la lógica suspensión de los trabajos de preparación de los comentarios durante un prolongado espacio de tiempo; importantes cambios introducidos en el nuevo Código, especialmente en el Derecho de familia en 1977).

Si la obra completa en seis volúmenes se ha espaciado desde 1967 a 1998, ya se comprende que tanto el método como el plan han tenido que sufrir alteraciones y modificaciones. Inicialmente la obra surge como resultado de una colaboración, que el coautor superviviente confiesa difícil, entre un autor adscrito a la dirección conceptualista (Pires de Lima) y otro (Antunes Varela) que, con Manuel Andrade y Ferrer Correia, se adscribe a la *Interessenjurisprudenz* de Heck; conviene aclarar que ambos autores tuvieron parte muy destacada en el CC de 1966, ya que el primero fue encargado de redactar alguno de sus libros e intervino en la discusión final del texto definitivo del Código, mientras que el segundo fue el Ministro de Justicia que auspició y dirigió responsablemente los trabajos de preparación del nuevo Código. En todo caso, la base de colaboración entre ambos fueron las notas que Pires de Lima iba tomando puntualmente de todas las sesiones preparatorias que se iban celebrando, a las que asistía. Sin embargo, pese a las diferencias de formación que pueden encontrarse entre los coautores, y las incidencias externas ya mencionadas, la obra ha venido a desarrollarse siempre conforme a un esquema casi uniforme, de modo que el lector siempre sabe lo que va hallar y, efectivamente, lo encuentra; el comentario de cada precepto se inicia con la indicación de sus antecedentes legislativos y del Derecho comparado (CC francés, BGB, CC italiano de 1942, y muchas veces el CC español), acompañada de una breve indicación bibliográfica (lógicamente, en los vols. V y VI, muy actualizada). Si el nuevo precepto supone continuidad con el paralelo de 1867, se expone sucintamente el estado de la doctrina sobre éste y el significado de la misma en la doctrina actual; si hay modificación parcial, o introducción *ex novo*, se señalan cuidadosamente las diferencias, y se explican éstas, con adecuadas referencias a los autores que han patrocinado la reforma. En los comentarios del volumen III sobre derechos reales hubo colaboración del profesor Henrique Mesquita, también docente en Coimbra, así como en la segunda edición del volumen I.

Me parece que es la única obra exegética completa que existe sobre el CC portugués de 1966; sistema jurídico perteneciente –como se sabe– al mundo

romano-germánico con fuerte influencia alemana e italiana. Al menos por vecindad geográfica, aunque también por las comunes raíces históricas, hubiera merecernos mayor atención que la que habitualmente le prestamos (hay que decir, en su honor, que la recíproca no es cierto, pues en los civilistas portugueses actuales se encuentra un conocimiento bastante amplio de nuestro derecho). Un primer contacto con el Derecho portugués nos lo puede proporcionar satisfactoriamente esta magna obra que, por causas ajenas a sus autores, se ha prolongado en su realización, por más de tres decenios.

Gabriel GARCÍA CANTERO

WESENBERG, Gerhard/WESENER, Gunter: *Historia del Derecho privado moderno en Alemania y en Europa*, traducción de la 4.ª ed. por José Javier De los Mozos Touya, ed. Lex Nova, Valladolid, 1998, 409 pp.

1. Concurren, a mi juicio, varias razones que abonan la actualidad —me atrevería a decir: rabiosa actualidad— de la traducción española de esta obra austríaca. Por un lado, la epidemia de *ahistoricismo* que nos aqueja, olvidando que, en buena medida, el Derecho es historia y que sólo históricamente cabe entender y comprender muchas normas en vigor; se hace creer, por el contrario y erróneamente, que lo jurídico es sólo lo ahora vigente, lo que ahora se nos visibiliza como tal, en suma lo que aparece incluido en una colección de textos legales, hecha por ordenador y con erratas. Por otro lado hay que registrar lo fascinación que en todo el mundo está produciendo lo anglosajón y, en particular, lo norteamericano, de suerte que se aceptan sus soluciones jurídicas casi sin discusión, adoptándose como modelos cuasi imperativos, viniendo a constituir para muchos la *ratio scripta* como otrora se atribuyó al Derecho romano; de esta suerte, el imperialismo económico USA se duplica con el jurídico, menos aparente éste, pero más insidioso; no se cae en la cuenta de que, dejarse subyugar por este último, no resulta menos funesto que cuando los antiguos Países del Este se veían sometidos al *Diktat* legislativo de Moscú. Habría que recordar que si Europa está tratando de definir sus raíces históricas y culturales, la tarea debe extenderse también a las jurídicas, y no sería razonable echar por la borda una *Corpus* bimilenario y un *Jus commune* multiseccular para edificar el Derecho comunitario. Por supuesto, que nada de lo anterior supone invitación al abandono del método comparativo, que ha de aplicarse también con la disposición de ánimo más generosa para acoger lo positivo de cualquier sistema jurídico distinto del romano-germánico, predominante en el continente europeo.

2. Para este *ahistoricismo* dominante servirá de revulsivo la presente traducción española de la obra titulada *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte im rahmen der europäischen Rechtentwicklung* editado en Wien, Köln y Graz, por la Wöhlau Verlag, en 1985; inicialmente fue redactada por el profesor austríaco Gerhard Wesenberg, y, a partir de la segunda edición lo ha sido en colaboración con el profesor Gunter Wesener, romanista de la Universidad de Graz, quien asimismo se ha encargado exclusivamente de las sucesivas ediciones; también se ha actualizado la bibliografía desde 1985 hasta la aparición de la traducción española, debida ésta al catedrático de Derecho romano vallisoletano profesor De los Mozos Touya.

La inmediata razón de ser de esta obra austríaca obedece a las vigentes exigencias de los Planes de estudio en los países germánicos; como se dice en la Introducción, se expone la evolución del Derecho privado en los países de cultura alemana, en el marco de la historia europea, desde la Baja Edad Media

hasta nuestros días; y si bien sus destinatarios inmediatos son los estudiantes de esas Universidades, su valor formativo es muy elevado para los privatistas europeos en general, sin perjuicio de la que puede prestar también a romanistas e historiadores del derecho en particular. Su contenido es extraordinariamente rico pues, aparte de describir los grandes movimientos de que se ocupa la Historia del Derecho, hace un balance de las aportaciones dogmáticas que cada uno de aquéllos han supuesto. Especial mención ha de hacerse de la extensa bibliografía que acompaña a los distintos apartados, muchas veces con muy elaboradas notas críticas de los autores, y, como se ha dicho, actualizada hasta 1998; aunque predomina la de quienes escriben en lengua alemana, no faltan la de franceses e italianos y, como diré en su momento, la de autores españoles. Como buen exponente de lo dicho puede verse la extensa, minuciosa y pormenorizada bibliografía sobre las aportaciones dogmáticas realizadas por la Glosa (pp. 93-102). Para los lectores españoles resulta sumamente esclarecedora la Introducción de la obra en la que se explica la razón de ser de la Historia del Derecho privado en Alemania, en el marco de la evolución del Derecho europeo, enunciado que sirve de título aproximado a la traducción española. Esta materia, como se sabe, no figura específicamente ni en los antiguos, ni en los nuevos Planes de Estudio de las Facultades españolas, y sólo facultativamente lo tratan algunos romanistas e historiadores, y, ocasionalmente, se incluye en los programas de algunos civilistas, así como en Cursos Monográficos del Doctorado.

3. La materia se distribuye en siete partes. En la primera se ofrece una amplia exposición del Derecho consuetudinario germánico antes de la Recepción, singularmente minuciosa y adornada de datos poco conocidos para el no especialista; también resulta sugestivo el apartado dedicado al Derecho canónico, dotado incluso con normas prácticas sobre el modo antiguo de realizar las citas. Al tratar de los Glosadores y Postglosadores (o Comentadores, como prefieren denominar a estos últimos los autores), se preguntan sobre ¿cuáles fueron las condiciones que concurrieron para originar este sorprendente renacimiento de la cultura jurídica romana? Es menos conocido el hecho de que, antes de la Escuela de Bolonia, floreció, en la península, la llamada Escuela de Pavia que colaboró eficazmente en la romanización del Derecho Longobardo, como lo prueba el llamado *Liber Papiensis*. Pero los éxitos de esta última Escuela fueron oscurecidos por la *Escuela boloñesa* fundada por *Irnerio*, que fue un importante filólogo y jurista, y que utilizó principalmente el método exegetico; bajo su dirección se estudiaban los textos jurídicos en el orden legal de Justiniano y se intentaba comprender el sentido de los fragmentos singulares relacionándolos con textos paralelos o análogos; al igual que los canonistas, también ellos vieron su misión en la superación de las contradicciones que, en su opinión, era sólo aparentes; los resultados de su actividad se expresaron en las *glosas* que dieron nombre a la Escuela; al principio se colocaron entre líneas y más tarde aparecieron en los márgenes como *glossae marginales*,

Junto a *Irnerio* (bautizado como *lucerna iuris*) brillaron los *quattro Doctores*, Martino Goría, Búlgaro, Jacobo y Hugo (poéticamente designados como los *lirios del Derecho*); la Escuela alcanza su cima con Azón, autor de la *Summa codicis*, mientras que la labor compiladora de Accursio en la *Glossa ordinaria* hizo prácticamente superfluos los trabajos anteriores. A este respecto, conviene recordar el proverbio medieval *quidquid non agnoscit Glossa, non agnoscit Curia*.

Con los *Postglosadores* (Comentaristas o *Consiliatores*) el trabajo de la Escuela se orienta hacia la práctica; su comentario estaba menos apoyado en el texto que la glosa, aunque fundamentalmente sigue también el orden legal de Justiniano; pretende esclarecer el precepto jurídico más que la palabra singular.

A diferencia de los Glosadores, no son solamente maestros y publicistas de derecho, sino que desarrollan una importante labor dictaminadora, cuyos frutos con frecuencia se publican; el Derecho romano sigue estando en el centro de sus trabajos, pero se produce una ampliación hacia el Derecho canónico y el Derecho estatutario de las ciudades del Norte de Italia. Los Glosadores habían creído que podían ignorar esta nueva realidad, o que podían privarla de legitimidad mediante un enérgico juicio de valor negativo; era una ingenuidad que no compartieron los Postglosadores. En el tratamiento de los Estatutos de las ciudades italianas surge una teoría cuidadosamente elaborada, en la que se impone la regla de que las lagunas debían integrarse con el Derecho Romano. Se ponen así los fundamentos del Derecho Mercantil y del Derecho Internacional Privado.

Bártolo y Baldo son los representantes más conspicuos de la nueva escuela. *Bártolo de Sassoferrato* es probablemente el jurista más famoso de todos los europeos; su vida fue corta (1314-1347), pero intensamente vivida; generaliza la interpretación extensiva y la analogía, y sus opiniones llegaron a ser vinculantes para los Tribunales en España y Portugal; tuvo en Padua una cátedra específicamente dedicada a la lectura de su obra; de aquí el dicho *nemo jurista nisi bartolista*. Su discípulo fue *Baldo de Ubaldis*, cuya fama se equiparó a la de su maestro; a su vez, el discípulo más importante de Baldo fue Paulo de Castro. Resumiendo la importancia de los Postglosadores, dicen los autores que «sin la herencia de Bártolo y Baldo resultan impensables en el Derecho privado en Alemania, la jurisprudencia de conceptos y la jurisprudencia constructiva».

4. ¿Recepción o renacimiento del Derecho Romano en Europa?

El descubrimiento de los textos justinianos pudo, históricamente, no haberse realizado, y aun en el caso de haberlo sido, pudo haberse desarrollado en otra dirección. Ello no obstante, el acontecimiento y sus consecuencias han pasado a la Historia del Derecho, si bien no se produjo del mismo modo en los diferentes estados europeos; en algunos casos se hizo *in complexu* como en Alemania; en Francia se hizo *non ratiōne imperii*, sino *imperio ratiōnis* dando luego origen al denominado *mos gallicus*; por su parte, los juristas prácticos ingleses declararon, al parecer por razones exclusivamente empíricas, que *nolumus leges Angliae mutare*; en España la recepción se consuma a través de las Partidas, pero no *in complexu*, y en permanente lucha con otras influencias jurídicas. La recepción en Europa se justifica fundamentalmente por la técnica superior del Derecho romano de la Compilación justiniana; accesoriamente se alegó la pretensión del emperador alemán de ser sucesor de Justiniano, de donde derivaba la calificación de *imperial* para el Derecho romano; pero la monarquía francesa sólo podía tolerar el Derecho justiniano a condición de que su pretensión a la *summa potestas* no se viera afectada por ello.

A mi juicio las páginas centrales de la obra son las dedicadas a la Recepción del Derecho romano, fuera y dentro de Alemania. En el primer apartado dedica unas breves páginas a los Países Bajos, España e Inglaterra, y, sobre todo, a Francia; son muy breves las pinceladas dedicadas a nuestro país, concisión acaso compensada con una bibliografía muy actualizada; muy sugestivas resultan las también breves indicaciones de la Escuela holandesa (o *jurisprudencia elegante*), de fuerte influencia francesa a través de los emigrados hugonotes; en cuanto a la no recepción del Derecho romano en Inglaterra, la causa última no estuvo en razones patrióticas sino en la bien organizada clase de juristas ingleses que no tuvieron ningún interés en cambiar su mentalidad jurídica. De aquí la conclusión final de los autores: «La época *medieval* todavía no ha pasado en la vida jurídica inglesa» (p. 130). Con todo, a mi juicio, son las muy documentadas páginas dedicadas al Derecho romano en Francia, con el nutrido aparato bibliográfico (pp. 107-119), la más interesante para el jurista español; en ellas se explica

el nacimiento del *mos gallicus* y de la Escuela Humanista, su influencia en la elaboración científica del *Droit coutimière*, el influjo de la importante Escuela de Bourges (con los nombres de Scaliger, Duarenus, Balduinus, Cujacius, Hotomanus, Donellus, etc.), el papel del Parlamento de París con la facultad de dictar *arrêts de règlement*. Todo lo cual había de preparar el camino a la codificación napoleónica.

Como se ha visto, la recepción del Derecho romano en Alemania fue favorecida por la idea de que el Sacro Romano Imperio Germánico era continuación del Imperio romano-justiniano; pero lo decisivo fue el redescubrimiento del *Corpus Iuris* por Irnerio en Bolonia, y el hecho de que los juristas lo consideraron como vigente con la aprobación imperial; la recepción *in complexu* no se produjo por una ley imperial, como pretendía la leyenda de Rotario, sino por los juristas y de modo paulatino; a diferencia de Francia e Inglaterra, no había en el Imperio una clase de Jueces y funcionarios formados en el Derecho territorial, sino que tal clase se fue constituyendo con los juristas educados en el Derecho Romano por las Universidades, en particular con las doctrinas de Bártolo y Baldo; ello se facilitó por la ausencia de recopilaciones del Derecho consuetudinario germánico, a diferencia de lo ocurrido en Francia. Hubo problemas con las fuentes aplicables, pues algunas normas romanas no se aplicaron (esclavitud), y otras normas no romanas se consideraron vigentes; además, el grado de romanización no fue uniforme en toda Alemania. Cuando se promulga en 1495 la Ordenanza del Tribunal Cameral, se dispone que los Magistrados debían juzgar, en primer término, según el Derecho común del Imperio, y en segundo lugar por las normas del Derecho territorial. Los autores prestan atención a la legislación imperial, de cierta importancia en materia de contratos usurarios, letras de cambio, tutela y sucesiones, pero que, globalmente, y a diferencia de lo ocurrido en Francia, tiene escasa significación; también destaca el examen del grado de romanización en cada uno de los distintos territorios germánicos, incluso austríacos y suizos, desmintiendo la idea común de que la recepción no tuvo lugar en Suiza.

5. Consumada la recepción, durante los siglos XVI a XVII aparece en Alemania una Escuela de juristas prácticos entre los que descuella Zasius, cuya aspiración era exponer el Derecho romano de una manera comprensible, purificada de controversias inútiles, dando origen al llamado *Usus modernus pandectarum*, de orientación positivista, y que ofrecen una valoración diferente del Derecho territorial alemán, reconocido en su independencia con la consecuencia de interpretarlo desde sus propios presupuestos; se mencionan como autores representativos a Lauterbach, Struve, Schilter y, sobre todo, Stryk; pertenecen al siglo XVIII otros autores, como el muy conocido entre nosotros Heineccius, y Glück, este último que se adentra ya, con sus famosas *Pandectas*, en el primer tercio del XIX. Los resultados dogmáticos del *Usus modernus* son apreciables en el ámbito de las doctrinas generales, posesión y propiedad, servidumbres, prenda y *titulus et modus acquirendi*; en el Derecho de Obligaciones, la doctrina de los contratos obligatorios, el sistema de los grados de culpa, el tratamiento de la insolvencia fortuita, la cesión de créditos, los vicios en la compraventa, y la indemnización de daños en la *actio legis aquiliae*; no faltan, asimismo, aspectos familiares y sucesorios.

6. La que por antonomasia se denomina *Escuela de Derecho natural*, y que suele apellidarse de racionalista o protestante para diferenciarla de la Escuela española de Derecho natural católico, es una eslabón necesario entre la recepción y las codificaciones; viene a entrecruzarse con el *Usus modernus*, se desarrolla entre los siglos XVII y XVIII, desde Grocio a Wolff, de modo que el Derecho natural se confunde con la *ratio scripta*. Es un Derecho laico, válido para todos los pueblos y épocas y aparece determinado por el bienestar de los

ciudadanos; se cuentan, entre sus partidarios, a juristas de varios países, desde Montesquieu a Filangieri, pasando por Puffendorf, Thomasius y Wolff. La primacía en la idea codificadora corresponde a la obra de Bentham, *A general view of a complete code of laws*. Como se sabe, se inspiran en la Escuela del Derecho natural y en el *Usus modernus*, el *Codex Maximilianeus Bavaricus civilis* (1756), el *Allgemeine Landesrecht für die preussischen Staaten* (1794), y, sobre todo, el Código civil francés y el *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* (1811) austríaco.

7. A partir del siglo XIX (pp. 269 ss.) la materia, para nosotros, resulta más conocida, si bien la exposición aparece enriquecida con datos y reflexiones de notable valor, además del aparato bibliográfico, cuya importancia ya se ha destacado. Hay que partir de que con la Escuela del Derecho natural desaparece la fuerza vinculante incondicional del Derecho romano, cuyo puesto viene a ser ocupado, en parte, por el espíritu del pueblo como creador de todo el derecho. La personalidad de Savigny (nacido en Frankfurt en 1779), y la *Escuela Histórica* vienen a llenar la primera mitad del siglo XIX; curiosamente, su Tesis versará sobre Derecho penal (*De concursu delictorum formali*), y también en 1800 es nombrado *Dozent des Kriminalrechtes*; pero en 1802 publicará su obra básica *Recht des Besitzes*, en 1814, y frente al programa de Thibaut, escribirá su manifiesto anticodificador *Die Beruf unserer Zeit für die Gesetzgebung und die Rechtswissenschaft*, y en 1815, junto a Eichhorn y Grimm, fundará la *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*. Como obras de madurez hay que señalar el *Sistema del Derecho Romano actual* (1840-1849), y el *Derecho de Obligaciones* (1851-1853). Aparece Savigny como el más acabado teorizador del historicismo, así como un decidido opositor al Derecho natural racionalista o protestante, pues como certificó Windscheid *el sueño del Derecho natural ha concluido*. El influjo de Savigny en la realización de la codificación alemana, fue indirecta pero determinante; admite que el espíritu del pueblo podía operar a través del instrumento de la legislación o de la ciencia jurídica, pero en todo caso rechaza las codificaciones jusnaturalistas; sin perjuicio de soluciones legislativas parciales, la tarea se encomienda al Derecho consuetudinario a través del Derecho científico elaborado mediante la teoría y de la práctica. El influjo científico de este autor no lo ha alcanzado ningún otro jurista en Alemania; dicen los autores que había tres posibilidades de atribuir la tarea de la unificación jurídica; al legislador, al Juez y al profesor de Derecho; Savigny consideró que la primera solución, ni era realizable, ni tampoco deseable, y en ello acertó ya que valoró correctamente la capacidad legislativa de la Confederación Alemana, la cual ni siquiera pudo poner en vigor un derecho de obligaciones común; la segunda solución era la inglesa, la cual suponía la existencia de un Tribunal superior alemán, que faltaba en Alemania desde 1806; de manera que sólo quedaba la tercera como única posible, a condición de eliminar el perfil provincial que había terminado adquiriendo el *Usus modernus*, y que se cultivara una ciencia del Derecho común mercedora de este nombre. Como científico llevó a una unión viva la historia jurídica y la dogmática señalando nuevos caminos metodológicos; fue el primero en ofrecer una Parte general del Derecho privado, influyendo así en la enseñanza y en el futuro BGB; abrió la Edad Media a la historia jurídica en sentido propio, creando de la nada la medievalística, fundada por él; se mostró como un maestro en la edición de las fuentes; se encuentra entre los clásicos del Derecho internacional privado; además fue un genio de la Administración pública, pues en su juventud reorganizó la Universidad de Heidelberg, y en la madurez intervino decisivamente en la construcción de la de Berlín; bajo su influjo se orientaron hacia la carrera académica las mejores cabezas entre los jóvenes juristas, y sus discípulos ocuparon cátedras dentro y fuera de Alemania, su discípulo y sucesor en Berlín fue Puchta, y a éste le sucedió otro discípulo de aquél, Keller; dentro de la moderna Escuela Histórica hay que

mencionar los nombres de Windscheid (1817-1892) y Jhering (1818-1892); pero ya se sabe que este último pasó de ser un convencido *jurista de conceptos* a convertirse en el heraldo de una doctrina jurídica teleológica, en la que se basan tanto la Escuela Libre del Derecho, como la *Interessenjurisprudenz* de Heck, Müller-Erzbach y sus discípulos. Pese a las profundas diferencias entre Savigny y Jhering, les une a ambos, así como a los juristas alemanes de principios del siglo XX, el que su enseñanza tiene por objeto el derecho privado del individuo libre en abstracto. Los *progresos del Derecho civil* –tomando prestado el título de un libro clásico de Hedemann– se centran en el desarrollo de la doctrina de las personas jurídicas, en la liberación del suelo en general, con proyección tanto en lo rústico como en lo agrario, y en culminar la laicización del Derecho de familia, pese al aparente respeto para el Derecho eclesiástico que parece deducirse del denominado *Kaiser paragraph* (§ 1588 BGB); por una parte se refuerza la influencia del Estado en la regulación de la celebración del matrimonio y del divorcio, y por otro se mantiene una orientación individualista en el derecho matrimonial de bienes.

8. *El BGB y la realización de la unidad jurídica alemana*, es, quizá, otra de las cuestiones más estudiadas y conocidas entre nuestros civilistas. Para los autores de la obra resulta difícil emitir una valoración de conjunto del Código civil, ya que la escala de valores de los padres del BGB es claramente distinta de la nuestra de hoy; así la precisión de los conceptos y la seguridad jurídica eran las estrellas orientadoras de Windscheid, Plank y otros grandes civilistas de finales de siglo. Se pretendió exponer las instituciones de Derecho privado de forma concisa, tal como se habían desarrollado a lo largo de milenios sin consideración al cambio de la organización política y económica; se partió del individuo abstracto, de la todopoderosa voluntad contractual y de la totalidad de la propiedad; para los padres del BGB el socialismo era un puro proclama de la economía política, que caía fuera de su competencia, y –apostillan los autores– el Código nacía quizás en el último momento en que un legislador podía defender tal punto de vista sin ser considerado como ajeno a la vida; de manera que esta codificación estaba anticuada en el momento de promulgarse, pero como aportación técnica se trata de una obra notable; si en algún momento se temió por la cordura de su vida (el nacionalsocialismo y su derrota en la II Guerra Mundial, con la subsiguiente división del país), es lo cierto que está a punto de convertirse en centenario; tampoco se confirmaron los temores de no haber consumado la unidad legislativa, pues los escasos reductos particulares, o han desaparecido, o carecen de importancia. Concluyen los autores: la obra legislativa alemana, en este aspecto, como en muchos otros, es mejor que su fama.

9. Después del BGB la *Ciencia del Derecho privado*, a comienzos del siglo XX, se orienta a la enseñanza del Derecho romano como fenómeno histórico. Koschaker se ha esforzado por convertir a la Ciencia del Derecho romano es el punto de partida para un Derecho comparado moderno; a este respecto, en el Tratado de Ennecerus puede rastrearse el influjo de las *Pandectas* de Windscheid. En un apartado ulterior los autores tratan del posterior movimiento codificador (Suiza, Rusia, Países Bálticos, Polonia, Brasil, Italia, España, Grecia y Holanda); su característica es la brevedad, aunque sorprenda la escásima atención prestada a la codificación italiana y la ausencia de la codificación portuguesa; los datos relativos a España son preconstitucionales, y la novísima codificación holandesa ha tenido que ser completada –en razón a la fecha de la edición original– por el traductor en una nota. Ofrece interés el apartado dedicado a los territorios sin codificar, especialmente lo relativo al Derecho inglés y norteamericano. Ha dejado de tener vigencia lo referente al Derecho privado en los países del Este europeo, hoy en tránsito al régimen liberal; también esta desfasado el último apartado relativo a las tendencias de la evolución

después de la II Guerra Mundial. Todo esto deberá ser tenido en cuenta en una nueva edición.

10. Ya he adelantado mi juicio global favorable a la obra de los profesores austríacos, de gran utilidad para conocer a fondo el fenómeno de la recepción, y, sobre todo, sus derivaciones en Alemania y Francia; será, en general, un eficaz instrumento formativo para privatistas, romanistas e historiadores del Derecho. El papel español en aquélla fue secundario, pero no desdeñable; los autores se han esforzado por documentar bien los sucintos datos que afectan a nuestro país. No obstante, cabe señalar algunas inexactitudes o insuficiencias (fácilmente corregibles en próxima edición): se data la Reconquista desde el año 900 al 1942, en p. 123, y en la siguiente parece darse a entender que Jaime I fue rey de Cataluña; en p. 299 se desconoce que en el Código Civil español la sustitución fideicomisaria llega al 2.º; no recoger el artículo 149.1.8.ª de nuestra Constitución para explicar ahora el estado de la codificación civil entre nosotros, parece importante omisión.

La nada fácil tarea del traductor ha sido excelente y debe destacarse como se merece; algunos aspectos concretos, sin embargo, sorprenden o podrían ser discutidos; así en p. 105 se habla de *Romanía* en lugar de *Romanidad*; lo de *los Basílicos*, en p. 111, es expresión poco frecuente, pues suele emplearse en femenino; parece una traducción a medias la de *Frankfurt del Meno*, en p. 297, nota 7; suena extraño lo de *influjo anglicante*, en p. 347.

Por último –*last but not least*– la presentación editorial de la obra (papel, tipo de letra, cubiertas) resulta excelente, por lo que la felicitación debe extenderse a *Lex Nova*.

Gabriel GARCÍA CANTERO

Revistas Extranjeras

Por Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, José María BECH SERRAT, M.^a Rosario DÍAZ ROMERO, M.^a Paz GARCÍA RUBIO, Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA, Carmen JEREZ DELGADO, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, Albert RUDA GONZÁLEZ, Isabel SIERRA PÉREZ

SUMARIO: I. *Derecho civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Persona jurídica. 4. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 5. Derechos reales. Derecho hipotecario. 6. Derecho de familia. 7. Derecho de sucesiones. 8. Varia.—II. *Derecho mercantil*: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico. 4. Contratos mercantiles. 5. Derecho cambiario. 6. Derecho concursal.— Abreviaturas.

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

ALPA, G.: «Il ricorso all'analogia nella giurisprudenza. Esempi, tecniche, stili», *NGCC*, 1998, núm. 2, pp. 45-67.

Artículo dedicado al debate actual existente en Italia sobre la interpretación analógica (teoría y práctica de la analogía). (*Alma R.G.*)

BROHM, W.: «Forum: Humanbiotechnik, Eigentum und Menschenwürde», *JuS*, 1998, pp. 197-205.

Foro: biotécnica humana, propiedad y dignidad del hombre.

La medicina reproductiva, las técnicas genéticas y de clonación, ponen en cuestión la frontera entre el Derecho de la persona y el Derecho de cosas. Esto es así especialmente en relación con los derechos de disposición, de posesión y de goce, así como los deberes de información, de custodia y de alimentos. La problemática se manifiesta a diferente escala en relación con la fecundación *in vitro*, los bancos de semen, las madres de alquiler, la selección de embriones, la clonación humana, el transporte de órganos fetales, y quizás, pronto con la donación de órganos de partes del cuerpo de creación extracorporal. (*M.P.G.R.*)

CASTELLARO, M.: «Problematiche riguardanti la trascrizione, l'iscrizione e/o l'annotazione in pubblici registri nazionali delle sentenze straniere alla luce della legge n. 218 del 1995», *GC*, 1998, núms. 7-8, pp. II 355-373.

Perfiles generales concernientes a la eficacia de las sentencias extranjeras en el Código civil y la evolución de la Ley de Procedimiento civil, desde 1865 y 1942 hasta la l. núm. 218 de 1995. (*R.D.R.*)

ENDICOTT, T.: «Questions of Law», *L. Q. R.*, 1998, vol. 114, pp. 292-321.

El autor propone un criterio para identificar las cuestiones jurídicas frente a las meras cuestiones de hecho. (A.R.G.)

EVANS-JONES, R.: «Receptions of Law, Mixed Legal System and the Myth of the Genius of Scots Private Law», *L. Q. R.*, 1998, vol. 114, pp. 228-249.

El autor defiende que el carácter mixto del Derecho escocés se debe a la debilidad cultural del mismo, y no –como se suele pensar– a su pretendida superioridad. Tal debilidad es la causa de la influencia que el Derecho inglés ejerce sobre aquél. (A.R.G.)

FERRARI, F.: «Brevi considerazioni critiche in materia di interpretazione autonoma ed applicazione uniforme della Convenzione di Vienna», *RDC*, 1998, núm. 2, parte segunda, pp. 81-98.

Análisis crítico del método interpretativo y aplicación de la Convención de Viena, en materia obligacional, en aras de la creación de un Derecho internacional uniforme: cuestiones materiales y metodológicas. (R.D.R.)

FÉVRIER, J. M.: «Remarques sur la notion de norme permissive», *RDS*, 1998, núm. 28, pp. chr. 271-274.

Concepto de norma permisiva desde el punto de vista funcional: ausencia de imperatividad. Indeterminación conceptual de dicha noción. (R. A. R.)

GLENN, H. P.: «The Capture, Reconstruction and Marginalization of “Custom”», *Am. J. Comp. L.*, 1997, vol. 45, núm. 3, pp. 613-620.

La tradición jurídica occidental se caracteriza por la necesidad de acercar la «costumbre» –aunque el autor prefiere hablar de conducta social repetida– a parámetros actuales. El artículo explica cómo los sistemas de esta tradición jurídica capturaron y reconstruyeron el concepto de «costumbre» y por qué una vez reconstruido se marginó. (J.M.B.S.)

HARRIS, J.: «Choice of Law in Tort -Blending in with the Landscape of the Conflict of Law?», *Mod. L. Rev.*, 1998, vol. 61, núm. 1, pp. 33-55.

El artículo examina los efectos de la reforma que la *Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995* ha llevado a cabo sobre las normas de conflicto de leyes en materia de responsabilidad extracontractual, y en concreto cómo afecta a la coherencia de este conjunto de normas. (A.R.G.)

MATTARELLA, B. G.: «Codificazione e stato di diritto», *RTDPC*, 1998, núm. 2, pp. 365-385.

Revisión del panorama normativo italiano, como consecuencia de la inflación normativa y el estado de la codificación en Italia, examinando la situación de los principales sectores del Derecho, con particular atención al Derecho Administrativo.

Se hace referencia a las causas y efectos de la inflación normativa, valorando las tendencias actuales y las perspectivas futuras, para indicar la posible solución dentro del Estado de Derecho. (R.D.R.)

PAPADOPOULOS, I. S.: «Interpretazione artistica ed ermeneutica giuridica», *RDC*, 1998, núm. 2, parte primera, pp. 211-260.

Amplio comentario sobre los métodos de interpretación y hermenéutica en el ámbito jurídico, en relación con cuestiones de estética y literatura. (R.D.R.)

PATON-SIMPSON, E.: «Private Circles and Public Squares: Invasion of Privacy by the Publication of "Private Fats"», *Mod. L. Rev.*, 1998, vol. 61, núm. 3, pp. 318-340.

La autora entiende que la clave del concepto de intimidad es la idea de accesibilidad limitada. Para construir dicho concepto expone diversos casos de la jurisprudencia anglo-americana. (A.R.G.)

PULA, M.: «Sulla portata della retroattività prevista dall'art. 291 c.p.c. -osservazione a Cass. 14 agosto 1997 n. 7617», *GC*, 1998, núm. 4, pp. I 1113-1114. (R.D.R.)

SILVESTRI, E.: «Riconoscimento ed esecuzione di sentenze arbitrali straniere negli Stati Uniti: esiste davvero il limite della "public policy"?, *RTDPC*, 1998, núm. 2, pp. 607-622.

Breve análisis acerca del problema del reconocimiento de eficacia y ejecución de sentencias extranjeras en el Ordenamiento estadounidense, siguiendo la interpretación que la Corte americana ha mantenido del artículo V de la Convención de Nueva York de 1958, en relación con el respeto al orden público.

Consideraciones acerca del arbitraje comercial internacional en los Estados Unidos, el límite del orden público y manifestaciones jurisprudenciales. (R.D.R.)

DERECHO DE LA PERSONA

ANICETTI, D.: «Lo sfruttamento pubblicitario della notorietà tra concessione di vendita e contratto di sponsorizzazione -nota a Cass. 11 ottobre 1997 n. 9880», *GC*, 1998, núm. 4, pp. I 1061-1067. (R.D.R.)

AUTORINO, G.: «Il matrimonio del minore in Spagna», *DFP*, 1998, núm. 2, pp. 695-710.

Artículo dedicado al matrimonio del menor de edad, que se enmarca dentro del contexto más amplio de la comparación entre el ordenamiento español y el italiano en materia de relaciones familiares. (Alma R.G.)

BECOURT, D.: «Bases de données», *GP*, 1998, núms. 221-223, pp. 2-15.

Problemas que se plantean en torno a la armonización de las legislaciones nacionales en la materia. Definición de las bases de datos, derechos de autor y medidas de protección. Procedimientos y sanciones ante determinadas infracciones. (I.S.P.)

BIGOT, C.: «Protection des droits de la personnalité, et liberté, de l'information», *RDS*, 1998, núm. 24, pp. chr. 235-239.

Sobre la información necesaria y la información legítima. (I.S.P.)

BRESCIANI, E.: «Opinioni espresse in ambito politico, lesione della reputazione e diritto di critica», *NGCC*, 1998, núm. 2, pp. 268-271.

Comentario a la Sentencia del Tribunal de Roma de 26 de marzo de 1997 relativa a cómo juega la inmunidad parlamentaria frente a la responsabilidad civil de un político por declaraciones lesivas del honor de un tercero. (*Alma R.G.*)

BYK, Ch.: «(Législation, jurisprudence et avis des instances d'éthique). Chronique d'actualité», *SJ*, 1998, núm. 23, I-139, pp. 975-980.

El ejercicio ilegal de la medicina y sus consecuencias jurídicas. Los avances médicos y el Derecho: nuevas leyes y las decisiones jurisprudenciales ante los nuevos problemas jurídicos. (*R.A.R.*)

CARON, C.: «Abus de droit et droit d'auteur. Une illustration de la confrontation du droit special et du droit commun en droit civil français», *RIDA*, núm. 176, abril, 1998, pp. 3-81.

Consideraciones en torno a la aportación del derecho de autor a la teoría del abuso del derecho y viceversa, esto es, la aportación de esta teoría a aquel derecho. A juicio del autor, la noción de abuso del derecho está en expansión, gracias a su gran flexibilidad, lo que puede comprobarse en el caso del derecho de autor. El abuso del derecho de autor es una noción que debe aplicarse excepcionalmente, pero que puede contribuir a resolver los conflictos entre un derecho de autor y una prerrogativa, de un lado; de otro, puede precisar la deontología del abuso del derecho; y, por último, pone de manifiesto, señala el autor, determinadas líneas de evolución de esta disciplina. (*C.J.D.*)

CAROSONE, O.: «In tema di tutela della personalità», *Dir. Aut.*, 1998, núm. 2, pp. 206-209.

Comentario a la Sentencia del Tribunal de Nápoles de 18 de abril de 1997 sobre la utilización de fragmentos de la obra y de la imagen de un artista ya fallecido. Especial referencia a los sujetos legitimados activamente para demandar la tutela de los derechos morales y patrimoniales. (*Alma R.G.*)

CASSANO, G.: «Il diritto dall'oblio esiste: é diritto alla riservatezza», *DFP*, 1998, núm. 1, pp. 76-94.

La reproducción de la foto de una persona presa, treinta años después del hecho delictivo, con fines puramente comerciales, constituye delito de difamación por medio de la prensa y genera la obligación de resarcimiento del daño moral por parte del editor del periódico. (*Alma R.G.*)

CASSANO, G.: «Status familiare e conservazione del "proprio" cognome. (La consulta legittima nuovamente il diritto all'identità personale)», *DFP*, 1998, núm. 2, pp. 473-484.

Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de julio de 1996 sobre el derecho del hijo natural a mantener en primer lugar su apellido materno, a pesar del reconocimiento posterior del padre, cuando el apellido materno se ha convertido en signo distintivo de su identidad personal. (*Alma R.G.*)

CHAROLLOIS, G.: «La loi dite "Verdeille" relative à la organisation des associations de chasseurs à l'épreuve de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales», *RDS*, 1998, núm. 16, pp. chr. 174-176.

Considera la ley como fuente de conflictos por lo cual la critica. (*I.S.P.*)

CHIMENTI, B. A.: «Interesse del minore di età e profili di rilevanza del consenso -nota a Cass. 15 gennaio 1998 n. 317», *GC*, 1998, núm. 5, pp. I 1285-1293. (*R.D.R.*)

COSSU, C.: «Dal caso Soraya alla nuova legge sulla tutela della riservatezza», *CI*, 1998, núm. 1, pp. 49-72.

Valor del precedente judicial en materia de derecho a la intimidad. (*Alma R. G.*)

DEUTSCH, E.: «Das Transplantationgesetz, 5-11-1997», *NJW*, 1998, pp. 777-782.

Con la ley de transplantes de órganos de 1997 ha concluido un largo y fatigoso camino legislativo. Trae la esencial seguridad jurídica. Las opiniones de la doctrina y la práctica han sido traídas a la ley. (*M.P.G.R.*)

DI GAETANO, L.: «L'adozione del minore da parte del coniuge del genitore. La fortuna (o il drama) di avere tre genitori -nota a Cass. 30 gennaio 1998 n. 978», *GC*, 1998, núms. 7-8, pp. I 1956-1959. (*R.D.R.*)

DIETZ, A.: «L'evolution du droit d'auteur en Allemagne de 1993 jusqu'au milieu de 1997 (deuxieme partie)», *RIDA*, núm. 176, abril, 1998, pp. 167-289.

Crónica acerca del estado del derecho de autor en Alemania en los últimos años, basada no tanto en la descripción de aspectos legales, que también aparecen, como sobre todo en el estudio de la jurisprudencia, lo que permite al lector conocer una variada e interesante casuística. Con esta segunda parte, el autor completa su crónica (la primera parte se publicó en el núm. 175 de la RIDA). Se trata, en primer lugar, en relación con el derecho moral de autor, el derecho al nombre y el derecho al respeto de la obra; de otro lado, los derechos patrimoniales de explotación (en particular, el derecho de reproducción y de puesta en circulación y el principio de extinción, el derecho de comunicación al público y el derecho de radiodifusión, y el derecho de *suite*); así como las limitaciones de los derechos patrimoniales, también con su concreta casuística. En segundo lugar, se exponen diversos aspectos, generales y específicos, en relación con los contratos relativos al derecho de autor. En tercer lugar, la crónica se refiere a los derechos afines al derecho de autor. En cuarto lugar, se tratan algunos aspectos del derecho de las sociedades de gestión colectiva. A continuación, el autor se refiere a la indemnización de daños y perjuicios y demás sanciones por perjuicio al derecho de autor. Por último, antes de llegar a las conclusiones, el autor trata de la protección de los derechohabientes extranjeros. (*C.J.D.*)

DOGLIOTTI, M.: «Anziani e società: doveri e diritti», *DFP*, 1998, núm. 1, pp. 426-429.

Artículo dedicado a la condición jurídica del anciano. (*Alma R.G.*)

FABIANI, M.: «Chronique d'Italie», *RIDA*, núm. 177, julio, 1998, pp. 93-145.

El cronista italiano hace un estudio de la actual legislación y jurisprudencia de su país en materia de derecho de autor. En relación con la legislación, se refiere a la transposición de las Directivas comunitarias y a otras innovaciones legislativas. Aporta también una visión de la evolución jurisprudencial en esta materia, deteniéndose en algunos supuestos concretos (por ejemplo, la competencia desleal en el mundo de la moda, o los límites del derecho de cita, entre otros). (C.J.D.)

FELLAH, V.: «L'assistenza al minore: un quadro relativo all'evoluzione storica», *DFP*, 1998, núm. 2, pp. 784-802.

Artículo sobre las diversas intervenciones del legislador a lo largo de la historia cuyo objeto es la protección del menor, en especial en la última mitad de siglo. (Alma R.G.)

FREEGARD, M.: «Forty years on an appraisal of the United Kingdom Copyright Tribunal, 1957-1997», *RIDA*, núm. 177, julio, 1998, pp. 3-91.

Después de describir el origen del actual Tribunal del derecho de autor (*Copyright Tribunal*) y de su precedente (*Performing Right Tribunal*), instaurados en el Reino Unido a fin de determinar lo que es «equitativo en cada caso» (*Copyright, Designs and Patents Act 1988* y *Copyright Act 1956*), el autor pasa a analizar los pronunciamientos del Tribunal a lo largo de estos cuarenta años de funcionamiento, describiendo la evolución de los criterios de valoración de lo que es equitativo en cada caso y examinando los principios más importantes. Por último, se recogen diversas críticas que ha recibido el Tribunal, en cuanto a su organización, al desarrollo de sus funciones, y a los criterios o principios aplicados y dejados de aplicar. (C.J.D.)

GUIMEZANES, N.: «La loi n.º 98-170 du 16 mars 1998 relative à la nationalité», *SJ*, 1998, núm. 16-17, Actualité, pp. 685-687.

Breve comentario a la nueva ley de nacionalidad francesa que tiende, esencialmente, a modificar las normas sobre consentimiento para adquirir la nacionalidad francesa de hijos de extranjeros nacidos en Francia recogidas en la Ley Pascua de 22 de julio de 1993. (R.A.R.)

KILIAN, W.: «Medizinische Forschung und Datenschutzrecht», *NJW*, 1998, pp. 787-791.

Investigación médica y protección jurídica de los datos. Estado y desarrollo en Alemania y en la Unión Europea.

La protección de los datos fue desde siempre considerada por los investigadores médicos como una traba. El autor da un vistazo sobre el estado y desarrollo del derecho de protección de datos alemán y europeo en la investigación médica y a continuación muestra las disposiciones marco que contiene la Directiva de protección de datos en relación con los datos de los pacientes utilizados en la investigación médica. (M.P.G.R.)

MARGUENAUD, J. P.: «La personnalité juridique des animaux», *RDS*, 1998, núm. 20, pp. chr. 205-211.

El autor analiza la personificación de los animales a la vista de la obra de Fuc Ferry y de Comte-Sponville. La técnica jurídica de tal personificación: el animal deja de ser una cosa para pasar a considerarse como una persona. (R.A.R.)

MENOZZI, L.: «Immagine e notorietà nella comunicazione iconica», *Dir. Aut.*, 1998, núm. 3, pp. 190-281.

Diversas cuestiones sobre el derecho a la imagen (uso publicitario de imágenes notorias, el ídolo como signo distintivo, connotación económico-comercial de la imagen notoria...). (*Alma R.G.*)

MIHM, K.: «Datenschutzaufsicht durch den Landensbeauftragten für Datenschutz und Aufsichtsbehörde im Notariat», *NJW*, 1998, pp. 1591-1596.

Control de la protección de datos a través del comisionado estatal para la protección de datos y órgano de control en el Notariado. (*M.P.G.R.*)

PAZÉ, E.: «Verso un diritto all'attribuzione del cognome materno», *DFP*, 1998, núm. 1, pp. 324-361.

Reflexión pormenorizada sobre la laguna existente tras la reforma del Derecho de familia de 1975 referente a la plena igualdad entre hombre y mujer: la atribución del apellido materno. (*Alma R.G.*)

POLLAUD-DULIAN, F.: «La duree du droit d'auteur», *RIDA*, núm. 176, abril, 1998, pp. 83-165.

La Ley de 27 de marzo de 1997 reforma la normativa anterior para adaptarse a las Directivas. En particular, prolonga el plazo general de protección de los derechos patrimoniales de autores e intérpretes. Tras descartar la perpetuidad de estos derechos, el autor hace diversas consideraciones críticas en relación con la ley, acerca de cuál debe o puede ser el criterio más acertado para determinar el plazo. Se van especificando, a partir de la ley citada, los plazos de protección que se establecen con carácter general, en el caso de autores y en el de titulares de derechos conexos; así como en los casos particulares (obras audiovisuales, obras anónimas, pseudónimas o colectivas). La Ley de 1997 no sólo ha supuesto una ampliación de los plazos; el autor se refiere también a diversas restricciones (es el caso de las obras colectivas de publicación escalonada; el de las obras no publicadas anónimas, pseudónimas o colectivas; y las obras póstumas). El autor se detiene a comentar diversas cuestiones en torno a la publicación de la Ley de 1997, tales como la retroactividad de la ley, el resurgimiento de algunos derechos, o el respeto por los derechos adquiridos. (*C.J.D.*)

RETAULT, A.: «L'expérimentation sur le malade: soins ou recherche? A propos de l'application de la loi Huriet en psychiatrie», *RTDC*, 1998, núm. 1, pp 57-70.

Trata en primer lugar del concepto de beneficio individual directo, resaltando que en la ley se produce una ruptura con la jurisprudencia anterior: se habla de la regla de comparación favorable y de la cuestión del placebo. Posteriormente habla de la confusión entre sanación e investigación. (*I.S.P.*)

PERSONA JURÍDICA

BOLDÁ RODA, C.: «La dottrina del levantamiento del velo della personalità giuridica nel diritto privato spagnolo», *CI*, 1998, núm. 1, pp. 256-313.

Fundamento de la doctrina del levantamiento del velo y enumeración de diversas categorías de casos al respecto en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español. (*Alma R.G.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

- AA. VV.: «Droit des obligations. Chronique d'actualité», *SJ*, 1998, núm. 16-17, I-129, pp. 696-700.

Anotaciones a la evolución de la jurisprudencia francesa más reciente sobre formación del contrato, efectos del contrato y obligaciones. (R.A.R.)

- AA. VV.: «Rapport sur le champ d'application de l'assurance construction obligatoire», *RDI*, 1998, núm. 1, pp 2-27.

Recopilación de legislación y sentencias, problemas y propuestas en el ámbito del tema. (I.S.P.)

- AA. VV.: «Droit des obligations. Chronique d'actualité», *SJ*, 1998, núm. 30, I-155, pp. 1374-1378.

La jurisprudencia francesa en materia de formación del contrato, cláusulas abusivas y ofrecimiento de pago. (R.A.R.)

- ACKERMAN, P.: «Some Don't Like it Hot: Louisiana Eliminates Punitive Damages for Environmental Torts», *Tul. L. Rev.*, 1997, vol. 72, núm. 1, pp. 327-350.

El autor realiza una crítica constructiva de la reciente derogación del artículo 2315.3 del Código civil de Louisiana, que establecía un supuesto de *punitive damages* para aquellos casos en que los daños fueran causados con desprecio de su posible resultado perjudicial o con temeridad y sin tener en cuenta la seguridad pública en el almacenaje, manipulación o transporte de substancias peligrosas o tóxicas. (J.M.B.S.)

- ALBERTINI, L.: «Sul documento informatico e sulla firma digitale (novità legislative)», *GC*, 1998, núm. 6, pp. II 267-310.

Análisis de la Ley 15 de marzo de 1997 núm. 59, artículo 15.2 y el reglamento de 10 de noviembre de 1997, núm. 513, con el propósito de determinar la relevancia y validez de los actos y documentos realizados con instrumentos informáticos: definición, requisitos, forma, eficacia probatoria, copias, certificación, depósito, etc. De los documentos informáticos. (R.D.R.)

- ALT-MAES, F.: «La garde, fondement de la responsabilité du fait du mineur», *SJ*, 1998, núm. 30, I-154, pp. 1367-1373.

La responsabilidad plena de los padres por los daños de su hijo menor a raíz de la Sentencia de la Corte de casación civil de 19 de febrero de 1997 basada en el artículo 1384.4 CC francés como una responsabilidad objetiva. (R.A.R.)

- ANICETTI, D.: «Lo sfruttamento pubblicitario della notorietà tra concessione di vendita e contratto di sponsorizzazione -nota a Cass. 11 ottobre 1997 n. 9880», *GC*, 1998, núm. 4, pp. I 1061-1067. (R.D.R.)

- ATIAS, C.: «La substitution judiciaire du bénéficiaire d'un pacte de préférence à l'aquéreur de mauvaire foi», *RDS*, 1998, núm. 19, pp. chr. 203-204.

La deformación de las disposiciones legales y la desnaturalización de las calificaciones judiciales. (I.S.P.)

BALZARETTI, S.: «Il danno da cose in custodia», *NGCC*, 1998, núm. 2, pp. 95-118.

Estudio del artículo 2051 del código civil relativo a la responsabilidad civil derivada de las lesiones que ocasionan las cosas bajo custodia: noción de cosa, noción de custodia, nexo de causalidad, legitimación pasiva, caso fortuito, relación con el artículo 2043 del código civil. (*Alma R.G.*)

BARBANERA, R.: «Entro quali limiti il contraente può rifiutare l'adempimento tardivo dell'altra parte?», *NGCC*, 1998, núm. 2, pp. 200-204.

Comentario a la sentencia de Cass. de 6 de junio de 1997 núm. 5086 relativa a un contrato preliminar de compraventa sobre la siguiente cuestión: si es o no posible para el contratante cumplidor rechazar la prestación tardía del otro contratante antes y con independencia de una demanda de resolución contractual. (*Alma R.G.*)

BARKER, K.: «Rescuing Remedialism in Unjust Enrichment Law: Why Remedies are Right», *Cambridge L. J.*, 1998, vol. 57, pp. 301-327.

El artículo propone adoptar la distinción entre derecho (*right*) y remedio (*remedy*) en el Derecho de enriquecimiento injusto, como ya se ha hecho en otras parcelas del Derecho civil. (*A.R.G.*)

BARTLETT, A.: «Attribution of Contributory Negligence: Agents, Company Directors and Fraudster», *L. Q. R.*, 1998, vol. 114, pp. 460-478.

El autor analiza las reglas aplicadas por los tribunales británicos en los supuestos de concurrencia de culpa de la víctima cuando ésta ha actuado a través de un dependiente, que es quien ha llevado a cabo el cumplimiento culposo. (*A.R.G.*)

BELLA, M./SINISI, A. V.: «Il criterio di esclusione automatica delle offerte anormalmente basse di cui all'art. 21, comma 1-bis, della legge n. 109 del 1994 (e successive modifiche) supera il vaglio della Corte costituzionale -nota a C. Cost. 5 marzo 1998 n. 40», *GC*, 1998, núm. 6, pp. I 1505-1507. (*R.D.R.*)

BÉROUJON, C.: «Baux d'habitation: quel avenir pour l'obligation de renouvellement?», *RDI*, 1998, núm. 2, pp. 167-174.

Sobre el principio general de la ausencia de control judicial *a priori* sobre la realidad o la oportunidad del rechazo de la renovación del arrendamiento y la excepción en caso de fraude de ley. La noción de motivo legítimo. (*I.S.P.*)

BRUTÉ DE RÉMUR/WEBER: «La modification du prix en cours d'exécution d'un contrat d'infogérance», *GP*, 1998, núm. 210-211, pp. 12-17.

La determinación del precio en estos contratos antes de las decisiones de la Corte de casación de 1 de diciembre de 1995 y después. La teoría de la improvisación y estrategias contractuales que permiten modificar el precio en la ejecución del contrato. (*I.S.P.*)

CALAIS-AULOY, M. T.: «La libération du droit de la responsabilité par l'abandon de la notion de faute», *RDS*, 1998, núm. 14, Dernière actualité, pp. 1 ss.

Responsabilidad y culpa, nuevas orientaciones. (*I.S.P.*)

CALDERONI, C.: «La Consulta aderisce alla interpretazione data dalle Sezioni unite della Suprema Corte all'art. 42 legge n. 392 del 1978 -nota a C. Cost. 26 febbraio 1998 n. 32 (ord)», *GC*, 1998, núm. 6, pp. I 1510-1512. (*R. D. R.*)

CAMILLETTI, F.: «Determinabilità del corrispettivo e diritto di ritenzione», *NGCC*, 1998, núm. 2, pp. 207-215.

Comentario a la sentencia de Cass. de 16 de julio de 1997 núm. 6520 sobre el derecho del depositario al pago por la custodia del bien, también para el periodo de tiempo durante el que ejercita el derecho de retención sobre la cosa depositada. (*Alma R.G.*)

CANARIS, C. W.: «Die Haftung des Sachverständigen zwischen Schutzwirkungen für Dritte und Dritthaftung aus culpa in contrahendo», *JZ*, 1998, pp. 603-607.

La responsabilidad del perito: entre efectos de protección frente a terceros y responsabilidad por culpa in contrahendo.

Se ocupa el artículo del comentario de una sentencia del BGH de 13 de noviembre de 1997, en la que el BGH conoce de la eventual responsabilidad del perito frente al cocontratante de su mandante, reafirmando su tradicional postura adherida a la doctrina del contrato con eficacia de protección frente a terceros, al mismo tiempo que introduce una nueva perspectiva incidiendo en una responsabilidad derivada de la confianza sobre la base de la culpa in contrahendo. El autor profundiza en la diferencia entre ambas vías de interpretación optando por la segunda. (*M.P.G.R.*)

CAPPER, D.: «Undue Influence an Unconscionability: a Rationalisation», *L. Q. R.*, 1998, vol. 114, pp. 479-504.

El artículo analiza los conceptos de undue influence y de unconscionability y concluye que el primero podría subsumirse en el segundo, que es más amplio. (*A.R.G.*)

CARON, CH.: «La force majeure: Talon d'Achille de la responsabilité des père et mère?», *GP*, 1998, núm. 252-253, pp. 21-28.

La evolución de la responsabilidad de los padres a raíz de la sentencia *Bertrand* en 1998. (*I.S.P.*)

CATALA, P/GAUTIER, P.: «L'audace technologique à la Cour de cassation: vers la libération de la preuve contractuelle», *SJ*, 1998, núm. 21-22, Actualité, pp. 905-906.

El problema de la prueba ante las nuevas tecnologías en Francia. La sentencia de la Corte de Casación mercantil de 2 de diciembre de 1997 dando validez a la prueba de una aceptación no escrita en papel. (*R.A.R.*)

CERVINI, A.: «Efficacia delle annotazioni di erogazioni in margine all'ipoteca iscritta in base al contratto condizionato di mutuo -nota a Cass. 24 aprile 1997 n. 3618», *GC*, 1998, núm. 4, pp. I 1168-1171. (*R.D.R.*)

CHABAS, F.: «La responsabilité pour défaut de sécurité, des produits, dans la loi du 19 mai 1998», *GP*, 1998, núm. 252-253, pp. 2-11.

Trata de la ubicación de esta responsabilidad en la disyuntiva de responsabilidad contractual o extracontractual y la génesis de la ley sobre esta res-

ponsabilidad por productos, los principios generales. El campo de aplicación de la ley en cuanto a las personas y a las cosas generadoras de daños. El régimen de responsabilidad de derecho común y el nuevo régimen específico. La extensión y duración de la responsabilidad. (I.S.P.)

CHAZAL, J. P.: «Théorie de la cause et justice contractuelle. À propos de l'arrêt Chronopost (Cass. com. 22 oct. 1996)», *SJ*, 1998, núm. 29, I-152, pp. 1315-1319.

La obligatoriedad del contrato basada no en la autonomía de la voluntad sino en la justicia contractual que impone que los acuerdos no sean válidos más que si no hay desequilibrio manifiesto entre los derechos y las obligaciones recíprocas. (R.A.R.)

CIAN, G.: «Auslegung und Transparenzgebot in der Regelung der AGB und der Verbraucherverträge nach italienischem und deutschem Recht», *ZEuP*, 1998, pp. 586-592.

El autor realiza un breve estudio de las normas sobre interpretación y claridad de las condiciones generales de los contratos, y su reflejo en el Derecho alemán y en el Derecho italiano. (I.G.P.)

COLAIACOMO, G.: «Il nesso causale tra stato di bisogno e sproporzione delle condizioni contrattuali nella rescissione per lesione, ovvero, approfittare é lecito», *NGCC*, 1998, núm. 3, pp. 335-343.

Comentario a la sentencia de App. Roma de 15 de julio de 1997 sobre la evolución del ordenamiento italiano en relación a los contratos en que uno de los intervinientes está en una posición inferior al otro: posibilidad de rescindir tales contratos ante el estado de necesidad del contratante más débil, el aprovechamiento de tal estado por el otro contratante y la desproporción de las prestaciones fijadas en el contrato. (Alma R.G.)

CONAGHAN, J.: «Tort Litigation in the Context of Intra-familial Abuse», *Mod. L. Rev.*, 1998, vol. 61, núm. 2, pp. 132-161.

El artículo estudia de manera crítica las dificultades que encuentran las víctimas de un abuso en el ámbito familiar cuando ejercitan acciones de responsabilidad civil. (A.R.G.)

CONTALDO, A.: «Il preuso delle frequenze e l'etere come bene giuridico -nota a Cass., sez. un., 21 novembre 1997 n. 11621», *GC*, 1998, núm. 6, pp. I 1671-1677. (R.D.R.)

COOTE, B.: «Contract Damages, *Ruxley*, and the Perfomance Interest», *Cambridge L. J.*, 1997, vol. 56, pp. 537-570.

El autor defiende que la parte perjudicada por un incumplimiento contractual tiene derecho al coste de reparación (*cost of cure*), porque así lo impone la protección del llamado «interés en el cumplimiento». (A.R.G.)

CORDES, A.: «Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts auf dem Weg zur juristischen Person?», *JZ*, 1998, pp. 545-552.

¿La sociedad civil en el camino hacia la persona jurídica?

Una reciente modificación legislativa ha vuelto a reavivar la discusión sobre la naturaleza jurídica de la sociedad civil. El artículo analiza la situación de

partida e investiga la relevancia de las nuevas normas para la discusión acerca de los fundamentos estructurales de las sociedades civiles. (M.P.G.R.)

CORRADO, A.: «Alcune osservazioni in tema di responsabilità dell'organizzatore di viaggi per l'inadempimento dei servizi affidati a terzi ex art. 15 CCV», *NGCC*, 1998, núm. 2, pp. 193-196.

Comentario a la sentencia de Cass. de 6 de noviembre de 1996 núm. 9643 sobre la disciplina de los contratos de turismo organizado, en concreto, sobre el análisis de la responsabilidad del *tour operator* por el incumplimiento de los servicios confiados por éste a un tercero. (Alma R.G.)

CORSO, E.: «Il contratto preliminare di società», *CI*, 1998, núm. 1, pp. 363-397.

Artículo sobre la admisión del contrato preliminar de sociedad en el ordenamiento italiano (contenido del contrato preliminar, forma, ejecución en forma específica, inscripción...). (Alma R.G.)

DAURY-FAUVEAU, M.: «Trouble mental et responsabilité. La faute de l'aliéné, et le contrat», *SJ*, 1998, núm. 37, I-160, pp. 1529-1534.

Problemas que se presentan actualmente en la materia debido a la exclusión jurisprudencial de discernimiento en las faltas cometidas por incapaces y la creciente extensión de la indemnización en materia de responsabilidad contractual. El artículo 489,2.º del Código civil francés. (R.A.R.)

DESBARATS, I.: «Le droit à réparation des victimes directes du tabaquisme», *RDS*, 1998, núm. 16, pp. chr. 167-173.

La responsabilidad de la SEITA: fundamento de la acción y condiciones para su ejercicio. Causas de exoneración. (I.S.P.)

DUNCAN WALLACE, I. N.: «Contractual Relational Loss in Canada», *L. Q. R.*, 1998, vol. 114, pp. 370-377.

Nota sobre una reciente decisión del Tribunal Supremo de Canadá que plantea la posibilidad de obtener reparación por la pérdida económica que experimenta el demandante, cuando éste no es el propietario de la cosa dañada (*pure economic loss*) pero tiene un derecho o expectativa a hacer uso de dicha propiedad. (A.R.G.)

EHMANN, H./KLEY, B.: «Unmöglichkeitstheorie», *JuS*, 1998, pp. 481-491.

Hace ya tiempo que es sabido que la teoría de la imposibilidad de la prestación crea más problemas que los que resuelve. Se construye siempre como el núcleo del Derecho alemán del incumplimiento. La práctica esquiva muchas veces el problema a través de la llamada «violación positiva de la obligación» (*positive Forderungsverletzung*). (M.P.G.R.)

FERRARI, F.: «Brevi considerazioni critiche in materia di interpretazione autonoma ed applicazione uniforme della Convenzione di Vienna», *RDC*, 1998, núm. 2, parte segunda, pp. 81-98.

Análisis crítico del método interpretativo y aplicación de la Convención de Viena, en materia obligacional, en aras de la creación de un Derecho internacional uniforme: cuestiones materiales y metodológicas. (R.D.R.)

FERRARI, F.: «Das Verhältnis zwischen den Unidroit-Grundsätzen und den allgemeinen Grundsätzen internationaler Einheitsprivatrechtskonventionen», *JZ*, 1998, pp. 9-17.

La relación entre los Principios de UNIDROIT y los principios generales de las Convenciones internacionales para la unificación del Derecho.

El artículo aclara las relaciones entre los principios de UNIDROIT por un lado, y los principios generales de las Convenciones internacionales de Derecho privado (como la de Viena de compraventa internacional de mercaderías, o la de Otawa sobre el *factoring* y el *leasing*) por otro lado, y compara el correspondiente papel para llenar las lagunas de unos con los otros. (M.P.G.R.)

FERRO, G. B.: «La vendita “porta a porta”», *NGCC*, 1998, núm. 3, pp. 137-154.

Artículo sobre el problema de la eficacia de la directiva núm. 85/577/CEE y la tutela del consumidor en los contratos celebrados fuera de los locales comerciales. (Alma R.G.)

FIKENTSCHER, W./MÖLLERS, Th.: «Die (negative) Informationfreiheit als Grenze von Werbung und Kunst-dabietung», *NJW*, 1998, pp. 1337-1344.

La libertad de información negativa como frontera entre la publicidad y la habilidad artística.

En el artículo se trata de la cuestión de en qué medida el destinatario de informaciones que no desea puede rechazarlas. El tema se expone con ayuda del Derecho constitucional americano y los nuevos fundamentos dogmáticos, zanjando con ello cuestiones hasta ahora inabordables por la dogmática tradicional. La problemática de la publicidad no solicitada a través de *E-Mail*, que continuamente se encuentra en el buzón de *Internet*, pone de manifiesto su actualidad, en el marco de la recientemente publicada Directiva sobre protección del consumidor en los contratos a distancia. (M.P.G.R.)

FINOCCHIARO, M.: «Sulla competenza per le controversie relative alla nullità della locazione prima dell'entrata in vigore della legge n. 353 del 1990 -osservazione a Cass. 6 febbraio 1998 n. 1288», *GC*, 1998, núm. 6, pp. I 1621-1622. (R.D.R.)

FRISON-ROCHE, M. A.: «Le contrat et la responsabilité: consentements, pouvoirs et régulation économique», *RTDC*, 1998, núm. 1, pp. 43-56.

Estudia el contrato y la responsabilidad como objeto de una regulación de mercado y como obstáculo a esta regulación. Como objetos económicos los considera autónomos. En el segundo aspecto habla de la hipótesis del contrato *aristocratique* y de su responsabilidad, entendiéndolo como tal a aquel que nace de la voluntad entre particulares. (I.S.P.)

GALGANO, F.: «Atto processuale e dichiarazione contrattuale», *CI*, 1998, núm. 1, pp. 12-17.

Artículo sobre la cuestión de si un acto procesal (la citación para la ejecución en forma específica) puede valer como declaración contractual idónea para perfeccionar un contrato. (Alma R.G.)

GALLIOU-SCANVION, A. M.: «L'article 1384, alinéa 1.^{er}, et la responsabilité du fait d'autrui: un fardeau non transférable sur les épaules du tuteur», *RDS*, 1998, núm. 24, pp. chr. 240-242.

Estudio a propósito de la sentencia de la Corte de casación civil de 25 de febrero de 1998. (*I.S.P.*)

GARDANI, D. L.: «Compravendita», *RDC*, 1998, núm. 2, parte segunda, pp. 141-156.

Información bibliográfica y jurisprudencial acerca de diversos aspectos del contrato de compraventa: contrato preliminar, precio, certificado de habitabilidad, vicios y defectos del objeto, retracto convencional, reserva de dominio, etc. (*R.D.R.*)

GHESTIN, J.: «Le nouveau Titre IV bis du Livre III du Code civil "De la responsabilité, du fait des produits défectueux". L'application en France de la directive sur la responsabilité du fait des produits défectueux après l'adoption de la loi n.º 98-389 du 19 mai 1998», *SJ*, 1998, núm. 27, I-148, pp. 1201-1211.

Adaptación del Derecho francés al europeo mediante la introducción de la Directiva de 25 de julio de 1985 con la Ley de 19 de mayo de 1998. Algunos defectos de la ley. (*R.A.R.*)

GIACALONE, G.: «Il mandatario e le istruzioni del mandante: facoltà o obbligo di discostarsi? Osservazione a Cass. 26 febbraio 1998 n. 2079», *GC*, 1998, núm. 4, pp. I, 933-935. (*R.D.R.*)

GIACALONE, G.: «La tutela dell'affidamento del depositante: ieri, oggi e domani -osservazione a Cass. 6 febbraio 1998 n. 1224», *GC*, 1998, núm. 3, pp. I, 640-643. (*R.D.R.*)

GOURIO, A.: «Protection des consommateurs. Aperçu rapide sur la réforme du droit du surendettement des particuliers. Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions (Titre II-Chapitre 1er.)», *SJ*, 1998, núm. 31-35, Actualité, pp. 1413-1416.

La insolvencia duradera tratada completamente en la Ley francesa de 9 de julio de 1998. Algunas modificaciones puntuales. (*R.A.R.*)

GUARNIERI, A.: «Il contratto preliminare e la legge n. 30 del 1997», *NGCC*, 1998, núm. 3, pp. 119-127.

Estudio de diversas disposiciones relativas a la inscripción de ciertos contratos preliminares introducidas por el d. l. núm. 669/1996, convertido en Ley núm. 30/1997. (*Alma R.G.*)

HÄNLEIN, A.: «Der Ersatz des Beitragsschadens im Lichte neuerer Entwicklungen», *NJW*, 1998, pp. 105-109.

Hace ya más de diez años que otro autor (Fuchs) informó sobre la reclamación de participaciones sociales en el campo de las acciones de daños. El autor de este artículo retoma ahora el asunto como consecuencia de la entrada en vigor de los preceptos relativos al regreso en la SGB X, y especialmente del § 119 SGB X. En este tiempo intermedio la jurisprudencia y

el legislador ha emitido una serie de decisiones que llevan a una recapitulación sobre los temas. (M.P.G.R.)

HEINRICH, H.: «Die Entwicklung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Jahre 1997», *NJW*, 1998, pp. 1447-1462.

El desarrollo del Derecho de las condiciones generales en 1997. Análisis de la abundantísima jurisprudencia y doctrina recaída (sobre todo sobre el § 9 AGBG en el año 1997). (M.P.G.R.)

HEMSWORTH, M. C.: «Life Assurance and the Cohabitant: The Law Commission's Reforms on Privity», *Cambridge L. J.*, 1998, vol. 57, pp. 55-62.

A la luz de las propuestas de la *Law Commission* sobre la regla de la eficacia relativa de los contratos, el autor examina el requisito del interés asegurable en los casos en que el beneficiario del seguro de vida es el conviviente de hecho. (A.R.G.)

HESSE, M.: «Makleralleinauftrag und Schriftform», *NJW*, 1998, pp. 561-563.

El artículo toma la decisión del OLG de Karlsruhe (*NJW-RR* 1995, p. 237) como motivo para elaborar exactamente los presupuestos y las consecuencias de la exigencia de forma escrita para la orden de comisionista. Además de ello analiza algunos aspectos de las consecuencias de la falta de forma. (M.P.G.R.)

HILLMAN, R. A.: «Questioning the "New Consensus" on Promissory Estoppel: An Empirical and Theoretical Study», *Colum. L. Rev.*, 1998, vol. 98, núm. 3, pp. 580-619.

Este artículo pone de manifiesto algunos aspectos de la llamada doctrina del *promissory estoppel* como fundamento del carácter vinculante de las promesas. En particular, se refiere al fracaso de la aplicación judicial de esta doctrina, al relieve que adquiere la confianza en estos casos y a la facilidad con la que los jueces conceden indemnización cuando la acción judicial tiene éxito. (J.M.B.S.)

HOCQUET-BERG, S.: «Les sanctions du défaut d'information en matière médicale», *GP*, 1998, núm. 252-253, pp. 12-20.

Se enfoca el trabajo partiendo del estudio de la obligación de información del médico, para continuar estudiando la responsabilidad civil por el defecto de información como violación de un derecho subjetivo. (I.S.P.)

HOPPE, J. F.: «Der Zeitpunkt der Aufklärung des Patienten -Kosequenzen der neuen Rechtsprechung», *NJW*, 1998, pp. 782-787.

Momento para la información del paciente: consecuencias de la nueva jurisprudencia.

En varias decisiones recientes el BGH se ha pronunciado acerca del momento para suministrar información al paciente. Esta jurisprudencia trae consigo una marcada agudización de la responsabilidad médica. Determinar el momento exacto de la información es a veces arriesgado para el BGH, demostrándose especialmente que en determinados casos la información ya debe resultar del acuerdo sobre los términos de la operación, frecuentemente semanas anteriores a la intervención. Además, el BGH se sirve a veces de una oscura terminología que trae como consecuencia una importante inseguridad jurídica. (M.P.G.R.)

IRTI, N.: «Scambi senza accordo», *RTDPC*, 1998, núm. 2, pp. 347-364.

Reflexión acerca de las variaciones en las relaciones jurídicas obligacionales, como consecuencia de los cambios lingüísticos, económicos y tecnológicos en el ámbito de la contratación y en la disciplina del mercado. (R.D.R.)

IZZO, A.: «Il collegamento contrattuale: nota in materia civile, arbitrale, internazionale e di conflitti di legge», *NGCC*, 1998, núm. 2, pp. 69-94.

Estudio de la materia de los contratos conexos en la doctrina y en la jurisprudencia civil; relación de tales contratos con el derecho de arbitraje y con el Derecho internacional privado. (*Alma R.G.*)

IZZO, N.: «È automatica e generalizzata la proroga legale biennale prevista dalla legge n. 359 del 1992 -nota a Cass. 6 marzo 1998 n. 2477», *GC*, 1998, núm. 6, pp. I 1568-1571. (R.D.R.)

JAMIN/BILLIAU: «Cession conventionnelle du contrat: la portée du consentement du cédé», *RDS*, 1998, núm. 14, pp. chr. 145-147.

El consentimiento del deudor en la cesión del contrato a la vista de la última jurisprudencia sobre el tema. (*I.S.P.*)

KLEIN, A.: «Nahrungsergänzung oder Arzneimittel?», *NJW*, 1998, pp. 791-796.

¿Complemento alimenticio o medicamento?

La frontera entre el complemento alimenticio y el medicamento tiene en muchos campos jurídicos un significado decisivo. Un producto que es sometido al Derecho alimentario resulta tratado desde el punto de vista jurídico de modo diferente a un producto sometido al Derecho médico. La problemática que presentan en relación al mercado los productos alimenticios no es frecuente en el caso de los medicamentos. La exposición de este artículo presenta una sistemática de los criterios de diferenciación, cuya utilización puede facilitar la discriminación entre complementos alimenticios y medicamentos. (*M.P.G.R.*)

KÖHLER, H.: «Die Rechte des Verbrauchers beim Teleshopping (TV-Shopping, Internet-Shopping)», *NJW*, 1998, pp. 185-190.

Los derechos del consumidor en las telecompras.

Además de la televisión, también se utiliza *Internet* para animar al consumidor en las telecompras. Este tipo de compras traen al consumidor no sólo ventajas, sino también riesgos. En este artículo se investiga qué protección proporciona el Derecho vigente al consumidor y que reformas, especialmente en el campo de ejecución de la Directiva de televisión a distancia, son necesarias. (*M.P.G.R.*)

KREINDLER, R./MAHLICH, Th.: «Das neue deutsche Schiedsverfahrensrecht aus ausländischer Sicht», *NJW*, 1998, pp. 563-568.

El nuevo Derecho de arbitraje alemán desde el punto de vista extranjero. El 25 de noviembre de 1997, el *Bundestag* ha aprobado la nueva ley de arbitraje alemana, que entró en vigor el 1 de enero de 1998. Esta ley contiene modificaciones de la ZPO. (*M.P.G.R.*)

KULMS, R.: «Herausgaberegeln, Haftungsnormen und unentziehbare Rechte im Bereicherungsrecht. Zum Schutz der Privatautonomie durch die Leistungskondiktion», *JZ*, 1998, pp. 430-435.

Normas de restitución, normas de responsabilidad y derechos indisponibles en el derecho de enriquecimiento. Sobre la protección de la autonomía privada a través de la *condictio de prestación*.

Las normas relativas a la restitución, la responsabilidad y los derechos indisponibles aclaran con qué amplitud el titular de la comercialización de su derecho lesionado debe recibir una compensación. (*M.P.G.R.*)

LAMBERT-FAIVRE, Y.: «L'etique de la responsabilité», *RTDC*, 1998, núm. 1, pp. 1-22.

El artículo se divide en dos partes, la primera trata de la ética de la responsabilidad desde la perspectiva del responsable y en ella se abordan los dos grandes temas de la sanción y la reparación. Se estudia la responsabilidad por hecho propio, por las cosas que se encuentran bajo nuestra guarda y por las personas por las que se debe responder.

En la segunda parte la ética de la responsabilidad se estudia desde el punto de vista de la víctima. El derecho de la víctima a una justa indemnización: el principio de la reparación integral de los perjuicios y el derecho de la víctima al placer del recurso penal. (*I.S.P.*)

LAUFS, A.: «Schädliche Geburten -und kein Ende», *NJW*, 1998, pp. 796-798.

Nacimiento dañoso. Ninguna solución.

Comentario a las dos decisiones –en cierta medida contradictorias– de las Salas Primera y Segunda del Tribunal Constitucional alemán emitidas en 1997, acerca de si el nacimiento de un hijo no deseado como consecuencia de un acto médico fallido es o no un daño resarcible. (*M.P.G.R.*)

LOMBARDI, R.: «La fattispecie concreta all'esame della Corte costituzionale –nota a C. Cost. 29 gennaio 1998 n. 1», *GC*, 1998, núms. 7-8, pp. I 1805-1808. (*R.D.R.*)

LORIZIO, M. A.: «Demani civici e nuovi modelli di gestione –nota a C. Cost. 21 novembre 1997 n. 345», *GC*, 1998, núm. 6, pp. I 1515-1517. (*R.D.R.*)

LUTTERMANN, Cl.: «Gentechnik und zivilrechtliches Haftungssystem», *JZ*, 1998, pp. 174-181.

Técnica genética y sistema de responsabilidad civil.

La técnica genética toca el núcleo de la vida y abre a los hombres nuevos horizontes. En el campo de la biotecnología se extiende el arco de la medicina humana y veterinaria hasta la agricultura. Comprende el cultivo de animales y plantas transgénicos, la producción de proteínas, así como el diagnóstico genético y la terapia genética. Este artículo trata de los aspectos relativos a la responsabilidad de los trabajos genéticos. Trata de presentar su fundamento y al mismo tiempo muestra un sistema de responsabilidad lleno de sentido. (*M.P.G.R.*)

MAGNUS, U.: «Elemente eines europäischen Deliktsrechts», *ZEuP*, 1998, pp. 602-614.

Partiendo de la necesidad de un Derecho de daños europeo, se exponen por el autor tanto las fuentes, autores y camino a seguir para alcanzar tal resultado, así como su contenido y elementos esenciales. (*I.G.P.*)

MARTINEK, M.: «Die Lehre von den Neuverhandlungspflichten-Bestandsaufnahme, Kritik... und Ablehnung», *AcP*, 1998, pp. 330-400.

Estudio crítico sobre la teoría enunciada por N. Horn, en 1981 (*AcP* 181, pp. 257 ss.) acerca de los deberes de negociación que incumben a las partes para adecuar o modificar el contenido del contrato en caso de que desaparezca la base del negocio o se desista del mismo por alteración de las circunstancias, teoría que ha tenido un importante eco en la doctrina alemana. El autor analiza la naturaleza y el contenido de tales deberes, su origen, contractual o legal, así como los distintos presupuestos que sirven de fundamento a los mismos: desaparición de la base del negocio o desistimiento en caso de relación duradera. Pero su conclusión es negar la existencia de tales deberes como regla general, sin desconocer su importancia y su posible reflejo en el clausulado contractual o en algunas normas. Pero en todo caso como algo de importancia marginal, y en modo alguno como uno de los problemas centrales del derecho contractual. (*I.G.P.*)

MEDICUS, D.: «Leistungsmängel und Schadensersatz», *JuS*, 1998, pp. 289-296.

Defectos de cumplimiento e indemnización de daños.

Las normas sobre daños por defecto en el cumplimiento pertenece a la menos afortunada y por ello más difícil parte del BGB. Tampoco la jurisprudencia ha logrado mejorar la situación. Este artículo muestra en los tipos contractuales más importantes las carencias legislativas y las tentativas para colmarlas, finalizando con una propuesta de reelaboración del Derecho de obligaciones alemán. (*M.P.G.R.*)

MEIER, S.: «Bereicherungsrechtliche Abwicklung nichtiger Verträge in England: Die Swap-Rechtsprechung», *ZEuP*, 1998, pp. 716-740.

El estudio de algunos supuestos jurisprudenciales, permite a la autora un breve análisis de los presupuestos y efectos de la pretensión o *condictio* por enriquecimiento sin causa en el Derecho inglés. (*I.G.P.*)

MEIER, K./WEHLAU, A.: «Die zivilrechtliche Haftung für Datenlöschung, Datenverlust und Datenzerstörung», *NJW*, 1998, pp. 1585-1591.

Responsabilidad civil por la extinción, pérdida y destrucción de datos.

Se estudia desde dos perspectivas distintas, la contractual y la extracontractual, la responsabilidad derivada de los daños que puedan producirse a través de la pérdida o destrucción de datos, fundamentalmente de *software* y otros con los que éste trabaja. Así se analiza la responsabilidad generada dentro del contrato de compraventa, contrato de obra o contrato de arrendamiento; desde la perspectiva extracontractual se analizan los distintos supuestos a la luz del § 823 I BGB, así como la eventualidad de aplicar la ley de responsabilidad por los productos. (*M.P.G.R.*)

MOGIN, P.: «Why Judges, Not Juries, Should Set Punitive Damages», *U. Chi. L. Rev.*, 1998, vol. 65, núm. 1, pp. 179-223.

El estudio plantea si la fijación de los llamados daños punitivos debe corresponder a un jurado o a los jueces federales y analiza el alcance de la séptima Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, que garantiza el derecho a un juicio con jurado en los casos civiles llevados ante el Tribunal Federal. (*J.M.B.S.*)

MONACHE, S./MALTONI, M./PELLEGRINI, L.: «Le nuove disposizioni in materia di trascrizione di contratti preliminari», *NLCC*, 1998, núm. 1, pp. 1-70.

Comentario acerca del problema de la transcripción, naturaleza jurídica, efectos, prelación, publicidad registral, embargos y otras cuestiones en torno al contrato preliminar, a la luz de la nueva normativa, introducida por el artículo 3. D.-I. 31 de diciembre de 1996, núm. 669, convertido con modificaciones en l. 28 de febrero de 1997, núm. 30. (*R.D.R.*)

MONTINARO, R.: «La figura giuridica di consumatore nei contratti di cui al capo XIV-bis titolo IV del codice civile», *GC*, 1998, núm. 5, pp. II 245 y ss. (*R.D.R.*)

MORELLI, M. R.: «Alla frontiera del “danno ingiusto” fermati ancora una volta gli interessi legittimi. Ma... -nota a C. Cost. 8 maggio 1998 n. 165 (ord.)», *GC*, 1998, núms. 7-8, pp. I 1765-1770. (*R.D.R.*)

MORELLI, M. R.: «Materiali per una configurazione del conto corrente bancario come contratto legalmente tipico», *GC*, 1998, núm. 4, pp. II 139-148.

Noción, génesis y evolución del contrato de cuenta corriente bancaria, con especial atención a la determinación de su naturaleza jurídica, para configurarlo como contrato legalmente típico. (*R.D.R.*)

NICOLI, A.: «Responsabilità da custodia per danni da propagazione di incendio e contratto di locazione -nota a Cass. 26 giugno 1997 n. 5706», *GC*, 1998, núm. 3, pp. I 846-854. (*R.D.R.*)

NORDEMANN, A./SCHIERHOLZ, A./NORDEMANN, J. B./CZYHOWSKI, Ch.: «Die Entwicklung der Gesetzgebung und Rechtsprechung zum Urheberrecht in den Jahren 1996 und 1997», *NJW*, 1998, pp. 422-434.

El desarrollo de la legislación y la jurisprudencia sobre derecho de autor en los años 1996-1997.

El derecho de autor está siempre sometido a la necesidad de modificaciones legislativas que dimanen del necesario desarrollo de las Directivas comunitarias tendentes a armonizar el derecho de autor en la Unión Europea. Por otro lado, es un sector del ordenamiento cuyo significado aumenta progresivamente a través de los llamados «nuevos medios». En el artículo se analiza esta evolución a través de los siguientes apartados: Derecho material, Derecho contractual, ejecución, sociedades de gestión y desarrollo del Derecho internacional. (*M.P.G.R.*)

NOTE: «Privacy, Photography and the Press», *Harv. L. Rev.*, 1998, vol. 111, núm. 4, pp. 1086-1103.

Consideraciones acerca de algunas propuestas recientes que pretenden ampliar la protección jurídica del derecho a la intimidad y restringir la liber-

tad de la actividad fotográfica en los lugares públicos. El autor afirma que en caso de conflicto los tribunales deberían tener en cuenta los aspectos expresivo, comunicativo e informativo de la fotografía. (*J.M.B.S.*)

NOTE: «Latent Harms and Risk-Bases Damages», *Harv. L. Rev.*, 1998, vol. 111, núm. 6, pp. 1505-1522.

Nota sobre los problemas que plantea la indemnización de los daños latentes (*latent harms*), cuya reclamación los demandantes no pueden ejercitar hasta que demuestren la vinculación causal entre el daño y el comportamiento de los demandados —con frecuencia, una vez que han transcurrido varios años. (*J.M.B.S.*)

PERRONE, R./NAPPI, F.: «Note critiche sulla nozione di condizione unilaterale», *RDC*, 1998, núm. 2, parte segunda, pp. 99-113.

Estudio crítico de las condiciones particulares impuestas unilateralmente en los contratos que «vulneran», en alguna medida, la autonomía de la voluntad, a través de un análisis de apreciaciones jurisprudenciales y doctrinales. (*R.D.R.*)

PICARDI, F.: «Rifiuto dell'adempimento tardivo e risoluzione del contratto -nota a Cass., sez. un., 9 luglio 1997 n. 6224», *GC*, 1998, núm. 3, pp. I 828-836. (*R.D.R.*)

PLAIA, A.: «Sull'ammissibilità dell'azione di esatto adempimento in presenza di vizi del bene venduto o promesso in vendita», *CI*, 1998, núm. 1, pp. 123-163.

Análisis de las razones favorables o contrarias a la admisión de la acción de condena del vendedor a la eliminación de los vicios de un bien en un contrato preliminar de compraventa. (*Alma R.G.*)

POLIMENO, L.: «I raggiri ex art. 1439, comma 1, c. c.: sviluppi e contrasti giurisprudenziali alla luce delle decisioni dell'Autorità garante -nota a Pret. Bologna 8 aprile 1997», *GC*, 1998, núm. 3, pp. I 880-891. (*R. D. R.*)

POLINSKY, M./SHAVELL, S.: «Punitive Damages: An Economic Analysis», *Harv. L. Rev.*, 1998, vol. 111, núm. 4, pp. 869-962.

El artículo desarrolla un conjunto de principios para determinar cuándo deben concederse los daños punitivos y cuál debe ser su alcance. Revisa la teoría de la prevención general desde un punto de vista económico, analiza la función punitiva de este tipo de daños y expone los principios que emplean los tribunales en esta materia. En un apéndice reproduce el modelo de instrucciones que habitualmente se entrega al jurado en estos casos. (*J.M.B.S.*)

POMARES, V.: «Leasing, qualità essenziali della cosa ed interpretazione del contratto», *NGCC*, 1998, núm. 3, pp. 373-375.

Comentario a la sentencia de Cass. de 3 de abril de 1997 núm. 2885 respecto a la estructura e interpretación del contrato de *leasing*. (*Alma R.G.*)

PONZANELLI, G.: «La misura dell'indennizzo per le "vittime" di vaccinazione obbligatorie: il nuovo intervento della Corte costituzionale», *FI*, 1998, vol. 5, pp. 1370-1374.

Nota a la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de febrero de 1998 núm. 27 sobre el derecho a la salud entre la seguridad y la responsabilidad civil. (*Alma R.G.*)

POZZO, B.: «La retroattività della responsabilità civile per danno ambientale: alla ricerca delle ragioni di un “obiter” della Cassazione», *FI*, 1998, vol. 4, pp. 1143-1155.

La reparación de los daños ambientales exige, tanto para los hechos regulados por el artículo 2043 del código civil como para los regulados en el artículo 18 de la Ley 349/1986, no sólo el elemento objetivo de la destrucción del ambiente natural sino también el elemento subjetivo intencional (conducta dolosa o culposa). (*Alma R.G.*)

PUTTI, L. M.: «Clausole abusive nei contratti del consumatore e tutela inibitoria ex art. 1469 sexies, comma 2.º, cod. civ.», *NGCC*, 1998, núm. 3, pp. 323-331.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Palermo de 22 de octubre de 1997 sobre el control de las cláusulas abusivas en los contratos de consumidores, en concreto, competencia exclusiva del juez ordinario para la concesión de la tutela inibitoria. (*Alma R.G.*)

RENAUT, M. H.: «L'indemnisation des victimes d'infractions. Un système inéquitable et peu cohérent», *GP*, 1998, núm. 1, 214-216, pp. 2-4.

Formas legales de protección de los intereses materiales de las víctimas de infracciones penales. Supresión de la condición de insolvencia del autor. (*I.S.P.*)

RICCIO, A.: «La formalizzazione, da parte di un erede, del contratto immobiliare risultante da scrittura privata non autenticada», *CI*, 1998, núm. 1, pp. 417-420.

Ante el caso singular de una escritura privada sin firma auténtica cuyo objeto es la transmisión de la propiedad de un inmueble existen dos posibles soluciones: por una parte, el recurso a la figura de la obligación indivisible y por otra, el recurso a la figura del mandato *post mortem ad exequendum*. (*Alma R.G.*)

RINALDI, F.: «Non é qualificabile come “consumatore” chi acquista beni per l'esercizio futuro di una attività di impresa», *NGCC*, 1998, núm. 3, pp. 346-351.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la CEE de 3 de julio de 1997 causa C-269/95 relativa a la identificación del concepto de consumidor. (*Alma R.G.*)

SAMMARCO, P.: «Appalto di software e trasferimento dei diritti», *GC*, 1998, núm. 3, pp. II 77-106.

Acercamiento al contrato de informática para el suministro de un sistema informático con cesión de derechos de utilización económica. (*R.D.R.*)

SAPIO, G.: «Lesione della sfera psico-affettivo-emotiva e responsabilità contrattuale -nota a Pret. Salerno, sez, Eboli, 17 febbraio 1997», *GC*, 1998, núms. 7-8, pp. I 2039-2046. (*R.D.R.*)

SARGOS, P.: «La fixation du point de départ de la prescription en matière d'assurances», *SJ*, 1998, núm. 18, I-130, pp. 747-752.

Problemas que plantea el plazo de dos años de prescripción en materia de garantías ante la corte de Casación civil. El caso planteado en la decisión de 31 de marzo de 1998 y su innovación. (*R.A.R.*)

SCHÖCH, H.: «Das Bundes-Boden-Schutzgesetz», *NJW*, 1998, pp. 1263-1269.

La Ley de protección del suelo federal.

Con la largo tiempo esperada ley de protección del suelo federal (BBOdSchG) por primera vez el Estado federal ha reglamentado de manera unitaria la problemática planteada por las alteraciones dañinas del suelo y eliminación de los residuos, cuya regulación hasta ahora estaba marcada por la dispersión procedente de las normas de los *Länder*. El artículo da un vistazo sobre la nueva ley que se completará con una segunda ley, ahora en proyecto, que también es objeto de análisis. (*M.P.G.R.*)

SCHÁN, W.: «Prinzipien des bargeldlosen Zahlungsverkehrs», *AcP*, 1998, pp. 410-456.

El autor plantea la necesidad de formular los principios que presiden los medios de pago de deudas pecuniarias que no suponen la entrega de metálico. El estudio se detiene en primer lugar en el análisis de las normas del BGB sobre el pago con dinero y los principios que inspiran esta regulación, para examinar a continuación la presencia y aplicación de tales principios cuando se utilizan otros medios de pago. (*I.G.P.*)

SCHUHMAN, R.: «Waisenkind des AGB-Gesetzes: der Mustervertrag im kaufmännischen Individualgeschäft», *JZ*, 1998, pp. 127-132.

Huérfano en la ley de condiciones generales. El contrato-tipo en el negocio individual del comerciante.

El artículo considera críticamente la orientación estructural de la AGBG respecto de los contratos en masa, y con ello muestra las dificultades para su aplicación a los contratos individuales que frecuentemente pueden presentarse como contratos tipo. (*M.P.G.R.*)

SCHWARZE, R.: «Die Garantiehaftung des Verkäufers bei Leistungsstörungen in der Kaufverkaskette», *JuS*, 1998, pp. 13-17.

La responsabilidad del vendedor por prestación defectuosa en las cadenas de contratos. (*M.P.G.R.*)

SINISI, A. V.: «L. 8 luglio 1992 n. 359, art. 5-bis: contrasto giurisprudenziale in ordine all'applicazione del comma 7-bis alle aree agricole -nota a Cass. 3 marzo 1998 n. 2336 e Cass. 24 luglio 1997 n. 6912», *GC*, 1998, núm. 6, pp. I 1587-1589. (*R.D.R.*)

SMITH, S. A.: «Contracts for the Benefit of Third Parties: in Defence of the Third-Party Rule», *Oxford J. Legal Stud.*, 1997, vol. 17, núm. 4, pp. 643-664.

El artículo defiende la actualidad de la regla de la eficacia relativa de los contratos y considera que los problemas que plantea el contrato en beneficio de tercero no se derivan exclusivamente de ese principio sino de una pluralidad de problemas propios del derecho de obligaciones. En su parte

final examina la reciente propuesta de reforma de ese principio por parte de la *Law Commission*. (*J.M.B.S.*)

STEVENS, J.: «Having your Cake and Eating It? Union Eagle Ltd v. Golden Achievement Ltd», *Mod. L. Rev.*, 1998, vol. 61, núm. 2, pp. 255-262.

El autor denuncia el rigor de los efectos que produce para el comprador de una finca el incumplimiento del contrato sometido a término esencial cuando éste se debió a un breve retraso y no produjo perjuicio al vendedor. (*A.R.G.*)

STÜRNER, R.: «Das Bundesverfassungsgericht und das frühe menschliche Leben-Schadensdogmatik als Ausformung humaner Rechtskultur?», *JZ*, 1998, pp. 316-330.

El presente artículo trata del conflicto entre las dos Salas del Tribunal Constitucional Alemán sobre la existencia de un niño no deseado como fuente de daños (SS de la Sala Primera de 12 de noviembre de 1997 y de la Sala Segunda de 22 de octubre de 1997, respectivamente recogidas en esta misma revista, *JZ*, 1998, pp. 352 ss. y 356 ss.). Esboza el desarrollo de la jurisprudencia alemana sobre el tema y da una panorámica de Derecho comparado. Como resultado considera necesario que el legislador tome medidas al respecto, donde se plasmen las reflexiones sobre la necesidad de cuidado de los hijos no deseados. (*M.P.G.R.*)

SUNSTEIN, C. R./KAHNEMAN, D./SCHKADE, D.: «Assessing Punitive Damages (with Notes on Cognition and Valuation in Law)», *Yale L. J.*, 1998, vol. 107, núm. 7, pp. 2071-2153.

El artículo investiga las razones de la arbitrariedad y de la falta de previsibilidad de los fallos relativos a los daños punitivos y realiza un estudio conductivista del derecho, de los principios que rigen esta institución y de su marco constitucional. (*J.M.B.S.*)

TEFF, H.: «Liability for Negligently Inflicted Psychiatric Harm: Justifications and Boundaries», *Cambridge L. J.*, 1998, vol. 57, pp. 91-122.

El autor denuncia la práctica de los tribunales ingleses que limita de modo arbitrario la responsabilidad civil por daños psicológicos causados por una conducta culposa. En su lugar propone una serie de pautas para tratar los casos de este tipo de un modo adecuado. (*A. R. G.*)

TEMPEL, O.: «Zur Kündigung von Reiseverträgen wegen terroristischer Anslage», *NJW*, 1998, pp. 1827-1831.

El autor, uno de los mayores especialistas alemanes en Derecho de viajes, se plantea bajo qué presupuestos una de las partes del contrato de viaje, especialmente el viajero, a causa de eventuales y previsibles atentados terroristas en el lugar de destino del viaje puede prevalerse del derecho a resolver el contrato de forma anticipada en los términos del § 651j I BGB, mostrándose además crítico con la restrictiva interpretación que de este precepto hacen los tribunales alemanes. (*M.P.G.R.*)

TEUBNER, G.: «Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in the New Divergences», *Mod. L. Rev.*, 1998, vol. 61, núm. 1, pp. 11-32.

Teubner analiza el principio de buena fe, introducido en el Derecho británico por la *Unfair Terms in Consumer Contracts Act 1994*, y defiende que este tipo de «trasplante jurídico» –especialmente en el marco comunitario europeo– no ayuda a que se aproximen los diversos sistemas jurídicos nacionales. (A.R.G.)

VIDIRI, G.: «Riscatto del bene oggetto di leasing e poteri *ex art.* 2298 c.c. dell'amministratore di una società in nome collettivo –nota a Cass. 13 febbraio 1998 n. 1550», *GC*, 1998, núm. 6, pp. I 1611-1613. (R.D.R.)

VINEY, G.: «Responsabilité civile. Chronique d'actualité», *SJ*, 1998, núm. 25, I-144, pp. 1094-1104.

Posición de la jurisprudencia francesa más reciente en la materia. (R.A.R.)

VINEY, G.: «L'introduction en droit français de la directive européenne du 25 juillet 1985 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux», *RDS*, 1998, núm. 31, pp. chr. 291-299.

Diferencias de inserción de la directiva europea entre Francia y otros países miembros. Análisis de la nueva normativa y su innovación en el Código francés, artículo 1386-18. (I.S.P.)

WIGHTMAN, J.: «Negligent Valuations and a Drop in the Property Market: the Limits of the Expectations Loss Principles», *Mod. L. Rev.*, 1998, vol. 61, núm. 1, pp. 68-76.

El artículo analiza una reciente sentencia de la *House of Lords* que clarifica la responsabilidad de los tasadores y peritos y adopta el criterio del alcance de sus deberes para determinar su responsabilidad. (A.R.G.)

ZAMIR, E.: «The Inverted Hierarchy of Contract Interpretation and Supplementation», *Colum. L. Rev.*, 1997, vol. 97, núm. 6, pp. 1710-1803.

El artículo propone un orden jerárquico invertido de las fuentes de interpretación e integración del contrato que, de acuerdo con datos empíricos y consideraciones de tipo económico, sociológico y psicológico, refleja más correctamente el comportamiento real de las partes. Ese orden da prioridad a los parámetros de razonabilidad y buena fe, a las normas dispositivas y a los usos del comercio. (J.M.B.S.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

ALBERTINI, L.: «Sui marchi descrittivi (caso "strass") -nota a Cas. 23 febbraio 1998 n. 1929», *GC*, 1998, núms. 7-8, pp. I 1916-1922. (R.D.R.)

ANICETTI, D.: «Lo sfruttamento pubblicitario della notorietà tra concessione di vendita e contratto di sponsorizzazione -nota a Cass. 11 ottobre 1997 n. 9880», *GC*, 1998, núm. 4, pp. I 1061-1067. (R.D.R.)

ANNUNZIATA, M.: «Struttura bifasica del procedimento possessorio e conclusione con ordinanza "secca" -osservazione a C. Cost. 9 aprile 1998 n. 126 (ord.)», *GC*, 1998, núms. 7-8, pp. I 1780-1781. (R.D.R.)

AUTERI, P. Y OTROS: «Adeguamento della legislazione interna in materia di proprietà industriale alle prescrizioni obbligatorie dell'accordo relativo agli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale concernenti il commercio», *NLCC*, 1998, núm. 1, pp. 71-170.

Análisis del decreto legislativo de 19 de marzo de 1996, núm. 198, sobre diversas cuestiones de propiedad industrial, en aras de la creación de un régimen internacional de la propiedad industrial y del derecho de autor, tras el Acuerdo TRIPs. (R.D.R.)

BARNSELY, D. G.: «Co-owners' Rights to Occupy Trust Land», *Cambridge L. J.*, 1998, vol. 57, pp. 123-145.

Examen crítico de las secciones de la *Trusts of Land and Appointment of Trustees Act* 1996 que permiten a los condóminos (*tenants in common*) ocupar la finca de su propiedad, aun contra la voluntad de los *trustees*. (A.R.G.)

BERNARD, A.: «Expropriation pour cause d'utilité publique», *SJ*, 1998, núm. 26, I-147, pp. 1153-1156.

Fase administrativa y judicial del problema. Los distintos aspectos vistos desde el punto de vista de la jurisprudencia francesa más reciente. (R.A.R.)

BOURGOIS, M. J.: «Aperçu rapide sur la loi n.º 98-566 du 8 juillet 1998 relative à la protection des acquéreurs de l'utilisation à temps partiel de biens immobiliers», *SJ*, 1998, núm. 30, Actualité, pp. 1361-1362.

Adaptación de la legislación francesa a la Directiva Europea 94/47/CE sobre utilización a tiempo parcial de bienes inmuebles. (R.A.R.)

BUCHER, E.: «Die Eigentums-Translativwirkung von Schuldverträgen: Das "Woher" und "Wohin" dieses Modells des Code Civil», *ZEuP*, 1998, pp. 615-669.

Estudio sobre el principio de transmisión consensual del dominio en el *Code civil*. El autor analiza la doctrina anterior a la codificación, las posibles influencias de la escuela racionalista de Derecho natural, o del principio romano *periculum est emptori*, así como la valoración de aquel principio por la doctrina francesa y su trascendencia en la práctica. (I.G.P.)

BURDESE, A.: «Sulla tipicità delle servitù prediali in diritto romano», *Archiv. Giur.*, 1998, 1-2, pp. 3-36.

En el contexto más amplio de la cuestión acerca del *numerus clausus* de derechos reales, que se plantea tanto en relación con el ordenamiento romano, como en el actual ordenamiento italiano, el autor se centra en la figura de las servidumbres prediales en el Derecho romano preclásico y clásico. El autor distingue entre la tipicidad y el número cerrado de derechos reales: en relación con las servidumbres prediales puede hablarse de la ausencia de un principio de *numerus clausus*, y la existencia, no obstante, de una tipicidad de la figura. (C.J.D.)

CAROSONE, O.: «Filmato pubblicitario: dalla violazione dei diritti di utilizzazione economica dell'opera al denegato risarcimento dei danni», *Dir. Aut.*, 1998, núm. 3, pp. 374-376.

Dos son las cuestiones debatidas en la sentencia del Tribunal de Roma de 7 de octubre de 1997: la titularidad exclusiva de Italia sobre los derechos de utilización económica de la obra musical *Rhapsody in Blue* de George Gershwin y el resarcimiento de los daños por la violación de los derechos exclusivos sobre tal obra. (*Alma R.G.*)

CERVINI, A.: «Efficacia delle annotazioni di erogazioni in margine all'ipoteca iscritta in base al contratto condizionato di mutuo -nota a Cass. 24 aprile 1997 n. 3618», *GC*, 1998, núm. 4, pp. I 1168-1171. (*R.D.R.*)

CONTALDO, A.: «Profili giuridici della piattaforma digitale», *Dir. Aut.*, 1998, núm. 3, pp. 291-304.

Artículo sobre la evolución legislativa en materia de radiotelevisión, en especial sobre el instrumento técnico de la plataforma única para las transmisiones digitales vía satélite y vía cable. (*Alma R.G.*)

CONTALDO, A.: «Il preuso delle frequenze e l'etere come bene giuridico -nota a Cass., sez. un., 21 novembre 1997 n. 11621», *GC*, 1998, núm. 6, pp. I 1671-1677. (*R.D.R.*)

CROZE, H./MOUSSA, T.: «La loi n.º 98-46 du 23 janvier 1998 renforçant la protection des personnes surendettées en cas de saisie immobilière», *SJ*, 1998, núm. 15, Actualité, pp. 633-636.

Notas a la ley citada cuyo fin primordial es la protección de la persona embargada, reforzando su información, derecho a oponerse al precio fijado, suspensión del procedimiento y petición de una reducción del préstamo debido. (*R.A.R.*)

DI GARBO, G.: «Marchio e libera circolazione delle merci: diritti in conflitto nella giurisprudenza della Corte di giustizia (il caso Ballantine) -nota a C. Giustizia CE 11 novembre 1997 in causa C-349/95», *GC*, 1998, núm. 6, pp. I 1479-1483. (*R.D.R.*)

FABIANI, M.: «I conflitti di legge nei contratti internazionali di cessione di diritti di autore», *Dir. Aut.*, 1998, núm. 2, pp. 131-148.

Artículo dedicado a la necesidad de adoptar instrumentos internacionales idóneos para la tutela de los derechos de autor, sobre todo por la capacidad de la obra —en cuanto bien inmaterial— de atravesar las fronteras y de constituir objeto de relaciones plurales entre varios países. (*Alma R.G.*)

FABIANI, M.: «*Mein Kampf*: a chi spetta il diritto di autore?», *Dir. Aut.*, 1998, núm. 3, pp. 331-337.

Artículo dedicado a los diversos debates sobre la licitud de la publicación en varios países de la famosa obra de Hitler. (*Alma R.G.*)

FANTINI, S.: «Natura giuridica del parere previsto per il rilascio della concessione in sanatoria relativa ad aree vincolate ed annullamento ministeriale ai fini di tutela ambientale -nota a TAR Umbria 13 novembre 1997 n. 559», *GC*, 1998, núms. 7-8, pp. I 2057-2064. (*R.D.R.*)

FIROUZ-ABADIE, M.: «L'emploi de la langue française par les personnes publiques dans les achats informatiques et la fourniture des services», *GP*, 1998, núm. 210-211, pp. 6-11.

Utilización del lenguaje francés en la redacción de contratos y documentos por personas con empleos de servicio público. (*I.S.P.*)

FRAGOLA, A.: «Aspetti giuridici dell'audiovisivo -Undicesima serie», *Dir. Aut.*, 1998, núm. 3, pp. 269-279.

Artículo dedicado a la restauración de películas y a los derechos del restaurador. También a la relación existente entre el uso privado o cuasi privado de la pornografía y el derecho de autor. (*Alma R.G.*)

GALAN, P.: «Les cessions gratuites de terrains de l'article R. 332-15 du code de l'urbanisme: une contribution financière aux incidences patrimoniales publiques et privées multiples», *RDI*, 1998, núm. 1, pp. 49-64.

Comienza por el estudio de las condiciones de la cesión: la finalidad; el hecho generador y el contenido de la cesión. Posteriormente trata la realización de la cesión: la transferencia de la propiedad; el momento. Finaliza hablando de la gestión de los fondos objeto de la cesión. (*I.S.P.*)

GITTON, A.: «L'auteur, ses droits, la SACEM et l'Internet», *GP*, 1998, núm. 221-223, pp. 16-17.

Autorización de usar una obra musical mediante *Internet*. Consecuencias sobre los derechos de su autor. (*I.S.P.*)

GIUSSANI, A.: «Intorno al regime della pronuncia sulla domanda di reintegrazione nel possesso (ed al pericolo di metastasi della tutela)», *NGCC*, 1998, núm. 3, pp. 397-402.

Comentario a la sentencia de Cass. de 11 de agosto de 1997 núm. 7472 sobre tutela posesoria después de la reforma del proceso civil. (*Alma R.G.*)

GUGLIEMMELLO, C.: «La c. d. accessione invertita a favore della pubblica amministrazione», *GC*, 1998, núms. 7-8, pp. II 331-353.

Examen de la figura de la accesión invertida, en relación con las particularidades que presenta la intervención, como parte, de la Administración pública, al construir una obra pública sobre suelo privado, sin la previa adopción del decreto de expropiación. Opiniones y críticas doctrinales a las diferentes soluciones aportadas. (*R.D.R.*)

HO, H. L.: «Some Reflections on "Property" and "Title" in the Sale of Goods Act», *Cambridge L. J.*, 1997, vol. 56, pp. 571-598.

El artículo pretende explicar la relación que existe entre los conceptos de «propiedad» (*property, ownership*) y «título» (*title*), especialmente en el marco de la *Sale of Goods Act 1979*. (*A.R.G.*)

HUET, J.: «Quelle culture dans le "cyber-espace" et quels droits intellectuels pour cette "cyber-culture"», *RDS*, 1998, núm. 18, pp. chr. 185-194.

Influencia del desarrollo informático y la aparición de *Internet* en los Derechos de propiedad intelectual, concretamente en el derecho de autor. Protección y formas de mejorar la protección convencional. (R.A.R.)

JARASS, H. D: «Neue (und alte) Probleme bei der Änderung immissionschutzrechtlicher Anlagen», *NJW*, 1998, pp. 1097-1102.

Nuevos y viejos problemas por las modificaciones introducidas por la ley, sobre aceleración y simplificación de los procedimientos de aprobación en los casos de instalaciones susceptibles de causar inmisiones potencialmente dañinas, de 9 de octubre de 1996. (M.P.G.R.)

JUST, N.: «Das Rangvehältnis zwischen Sicherungshypothek und der Restkaufgeldhypothek», *JZ*, 1998, pp. 120-127.

La relación de rango entre la hipoteca de seguridad y el pacto de reserva de hipoteca. (M.P.G.R.)

LATREILLE, A.: «La création multimédia comme oeuvre audiovisuelle», *SJ*, 1998, núms. 31-35, I-156, pp. 1419-1424.

Los problemas de incardinación de las obras de multimedia en el ámbito del Derecho de propiedad intelectual. La aplicación de los artículos L.132-23 del Código de Propiedad Intelectual. (R.A.R.)

LORIZIO, M. A.: «Demani civici e nuovi modelli di gestione -nota a C. Cost. 21 novembre 1997 n. 345», *GC*, 1998, núm. 6, pp. I 1515-1517. (R.D.R.)

LUISSO, F./MONTELEONE, G./SACCO, R./VERDE, G.: «La tutela possessoria nella sentenza delle Sez. Un., della Cassazione n. 1984 del 1998», *GC*, 1998, núm. 5, pp. II 187-196. (R.D.R.)

MANNETTA, A.: «L'art. 17 della l. 6 agosto 1967 n. 765, ovvero la vitalità di una norma "transitoria" ad oltre trent'anni dalla sua entrata in vigore -nota a Cass. 27 gennaio 1998 n. 784», *GC*, 1998, núm. 4, pp. I 967-968. (R.D.R.)

MARTONE, M.: «Sulle invenzioni dei dipendenti -osservazione a Cass. 5 novembre 1997 n. 10851», *GC*, 1998, núms. 7-8, pp. I 1990-1992. (R.D.R.)

MARZANO, P.: «Sistemi anticopiaggio, tatuaggi elettronici e responsabilità online: il diritto d'autore risponde alla sfide di internet», *Dir. Aut.*, 1998, núm. 2, pp. 149-167.

Estudio sobre las diversas formas de responsabilidad ante las lesiones de derechos patrimoniales de autor vía *Internet* y sobre los sistemas de prevención de tales lesiones. (Alma R.G.)

MONDINI, A.: «La fase introduttiva del processo possessorio dopo la sentenza delle Sezioni unite -nota a C. Cost. 9 aprile 1998 n. 126 (ord.)», *GC*, 1998, núms. 7-8, pp. I 1781-1786. (R.D.R.)

PAWLOWSKI, M.: «New Limits on Proprietary Estoppel Doctrine», *L. Q. R.*, 1998, vol. 114, pp. 351-354.

El autor analiza críticamente los requisitos impuestos por los tribunales ingleses para impedir la expansión de la doctrina del *proprietary estoppel*. (A.R.G.)

PROTO, M.: «Nuove prospettive in tema di multiproprietà azionaria (in attesa dell'intervento del legislatore) -nota a Cass. 10 maggio 1997 n. 4088», *GC*, 1998, núm. 4, pp. I 1150-1164. (R.D.R.)

ROUTIER, R.: «Un substitut à la propriété immobilière: les coopératives de logements», *RDI*, 1998, núm. 2, pp 175-181.

Sobre la realidad de la utilización de esta fórmula en el mundo entero y la adaptación a un modelo funcional. (I.S.P.)

SAMMARCO, P.: «Appalto di software e trasferimento dei diritti», *GC*, 1998, núm. 3, pp. II 77-106.

Acercamiento al contrato de informática para el suministro de un sistema informático con cesión de derechos de utilización económica. (R. D. R.)

SCHERMI, A.: «Sulla proponibilità delle opposizioni all'esecuzione dopo la chiusura del processo esecutivo -nota a Cass. 20 ottobre 1997 n. 10259», *GC*, 1998, núms. 7-8, pp. I 1994-1996. (R.D.R.)

SEBASTIO, F.: «La confusione del marchio in rapporto con la normativa sulla concorrenza sleale e la normativa antitrust (legge n. 287 del 1990) -nota a Cass. 9 marzo 1998 n. 2578», *GC*, 1998, núm. 6, pp. I 1559-1565. (R.D.R.)

SIMMLER, P./DELEBECQUE, P.: «Droit des sûretés», *SJ*, 1998, núm. 27, I-149.

Jurisprudencia francesa reciente en materia de garantías personales y reales. (R.A.R.)

VACCARELLA, R.: «Per le sezioni unite esiste (ed esisteva anche prima) il c. d. merito possessorio -nota a Cass. Sez. un., 24 febbraio 1998 n. 1984», *GC*, 1998, núm. 3, pp. I 637-639. (R.D.R.)

VIOTTI, G.: «La Cassazione sulla multiproprietà azionaria», *NGCC*, 1998, núm. 2, pp. 295-299.

Comentario a la sentencia de Cass. de 10 de mayo de 1997 núm. 4008 sobre la multipropiedad de acciones, que se caracteriza porque se constituye en la persona del accionista un derecho al goce del inmueble y de los servicios comunes para una determinada fracción de tiempo. (Alma R.G.)

WENAR, L.: «The Concept of Property and the Takings Clause», *Colum. L. Rev.*, 1997, vol. 97, núm. 6, pp. 1923-1946.

El autor examina el impacto que tuvo entre la doctrina la definición de propiedad (*property*) a principios del siglo XX y razona que su caracterización como derechos –en lugar de como cosas tangibles– indujo a hacer interpretaciones extremas de la llamada *Takings Clause*, lo que en la actualidad ha dejado de ser necesario. (J.M.B.S.)

WILHELM, J.: «Die Entwicklung des Zivilrechts aus seinen Grundsätzen am Beispiel des Anspruch auf Rückgewähr der nicht valuierten Sicherungsgrundschuld in Zwangsversteigerung und Zwangsvollstreckung», *JZ*, 1998, pp. 18-23.

El desarrollo del Derecho civil a partir de sus principios como ejemplo del derecho a la restitución de las deudas inmobiliarias de seguridad no valoradas en la subasta forzosa y en la ejecución forzosa. (*M.P.G.R.*)

DERECHO DE FAMILIA

AA. VV.: «Droit de la famille», *SJ*, 1998, núm. 28, I-151, pp. 1270-1276.

Notas a diversas decisiones de los tribunales franceses sobre la materia: validez del matrimonio, concubinato, divorcio y filiación. (*R.A.R.*)

AA. VV.: «Régimes matrimoniaux», *SJ*, 1998, núm. 20, I-135, pp. 863-872.

Notas a las últimas decisiones jurisprudenciales de distintos tribunales franceses sobre régimen primario matrimonial (domicilio, deudas del matrimonio y seguro), cambio de régimen matrimonial, activo y pasivo de la masa patrimonial, administración de la masa conyugal y disolución de la comunidad de bienes. (*R.A.R.*)

AMBROSINI, M. T.: «Ancora sul giudizio di ammissibilità dell'azione per la dichiarazione di genitorialità naturale», *DFP*, 1998, núm. 2, pp. 553-561.

Comentario a la sentencia de Cass. de 10 de enero de 1998 sobre los requisitos necesarios para la admisión de la acción de declaración judicial de paternidad o maternidad natural, en especial, la correspondencia de la acción con el interés del menor. (*Alma R.G.*)

BALDINI, G.: «Volontà e procreazione: ricognizione delle principali questioni in tema di surrogazione di maternità», *DFP*, 1998, núm. 2, pp. 754-783.

Profundo estudio de las implicaciones morales, sociales y jurídicas que supone una nueva forma de fecundación artificial heteróloga, consistente en la intervención de una mujer extraña a la pareja en el proceso de procreación. (*Alma R.G.*)

BEIGNIER, B.: «A propos du concubinage homosexuel», *RDS*, 1998, núm. 21, pp. chr. 215-217.

Estudio crítico a la sentencia de la Corte de Casación, sección civil, de 17 de diciembre de 1997, en la que sólo se admite el concubinato entre hombre y mujer. (*R.A.R.*)

BOTTI, G. C.: «Il fondo patrimoniale: pubblicità, opponibilità e strumenti di reazione dei terzi creditori. (A proposito di Corte cost. 6 aprile 1995 n. 111)», *DFP*, 1998, núm. 1, pp. 393-425.

Artículo dedicado a los problemas que derivan de la publicidad y utilización en fraude de acreedores del acto constitutivo del fondo patrimonial entre cónyuges. (*Alma R.G.*)

BUSCHE, J.: «Unterhaltsansprüche nach Beedigung nichtehelicher Lebensgemeinschaften», *JZ*, 1998, pp. 387-396.

Derecho de alimentos a la finalización de una unión de hecho.

El número de parejas de hecho ha aumentado considerablemente en el último decenio. Con ello se incrementa la discusión sobre el tratamiento jurídico de esta forma de convivencia social que debe ser vista en el marco y con los límites que da la protección constitucional del matrimonio (art. 6.1 GG). En relación con ello el autor se cuestiona la viabilidad del derecho de alimentos a la finalización de la convivencia, que además de dogmático-jurídicos tiene aspectos de política jurídica. (*M.P.G.R.*)

CARRIERE, J. L.: «It's Déjà Vu All Over Again: The Covenant Marriage Act in Popular Cultural Perception and Legal Reality», *Tul. L. Rev.*, 1998, vol. 72, núm. 5, pp. 1701-1748.

La *Covenant Marriage Act* de Louisiana (1997) permite a las parejas optar por una autorización matrimonial que les obligue a recibir asesoramiento prematrimonial y a asumir un compromiso de pedir asesoramiento en caso de dificultades matrimoniales. No obstante, el autor duda de que la ley vaya a poder cumplir el propósito de reducir la tasa de divorcios. (*J.M.B.S.*)

CASINI, F. G.: «Brevi note in tema di determinazione dell'assegno di mantenimento nella separazione personale dei coniugi -nota a Cass. 30 luglio 1997 n. 7127», *GC*, 1998, núm. 5, pp. I 1416-1419. (*R.D.R.*)

CHIMENTI, B. A.: «Interesse del minore di età e profili di rilevanza del consenso -nota a Cass. 15 gennaio 1998 n. 317», *GC*, 1998, núm. 5, pp. I 1285-1293. (*R. D. R.*)

CRETNEY, S. M.: «The State as a Parent: the Children Act 1948 in Retrospect», *L. Q. R.*, 1998, vol. 114, pp. 419-459.

El autor examina el complejo contexto histórico de la promulgación de la *Children Act 1948*. (*A. R. G.*)

DE RUBEIS, D.: «Inseminazione eterologa: consenso del marito, azione di disconoscimento di paternità e tutela del bambino», *DFP*, 1998, núm. 2, pp. 522-528.

Comentario a la ordenanza del Tribunal de Nápoles de 2 de abril de 1997 sobre si constituye una hipótesis de responsabilidad civil el ejercicio de la acción de desconocimiento de la paternidad por parte del marido, cuando éste ha consentido previamente la inseminación artificial heteróloga de su mujer. (*Alma R.G.*)

DEWAR, J.: «The Normal Chaos of Family Law», *Mod. L. Rev.*, 1998, vol. 61, núm. 4, pp. 467-485.

El artículo entiende que el Derecho de familia es caótico y contradictorio, pero que ello es normal y no constituye un riesgo grave para el sistema. Afirma que el legislador utiliza el desorden para influir de un modo general en la conducta de las personas. (*A.R.G.*)

DI GAETANO, L.: «L'adozione del minore da parte del coniuge del genitore. La fortuna (o il drama) di avere tre genitori -nota a Cass. 30 gennaio 1998 n. 978», *GC*, 1998, núms. 7-8, pp. I 1956-1959. (R.D.R.)

DUBLER, A. R.: «Governing Through Contract: Common Law Marriages in the Nineteenth Century», *Yale L. J.*, 1998, vol. 107, núm. 6, pp. 1885-1920.

Análisis del crecimiento en los Estados Unidos de la doctrina del *common law marriage* a lo largo del siglo XIX, de la crítica que ésta recibió con base a fundamentos morales y sociales, de la debilidad de la concepción *marriage-as-contract language* y de la substitución de aquella doctrina por lo que el autor llama “*governing through contract*”, esto es, por el reconocimiento público de las relaciones entre individuos como relaciones contractuales en el marco de una política social. (J.M.B.S.)

FERRANDO, G.: «Le conseguenze patrimoniali del divorzio tra autonomia e tutela», *DFP*, 1998, núm. 2, pp. 722-738.

Estudio amplio sobre los efectos patrimoniales del divorcio: ruptura de la comunión legal de bienes, asignación de la vivienda familiar, cesación de los derechos sucesorios... y, en especial, la pensión de divorcio. (Alma R.G.)

FINOCCHIARO, M.: «Pendenza del giudizio sull' “addebito” della separazione e (im)proponibilità della domanda di divorzio -nota a Cass. 10 aprile 1998 n. 3718», *GC*, 1998, núm. 5, pp. I 1221-1227. (R.D.R.)

GALLUZZO, S. A. R.: «La sospensione della prescrizione tra coniugi non si estende alla famiglia di fatto», *DFP*, 1998, núm. 2, pp. 495-507.

Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de enero de 1998, relativa a un tema más sobre el debatido problema de la equiparación de régimen jurídico entre la familia legítima y la familia de hecho. (Alma R.G.)

GALOPPINI, A. M.: «La Costituzione e la condizione femminile», *DFP*, 1998, núm. 2, pp. 623-634.

Estudio de la capacidad jurídica de la mujer en la Constitución. (Alma R.G.)

GIACALONE, G.: «Distinzione e rispettivo ambito di applicazione delle Convenzioni del Lussemburgo e de L'Aja sulla illecita sottrazione dei minori e sui poteri della cassazione in ordine alla giustificazione dell'azione di restituzione -osservazione a Cass. 20 marzo 1998 n. 2954», *GC*, 1998, núm. 4, pp. I 921-924. (R.D.R.)

GONON, C.: «Le rapprochement de l'action à fins de subsides et de l'action en recherche de paternité naturelle. Aspects de procédure et de fond», *SJ*, 1998, núm. 36, I-158, pp. 1477-1483.

Análisis de los artículos 340 y 342 del Código civil francés. La existencia de relaciones íntimas como requisito de prueba para interponer demanda judicial de paternidad. Consecuencias jurídicas de su admisión. (R.A.R.)

GORDON, R. M.: «The Limits of Limits on Divorce», *Yale L. J.*, 1998, vol. 107, núm. 5, pp. 1435-1466.

La *Covenant Marriage Act* de Louisiana (1997) tiene el propósito de reducir el número de divorcios, mediante la posibilidad de que los cónyuges puedan establecer un «*covenant marriage*» que sólo podrá disolverse una vez transcurridos dos años de su separación o por la prueba de su culpa. El autor, sin embargo, se muestra escéptico y advierte que un divorcio basado en la culpa o en el mutuo consentimiento aún puede resultar más perjudicial para los hijos. (*J.M.B.S.*)

LOBASSO, F.: «La valutazione dell'interesse del minore e la pronuncia sull'ammissibilità dell'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità», *DFP*, 1998, núm. 2, pp. 545-548.

Comentario a la sentencia de Cass. de 25 de septiembre de 1997 sobre las modernas orientaciones jurisprudenciales en materia de declaración de paternidad o maternidad natural en relación con el interés del menor. (*Alma R.G.*)

LOBASSO, F.: «Riconoscimento del figlio naturale ed incapacità di intendere e di volere», *DFP*, 1998, núm. 2, pp. 549-553.

Comentario a la sentencia de Cass. de 5 de noviembre de 1997 sobre la laguna legal existente en materia de impugnación del reconocimiento de un hijo natural cuando tal reconocimiento es realizado por un incapaz de entender y querer. (*Alma R.G.*)

LONGO, F.: «Trasferimenti immobiliari a scopo di mantenimento del figlio nel verbale di separazione: causa, qualificazione, problematiche», *DFP*, 1998, núm. 2, pp. 572-581.

Comentario a la sentencia de la Corte App. de Génova de 27 de mayo de 1997 relativa al cumplimiento de la obligación de mantenimiento del hijo, en caso de separación entre cónyuges, mediante la transmisión de un inmueble al hijo menor. (*Alma R.G.*)

MANERA, G.: «Osservazioni sull'esclusione del diritto di visita del genitore non affidatario qualora il figlio adolescente nutra sentimenti di profonda avversione o ripulsa nei suoi confronti -nota a Cass. 15 gennaio 1998 n. 317», *GC*, 1998, núm. 5, pp. I 1293-1303. (*R.D.R.*)

MATTU, E.: «Libertà religiosa e diritto di famiglia: una sintetica rassegna di giurisprudenza», *DFP*, 1998, núm. 1, pp. 430-442.

Relación existente entre la libertad religiosa y el Derecho de familia, en concreto en materia de cónyuges, hijos, acuerdos de separación. (*Alma R.G.*)

MELLONE, S.: «Ostilità del padre e interesse del minore all'accertamento della paternità», *NGCC*, 1998, núm. 2, pp. 219-225.

Comentario a Cass. de 30 de mayo de 1997 núm. 4834 y a Cass. de 8 de noviembre de 1997 núm. 11032, sobre uno de los temas más complejos en materia de determinación de la filiación: la interpretación del concepto «interés del menor», en concreto con referencia al juicio preliminar de admisión del artículo 274 del Código Civil. (*Alma R.G.*)

MONTEIRO, E.: «A propos des revenus des biens propres des époux dans le régime légal», *RTDC*, 1998, núm. 1, pp. 23-42.

Trata tanto de la dificultad de la calificación como de sus consecuencias. En el primero de estos temas destaca el antes y el después de la sentencia Authier y en cuanto a sus consecuencias, estudia el efecto sobre los esposos y los efectos frente a terceros. (*I.S.P.*)

MORANI, G.: «La questione di costituzionalità degli artt. 317 bis c.c. e 39 disp. att. c. c.: il secondo intervento della Consulta ne riafferma, con la sentenza n. 451/97, l'infondatezza», *DFP*, 1998, núm. 2, pp. 484-495.

Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de diciembre de 1997 sobre la competencia por razón de la materia entre el tribunal ordinario y el tribunal de menores en cuanto a la determinación de la pensión económica a cargo del padre natural no conviviente con el hijo menor. (*Alma R.G.*)

MORGAN, D./LEE, R. G.: «In the Name of the Father? *Ex parte Blood*: Dealing with Novelty and Anomaly», *Mod. L. Rev.*, 1997, vol. 60, núm. 6, pp. 840-856.

Los autores del artículo analizan las implicaciones jurídicas del caso *R v. Human Fertilisation & Embryology Authority, ex parte Blood* [1997]. La Sra. Blood pidió ser inseminada artificialmente con esperma de su difunto esposo, obtenido sin el consentimiento de éste mientras se encontraba en estado de coma y poco antes de su muerte clínica. (*A.R.G.*)

OTT, S.: «Die Begriff "Ehe und Familie" in Art. 6 I GG», *NJW*, 1998, pp. 117-119.

El concepto de matrimonio y familia en el artículo 6 I GG.
En una contribución anterior, Pauly (*NJW*, 1997, pp. 1955 ss.) ha intentado demostrar que la legalización del matrimonio con una pareja del mismo sexo a través de una simple ley sería contraria a la Constitución, y en todo caso exigiría una modificación constitucional. Apoya su argumentación en la doctrina del Tribunal Constitucional alemán. En este artículo se responde a la de O. Pauly, tanto por lo que respecta a sus argumentos, como por lo que atañe a sus resultados. (*M.P.G.R.*)

PIGNARRE, G.: «Droit du surendettement et dettes d'aliments», *SJ*, 1998, núm. 28, I-150, pp. 1263-1269.

Confrontación entre la deuda de alimentos y otras deudas de acreedores embargantes. Problemas jurídicos en los procedimientos judiciales. (*R.A.R.*)

RESCIGNO, P.: «Il diritto di famiglia a un ventennio dalla riforma», *RDC*, 1998, núm. 2, parte primera, pp. 109-117.

Revisión del modelo de familia y su regulación por el Código civil, veinte años después de la reforma: principios y límites de la Constitución, la autonomía negocial, régimen patrimonial, disolución del matrimonio y situaciones de parejas de hecho. (*R.D.R.*)

STURLÈSE, B.: «Premiers commentaires sur un événement juridique: la signature de la Convention de Bruxelles 2 ou quand l'Europe se préoccupe des conflits familiaux», *SJ*, 1998, núm. 26, I-145, pp. 1145-1148.

Extensión de la Convención de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 a los procedimientos de divorcio mediante la denominada «Bruselas 2» y su

importancia en el proceso de integración jurídica del Derecho privado europeo. Contenido. (R.A.R.)

THIERRY, J.: «La communauté, universelle, à la lumière des récents arrêts de la Cour de cassation», *RDS*, 1998, núm. 23, pp. chr. 233-234.

Cambio de régimen matrimonial al de comunidad universal y su incidencia en la situación de los hijos. Régimen fiscal. Ventajas e inconvenientes. (R.A.R.)

VIGNAL, T.: «La loi du 28 octobre 1997 adaptant la convention de la Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux», *SJ*, 1998, núm. 26, I-146, pp. 1149-1152.

Problemas que plantea la Ley de 1997 en el Derecho francés. El autor, tras su análisis, ve necesaria la intervención del Consejo del Notariado. (R.A.R.)

DERECHO DE SUCESIONES

MARMOCCHI, E.: «Il testamento olografo tra segretezza e sicurezza», *RDC*, 1998, núm. 2, parte segunda, pp. 115-126.

Examen de los caracteres de confidencialidad y seguridad del testamento ológrafo y la actuación notarial, ante el predominio de esta forma de testar en la sociedad italiana. (R.D.R.)

SAPPER POLING, A.: «Protecting the Interests of Children of Divorce: A Proposal to Create Exceptions to the Louisiana Prohibition Against Contracting for Future Successions», *Tul. L. Rev.*, 1998, vol. 72, núm. 5, pp. 1853-1874.

Recientemente, se ha introducido una enmienda en la Constitución del Estado de Louisiana que elimina la condición de heredero forzoso de todos los hijos mayores de 23 años que no sean física o psíquicamente incapaces. De este modo —opina el autor—, los derechos sucesorios de estos hijos van a padecer una desprotección en el caso de que sus padres se divorcien, pues éstos no podrán dejarles bienes voluntariamente debido a que el artículo 1976 del Código civil de Louisiana prohíbe en general que un contrato tenga por objeto la sucesión de una persona viva (*Nemo est haeres viventis*), a no ser que, como propone el autor, se imponga alguna excepción a esta prohibición que así lo permita. (J.M.B.S.)

VARIA

AA. VV.: «Les risques du sol», *RDI*, 1997, núm. 4, pp. 519-572.

Diversos artículos sobre el tema que tratan tanto el aspecto civil como el administrativo. (I.S.P.)

AA. VV.: «L'enseignement du droit civil à la fin du XX siècle: Libres propos sur une question fort peu débattue», *RTDC*, 1998, núm. 2, pp. 285-314.

Reflexiones de diversos autores sobre la enseñanza del Derecho civil. (I.S.P.)

BERGER, K. P.: «International Arbitral Practice and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts», *Am. J. Comp. L.*, 1998, vol. 46, núm. 1, pp. 129-150.

Análisis de la práctica de los tribunales arbitrales internacionales con el propósito de evaluar el éxito o fracaso de los Principios UNIDROIT. El autor plantea si el camino emprendido es el adecuado para conseguir el grado necesario de armonización y unificación del derecho contractual y para afrontar los retos de un comercio internacional en constante desarrollo. (*J.M.B.S.*)

BRAUN, J.: «Subjektive Rechtfertigungselemente im Zivilrecht?», *NJW*, 1998, pp. 941-944.

¿Elementos de justificación subjetivos en Derecho civil?

El autor se ocupa del análisis de los elementos objetivos y subjetivos que concurren en las causas de exoneración como el estado de necesidad o la acción de defensa, poniendo en tela de juicio la opinión mayoritaria que distingue entre el primero y la segunda en función de la no exigencia o, por el contrario, exigencia de elementos subjetivos de justificación. (*M.P.G.R.*)

BUB, Th.: «De minimis non curat lex», *NJW*, 1998, pp. 337-344.

Ante la complejidad inherente a la sociedad de nuestros días y la «juridificación» y «judicialización» de los más mínimos aspectos, el autor trata de analizar en qué medida la máxima romana sigue teniendo operatividad desde la perspectiva procesal (impidiendo que los mecanismos de la justicia se pongan en funcionamiento por bagatelas) y sustantiva. (*M.P.G.R.*)

CASAVOLA, F. P.: «Family by gender nella giurisprudenza degli anni'90», *Archiv. Giur.*, 1998, 1-2, pp. 37-48.

Breve artículo acerca de las medidas que en la práctica pueden tomarse para garantizar el derecho de los niños a crecer en un ambiente afectivo adecuado para el desarrollo de la personalidad. En cuanto a derechos y deberes, ambos cónyuges son iguales en relación con los hijos, sin que está justificada disparidad alguna de trato. A partir de casos concretos, el autor contrasta las directrices que se siguen en materia penal (permiso al progenitor que está en prisión para atender al hijo que, de otro modo, queda desatendido) y laboral (permisos de trabajo para la atención de los hijos en determinadas circunstancias), entre otros aspectos, comentando algunos pronunciamientos de los tribunales y, particularmente, de la *Corte costituzionale*. (*C.J.D.*)

ENCINAS DE MUNAGORRI, R.: «La communauté, scientifique est-elle un ordre juridique?», *RTDC*, 1998, núm. 2, pp. 247-284.

Considera el impacto de los resultados científicos sobre el derecho y la obligación de la ciencia, como actividad humana a regirse por unos valores, reglas y sanciones. Con ello se revela la existencia de un orden jurídico singular. Estudia los valores fundamentales de la comunidad científica y su organización y posteriormente las reglas que la rigen y sus fuentes. (*I.S.P.*)

FORLATI PICCHIO, L.: «Rassegna di legislazione e di giurisprudenza dell'Unione europea, A: parte generale (legislazione 1 luglio 1995-31 dicembre 1996)», *NLCC*, 1998, núm. 1, pp. 174-205.

Reseña de diversas disposiciones y decisiones judiciales, relativas a diferentes materias de Derecho privado. (R.D.R.)

FORSYTH, C.: «Characterisation revisited: an Essay in the Theory and Practice of the English Conflict of Laws», *L. Q. R.*, 1998, vol. 114, pp. 141-161.

Los tribunales británicos suelen tratar el problema de la calificación (*characterisation*) sin tener en cuenta las elaboraciones de la doctrina. Esto provoca que algunos casos de conflicto de leyes relativamente sencillos parezcan más complicados de lo que son en realidad. (A.R.G.)

FRASSEK, R.: «Karl Larenz (1903-1993) -Privatrechtler im Nationalsozialismus und im Nachkriegsdeutschland», *JuS*, 1998, pp. 296-301.

K. Larenz, 1903-1993. Privatista en el nacional-socialismo y en la Alemania de postguerra.

K. Larenz es uno de los más conocidos y significativos juristas alemanes de nuestro siglo. Después de su muerte en 1993, se ha tratado extensamente en la literatura jurídica sobre su vida en la época nacional-socialista. Con el trasfondo de esta discusión, el artículo hace un diseño de la vida y la obra de Larenz, así como de su contribución a la renovación de la dogmática del Derecho de Obligaciones. (M.P.G.R.)

HALL, K. B.: «Evidentiary Presumptions», *Tul. L. Rev.*, 1998, vol. 72, núm. 4, pp. 1321-1328.

Estudio de la incorporación en el *Code of Evidence* de Louisiana de un nuevo capítulo (tercero) sobre la llamada prueba de presunciones, que entró en vigor el día 15 de agosto de 1997. El capítulo consta de ocho artículos que definen la presunción, establecen sus efectos y la regulan con respecto a las instrucciones al jurado. (J.M.B.S.)

HILF, M./PACHE, E.: «Der Vertrag von Amsterdam», *NJW*, 1998, pp. 705-713.

El Tratado de Amsterdam.

El 2 de octubre de 1997 fue firmado el Tratado de Amsterdam que modifica los tratados europeos existentes. El artículo presenta someramente las principales modificaciones y se completa con el texto de los tratados de la UE y la CE que se incorporan como separata en el cuadernillo correspondiente. (M.P.G.R.)

IPP, D. A.: «Lawyers' Duties to the Court», *L. Q. R.*, 1998, vol. 114, pp. 63-107.

El autor analiza con detalle los múltiples deberes de los abogados para con los tribunales y los agrupa en cuatro categorías. El conjunto resultante constituye un cuerpo de Derecho coherente y significativo tanto para los propios tribunales como para la profesión jurídica. (A.R.G.)

KAUFMAN WINN, J.: «Open Systems, Free Markets, and Regulations of Internet Commerce», *Tul. L. Rev.*, 1998, vol. 72, núm. 4, pp. 1177-1259.

Advertencia de los peligros que puede tener una futura regulación de la contratación a través de *Internet* para la legislación protectora de los consumidores. (J.M.B.S.)

KLOEPFER, M./ROSSI, M.: «Tierschutz in das Grundgesetz», *JZ*, 1998, pp. 369-378.

Protección de los animales en la Constitución. Sobre las consecuencias jurídicas de la protección de los animales como fin del Estado en la Constitución, especialmente, sobre su repercusión en la libertad de investigación. Aunque la protección de los animales no estuvo entre los objetivos tomados en consideración por la Comisión constitucional general creada para introducir modificaciones en la Constitución alemana (cuyos trabajos fueron publicados en 1996), el interés del tema se ha reavivado, después de que el *Bundesrat*, el 28 de noviembre de 1997 haya aprobado la iniciativa de los *Länder* de Renania-Palatinado y Sajonia-Anhalt para introducir una propuesta de modificación de la *GrundGesetz* en el *Bundesrat*. (M.P.G.R.)

KOZOLCHYK, B.: «The UNIDROIT Principles as a Model for the Unification of the Best Contractual Practices in the Americas», *Am. J. Comp. L.*, 1998, vol. 46, núm. 1, pp. 151-180.

El artículo considera que los Principios UNIDROIT son útiles para guiar la formación tanto de lo que el autor llama el «*official law*», el conjunto de reglas legislativas, administrativas y judiciales que tienden a la armonización del derecho contractual, como del derecho creado por las partes contratantes, los usos y las costumbres («*living law*»). Haciendo especial hincapié sobre este último derecho, el autor describe algunos esfuerzos realizados para lograr uniformidad en el derecho consuetudinario, y muestra cómo los Principios UNIDROIT pueden contribuir a uniformarlo. (J.M.B.S.)

LECHELER, H.: «Die Fortentwicklung des Rechts der Europäischen Union durch den Amsterdam Vertrag», *JuS*, 1998, pp. 392-397.

El fuerte desarrollo del Derecho de la Unión Europea a través del Tratado de Amsterdam.
Análisis del significado y alcance del Tratado de Amsterdam que se incorpora como cuadernillo separado. (M.P.G.R.)

MORELLI, M. R.: «Acquisto di immobile a favore dell'erede con denaro del testatore ed oggetto della collazione», *GC*, 1998, núm. 3, pp. II 87-95.

Reflexión sobre el tema de las donaciones indirectas y la figura de la colación, analizando las posiciones doctrinales y jurisprudenciales. (R.D.R.)

SCHWINTOWSKI, H. P.: «Ökonomische Theorie des Rechts», *JZ*, 1998, pp. 581-588.

Teoría económica del Derecho.

Los juristas europeos discuten si la moderna Teoría económica tiene utilidad para la Ciencia del Derecho. No es sorprendente que hasta el momento la Teoría económica no haya logrado resultados cualificados y justificados para su aplicación en la elaboración de normas jurídicas. Por el contrario, la Ciencia Jurídica cierra frecuentemente los ojos ante las reglas jurídicas resultantes de criterios de eficiencia. Ambas disciplinas deben aproximarse y fundir sus fundamentos metodológicos hacia la consecución de una regla correctora. (M.P.G.R.)

THI PHAN, D. T.: «Will Fair Use Function on the Internet?», *Colum. L. Rev.*, 1998, vol. 98, núm. 1, pp. 169-216.

Según el artículo, para aprovechar las cualidades de *Internet* debería admitirse —y posiblemente ampliarse— la llamada doctrina del uso leal, que autoriza ciertos usos de los materiales objeto de *copyright* sin el permiso previo de su titular. (*J.M.B.S.*)

WEINREB, L. L.: «Copyright for Functional Expression», *Harv. L. Rev.*, 1998, vol. 111, núm. 5, pp. 1149-1254.

Análisis de las dificultades que plantea la extensión del *copyright* a los programas informáticos. En particular, se examina la aplicación a estos programas de las distintas interpretaciones surgidas del caso *Baker v. Selden* [101 U.S. 99 (1879)], como *leading case* de la doctrina que declara que los sistemas y procesos funcionales —a diferencia de los libros— son protegibles como propiedad intelectual a través de patentes pero no mediante *copyright*. El autor concluye que las dudas acerca de esta cuestión son el resultado de las dudas que existen con carácter general entorno al *copyright*. (*J.M.B.S.*)

DERECHO MERCANTIL

PARTE GENERAL. EMPRESA

ALBERTINI, L.: «Sui patti accessori di non concorrenza -nota a Cass. 6 agosto 1997 n. 7266», *GC*, 1998, núm. 3, pp. I 813-824. (*R.D.R.*)

ARDEN, M.: «Time for an English Commercial Code?», 56-3, *Cambridge L. J.*, 1997, vol. 56, pp. 516-536.

La autora, Presidenta de la *Law Commission*, repasa la historia de la codificación del Derecho mercantil inglés, expone los argumentos a favor y en contra de la misma, y finalmente señala los requisitos que deberían observarse para su consecución en el futuro. (*A.R.G.*)

BASTIANON, S.: «Profumi di lusso, diritto di marchio e libera circolazione dei prodotti... "per molti ma non per tutti"», *FI*, 1998, vol. 4, pp. 158-167.

Nota a la sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de noviembre de 1997 causa C-337/95 respecto a los límites entre el principio de la libre circulación de mercancías y los derechos de propiedad industrial. (*Alma R.G.*)

CECCHERINI, A.: «Libertà di impresa e radiofrequenze -nota a Cass. 1 settembre 1997 n. 8313», *GC*, 1998, núm. 3, pp. I 798-802. (*R.D.R.*)

FEZER, K. H.: «Diskriminierende Werbung -Das Menschenbild der Verfassung im Wettbewerbsrecht», *JZ*, 1998, pp. 265-275.

Publicidad discriminatoria. La imagen humana de la Constitución en el Derecho de la competencia.

La publicidad es un instrumento de comunicación empresarial. Para la concreción de la cláusula general del § 1 UWG hay que atender a la imagen que dan los derechos fundamentales. La publicidad discriminatoria presenta un

grupo de casos de Derecho de la competencia propios. Los criterios discriminatorios son los que implican negación de la igualdad humana, la violación de la integridad humana, la estigmatización social y el desprecio por la persona humana y los grupos humanos y la «objetivación» de las personas por razones sexuales. (*M.P.G.R.*)

FORNARA BERTONA, L.: «Intese e abuso di posizione dominante: la posizione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel settore alimentare», *NGCC*, 1998, núm. 2, pp. 178-183.

Comentario a la resolución de la Autoridad garante de la Competencia y del Mercado de 23 de diciembre de 1996 núm. 5457 sobre la noción de abuso de posición dominante: en el caso concreto una pequeña empresa del sector alimenticio denuncia a tal organismo la existencia de una red de acuerdos en exclusiva de cuatro grupos multinacionales, también interesados en la venta del mismo tipo de producto. Parece que la difusión de tales acuerdos comporta notables dificultades para el acceso al mercado por parte de las empresas concurrentes. (*Alma R.G.*)

SCHIEFER, B.: «Rechtsfolgen des Betriebsübergangs nach 63 a BGB», *NJW*, 1998, pp. 1817-1827.

Consecuencias jurídicas de la transmisión de empresas según el § 613 a BGB. La transmisión de empresas o partes de empresa recogida en el § 613 a BGB arroja muchas cuestiones de índole individual y colectiva. Desde los principios de la actual judicatura, el autor de este artículo analiza las consecuencias jurídicas de esta norma y sus implicaciones prácticas, contribuyendo a su aclaración. (*M. P. G. R.*)

DERECHO DE SOCIEDADES

BAESI, D./ZANELLI, P.: «Per un nuovo sistema di controllo sugli atti societari», *CI*, 1998, núm. 1, pp. 33-48.

Artículo dedicado a varias cuestiones sobre el control de los actos sociales (tipos de control, naturaleza y límites del procedimiento homologatorio, normativa comunitaria al respecto, control notarial, control desarrollado por el registro de empresas...). (*Alma R.G.*)

BAUMANN, H.: «Die GmbH in Anwartschaft -eines neues Konzept zur Gründerhaftung», *JZ*, 1998, pp. 597-602.

La sociedad de responsabilidad limitada en formación. Un nuevo concepto de responsabilidad del fundador. Se discute sobre la responsabilidad que puede derivar de los actos de los fundadores de una sociedad de responsabilidad limitada en el proceso de formación, tras la nueva orientación del BGH, que ha motivado una fuerte división en práctica judicial y doctrina. (*M.P.G.R.*)

BLAUROCK, U.: «Europäisches und deutsches Gesellschaftsrecht -Bilanz und Perspektiven eines Anpassungsprozesses», *ZEuP*, 1998, pp. 460-483.

El mercado único europeo exige, según el autor, la uniformidad del Derecho de sociedades de los distintos Estados miembros de la Unión. El autor analiza lo conseguido hasta el momento merced a las Directivas

comunitarias y su reflejo en los Derechos nacionales, y las diferencias que aún persisten, por lo que se refiere al Derecho alemán. (*I.G.P.*)

D'ALESSANDRO, L.: «Riflessioni sulla recente giurisprudenza di legittimità in tema di azione revocatoria di conferimenti di beni in natura in società di capitali», *GC*, 1998, núm. 3, pp. II 107-120.

Sobre la legitimación de la acción revocatoria de aportaciones *in natura* a sociedades de capital. (*R.D.R.*)

DORE, F. M.: «Sulla funzione probatoria dell'iscrizione dell'impresa all'albo delle imprese artigiane», *NGCC*, 1998, núm. 2, pp. 151-157.

Comentario a Cass. de 3 de abril de 1996 núm. 3108 acerca de la determinación del concepto de empresa artesanal a los fines de la concesión del privilegio del artículo 2751 *bis*, núm. 5 del código civil, sobre todo el relativo al valor probatorio de la inscripción de la empresa. (*Alma R.G.*)

FUSARO, A.: «Fusione per incorporazione di una S. R. L. lucrativa da parte di un'associazione non riconosciuta», *CI*, 1998, núm. 1, pp. 73-83.

Artículo relativo a la fusión de asociaciones, en especial a la incorporación de sociedades lucrativas en asociaciones. (*Alma R.G.*)

GALGANO, F.: «Contrattualismo e no per le società di capitali», *CI*, 1998, núm. 1, pp. 1-11.

Debate sobre la naturaleza contractual no sólo del acto constitutivo de la sociedad de capital, sino también de la relación que se establece entre los socios, con la consecuencia de que estos últimos estarían vinculados en la ejecución del contrato social (en particular, en el ejercicio del derecho de voto) por la regla de la buena fe del artículo 1375 del código civil. (*Alma R.G.*)

MARTINES, M. P.: «Abuso del diritto: la chichane del socio di minoranza», *CI*, 1998, núm. 1, pp. 27-32.

Uso jurisprudencial de la figura del abuso del derecho, sea con referencia a los abusos cometidos por la mayoría de socios, sea con referencia a los realizados por la minoría. (*Alma R.G.*)

MURRA, R.: «Notificazione alle società aventi personalità giuridica e mancato rinvenimento della sede -nota a Cass. 29 gennaio 1998 n. 904», *GC*, 1998, núm. 4, pp. I 959-963. (*R.D.R.*)

PROTO, M.: «Nuove prospettive in tema di multiproprietà azionaria (in attesa dell'intervento del legislatore) -nota a Cass. 10 maggio 1997 n. 4088», *GC*, 1998, núm. 4, pp. I 1150-1164. (*R.D.R.*)

SALAFIA, V.: «Erroneità delle iscrizioni delle quote sociali nel libro dei soci e rettificazione -nota a Cass. 17 dicembre 1997 n. 12752», *GC*, 1998, núm. 4, pp. I 1004-1005. (*R.D.R.*)

SEBASTIO, F.: «La confusione del marchio in rapporto con la normativa sulla concorrenza sleale e la normativa antitrust (legge n. 287 del 1990) -nota a Cass. 9 marzo 1998 n. 2578», *GC*, 1998, núm. 6, pp. I 1559-1565. (*R.D.R.*)

- VIDIRI, G.: «Divieto di immistione del socio accomandante e “procura speciale per singoli affari” (art. 2320, primo comma, c. c.), -nota a Cass. 17 marzo 1998 n. 2854», *GC*, 1998, núm. 6, pp. I 1547-1552. (*R.D.R.*)
- VIDIRI, G.: «È configurabile un illecito disciplinare del notaio per violazione dell'art. 48, comma 1, l. 16 febbraio 1913 n. 89 nella redazione del verbale di assemblea societaria? -nota a Cass. 4 novembre 1997 n. 10799», *GC*, 1998, núm. 5, pp. I 1372-1377. (*R.D.R.*)
- VIDIRI, G.: «“Nuovo” registro delle imprese e tribunale territorialmente competente all'omologa degli atti societari -nota a Cass. 9 agosto 1997 n. 7445», *GC*, 1998, núm. 4, pp. I 1120-1124. (*R.D.R.*)
- VIDIRI, G.: «Riscatto del bene oggetto di leasing e poteri *ex art.* 2298 c.c. dell'amministratore di una società in nome collettivo -nota a Cass. 13 febbraio 1998 n. 1550», *GC*, 1998, núm. 6, pp. I 1611-1613. (*R.D.R.*)
- VIDIRI, G.: «Società cooperativa e prestazioni accessorie in denaro a carico del socio -nota a Cass. 18 aprile 1998 n. 3942», *GC*, 1998, núms. 7-8, pp. I 1881-1884. (*R.D.R.*)
- VIDIRI, G.: «Società in accomandita semplice: limiti della clausola statutaria di autorizzazione per “determinate operazioni” e fallimento del socio accomandante -nota a Cass. 3 ottobre 1997 n. 9659», *GC*, 1998, núm. 4, pp. I, 1078-1082. (*R.D.R.*)

INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRÁFICO

- FEZER, K. H.: «Erste Grundsätze des EuGH zur markenrechtlichen Verwechslungsfahr -oder “Wie weit springt die Raubkatze?”», *NJW*, 1998, pp. 713-716.

Primeros principios del TJCE sobre el peligro de equivocación en materia de marcas o ¿cuándo salta el puma?

El artículo analiza la problemática que dio lugar a la Sent. TJCE de 11 de noviembre de 1997, en la que se decidió que el criterio de «riesgo de confusión, que comprenda el riesgo de asociación con la marca anterior», contenido en la letra *b*) del apartado 1 del artículo 4 de la Directiva 89/104/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, Primera Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas, debe interpretarse en el sentido de que la mera asociación entre dos marcas que el público podría hacer por medio de la concordancia en su contenido conceptual no basta, por sí sola, para deducir la existencia de un riesgo de confusión en el sentido de la citada disposición. (*M.P.G.R.*)

CONTRATOS MERCANTILES

- GALGANO, F.: «Abuso del diritto: L'arbitrario recesso ad nutum della banca», *CI*, 1998, núm. 1, pp. 18-26.

Debate sobre si constituye abuso del derecho el abandono imprevisto y arbitrario por el banco del contrato de apertura de crédito por tiempo indefinido. (*Alma R.G.*)

GALLO, G.: In tema di applicazione del testo unico in materia di contratti bancari», *NGCC*, 1998, núm. 2, pp. 186-190.

Comentario a las sentencias del Tribunal de Roma de 18 de julio de 1996 y de la Pretura de Roma de 11 de noviembre de 1996 sobre el ámbito de aplicación del artículo 117 párrafo 6.º del decreto legislativo 385/93, el cual dispone en materia bancaria y crediticia la nulidad de las cláusulas contractuales que reenvían a los usos para la delimitación de los tipos de interés y de cualquier otro precio. (*Alma R.G.*)

GIACALONE, G.: «La tutela dell'affidamento del depositante: ieri, oggi e domani -osservazione a Cass. 6 febbraio 1998 n. 1224», *GC*, 1998, núm. 3, pp. I 640-643. (*R.D.R.*)

DERECHO CAMBIARIO

GEVA, B.: «Allocation of forged Cheque Losses -Comparative Aspects, Policies and a Model for Reform», *L. Q. R.*, 1998, vol. 114, pp. 250-291.

Este artículo revisa con espíritu crítico las respuestas que el Derecho comparado ofrece a la cuestión de la imputación del daño que resulta del pago de un cheque falso o falsificado. Además propone una reforma legislativa para conciliar los diferentes principios en la materia. (*A.R.G.*)

DERECHO CONCURSAL

BIGOT, J.: «Problématique de la mise en liquidation d'une société d'assurance-vie (à propos de la défaillance financière de la Société Europa Vie)», *SJ*, 1998, núm. 20, I-134, pp. 857-862.

El autor analiza las especialidades que presenta la liquidación de una sociedad de seguros de vida ante las dificultades que, para los asegurados, presenta el recuperar todas las cantidades abonadas ante el momento. Problemas también con relación a los intermediarios. (*R.A.R.*)

CABRILLAC, M./PÉTEL, PH.: «Redressement et liquidation judiciaires des entreprises. Chronique d'actualité», *SJ*, 1998, núm. 24, I-141, pp. 1037-1044.

Análisis jurisprudencial del problema tomando como base las decisiones jurisprudenciales más recientes. (*R.A.R.*)

DIDONE, A.: «Osservazionei sull'art. 171 l. fall. -osservazione a Cass. 17 gennaio 1998 n. 362», *GC*, 1998, núm. 4, pp. I 981-983. (*R.D.R.*)

MORANDI, P.: «La fallibilità degli enti non profit», *CI*, 1998, núm. 1, pp. 336-361.

Artículo relativo a los entes *non profit*: actividad empresarial, asunción del *status* de empresario comercial y sometimiento a quiebra, quiebra de los entes no reconocidos y sus consecuencias frente a sus miembros. (*Alma R.G.*)

SCHWARTZ, A.: «A Contract Theory Approach to Business Bankruptcy», *Yale L. J.*, 1998, vol. 107, núm. 6, pp. 1807-1851.

Este artículo sostiene que la quiebra sólo debería proteger aquellas reclamaciones de los acreedores ordinarios contra la sociedad insolvente, analiza los problemas de los sistemas de quiebra con acreedores privilegiados y discute acerca de las normas de la quiebra que se refieren al representante. (J.M.B.S.)

ABREVIATURAS

Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Archiv. Giur.	Archivio Giuridico
BB	Betriebs Berater
BBTC	Banca, Borsa e Titoli di credito
Cambridge L. J.	Cambridge Law Journal
CI	Contrato e Impresa
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
DFP	Il diritto di famiglia e delle persone
Dir. Aut.	Il Diritto de autore
ERPL	European Review of Private Law
FI	Il Foro Italiano
GC	Giustizia Civile
GP	Gazette du Palais
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristen Zeitung
LC	Loyer et Copropriété
L. Q. R.	The Law Quarterly Review
Mod. L. Rev.	The Modern Law Review
NGCC	La nuova Giurisprudenza Civile Commentata
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NLCC	Le neuve Leggi civile Commentate
Oxford J. Legal Stud.	Oxford Journal of Legal Studies
RDC	Rivista di Diritto Civile
RDI	Revue de Droit Immobilier
RIDA	Revue Internationale du Droit d'auteur
RDS	Recueil Dalloz Sirey
RIDC	Revue Internationale de Droit Comparé
RTDC	Revue Trimestrielle de droit Civil
RTDPC	Rivista Trimestrale di Diritto e Procedur a Civile
SJ	La Semaine Juridique
Tul. L. Rev.	Tulane Law Review
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrechts und Wirtschaftsrechts
Yale L. J.	Yale Law Journal

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencias, año 1997

A cargo de Encarna ROCA TRÍAS (Universidad de Barcelona)

Colaboran: Delia BOIX GRACIA, Ramón CASAS VALLÉS,
Guillem GUARDIA VIDAL, Ana LATORRE ARMERO,
Isabel MIRALLES GONZÁLEZ, Mònica VILASAU SOLANA

STC 3/1997, de 13 de enero («BOE» 14 de febrero de 1997).

RA.

Ponente: González-Campos.

Estimado.

Conceptos: Derecho al honor. Derecho a comunicar y recibir libremente información. Límites a la libertad de expresión.

Preceptos de referencia: Artículos 20.1.a), 20.1.d) y 20.4 CE.

Se publicó en el diario «El País», en la sección de cartas al director, una carta con autor identificado, bajo el título «*El Judo de los Juegos Olímpicos de Los Angeles*» en la que, entre otras cosas, se acusaba al Presidente de la Federación Española de Judo de quedarse con el dinero que el Consejo Superior de Deportes había remitido a la Federación para ayudas a los deportistas olímpicos.

El presidente de la Federación consideró que la misma pudiera ser constitutiva de un delito de calumnias y pidió al periódico la identificación completa del autor. Por un error informático que se produjo en el periódico, no se pudieron recuperar los datos completos del autor de la referida carta y el «perjudicado» inició una acción contra el director del periódico y contra la empresa editorial.

La justicia ordinaria condenó a los demandados al pago de una cierta cantidad en concepto de indemnización, al entender que siendo imposible la identificación del autor debía entenderse que el periódico había hecho suyas las manifestaciones vertidas en dicha carta y por consiguiente asumida la responsabilidad de la veracidad de las informaciones. El TS entendió que una cosa es efectuar una valoración personal, por desfavorable que sea, de una conducta y otra muy distinta el empleo de expresiones que constituyen «*mera exteriorización de sentimientos personales de menosprecio o animosidad, colocándose su autor fuera del ámbito constitucionalmente protegido de la libre expresión*».

En cambio el TC consideró que no se había sobrepasado el ámbito constitucionalmente protegido, toda vez que:

1. Las expresiones vertidas lo fueron en el contexto de un debate público, ya que ciertamente los judocas estaban en una situación de conflicto con el

Presidente de la federación al acusarle de no haber planificado adecuadamente la preparación de los juegos ni remitido a los deportistas las ayudas económicas.

2. Dichas expresiones además deben situarse en el terreno de la crítica a una persona que *«por la actividad pública que llevaba a cabo, estaba sujeta a un riguroso control de la misma por parte de la opinión pública. Con la consiguiente ampliación de los límites permitidos a tal crítica por referirse a asuntos de interés general»*.

3. Que si bien es cierto que tales acusaciones no se basaron en hechos fiables o mínimamente contrastados, sino solamente en referencias a declaraciones de terceros, apreciadas dichas manifestaciones *«tanto en su contexto como en relación con las circunstancias del momento [...] no cabe considerar que sean lesivas del honor de quien, como Presidente de un organismo deportivo, administra caudales públicos»*.

STC 6/1997, de 13 de enero («BOE» 14 de febrero de 1997).

RA.

Ponente: Viver Pi-Sunyer.

Estimado.

Conceptos: Disolución de matrimonio decretada por un Tribunal canónico.

Ejecución de la Sentencia. Actividad de los Tribunales civiles.

Precepto de referencia: Artículo 24.1 CE (tutela judicial efectiva).

El supuesto que se resuelve en la presente decisión judicial no deja de ser curioso, básicamente por tratarse de una aplicación –siempre difícil– de derecho transitorio. El caso en síntesis se suscita cuando el 1977 (por tanto bajo la legalidad anterior) se plantea ante un Tribunal eclesiástico una demanda de nulidad matrimonial. Estando todavía pendiente de conclusión el proceso eclesiástico, entró en vigor el acuerdo sobre asuntos jurídicos entre España y la Santa Sede, así como la nueva redacción del Código Civil referente al matrimonio. Cuando por el Tribunal eclesiástico se acordó en 1985 la nulidad del matrimonio, se instó su ejecución civil trámite que, simplemente, consistía en la constancia en el Registro Civil, por medio de nota marginal, de la nulidad acordada.

Al poco tiempo la ex-esposa reclamó la indemnización que el artículo 98 del Código Civil reconoce en los casos de nulidad matrimonial, en que ha existido convivencia, al que fuere cónyuge de buena fe. Su solicitud que llevó hasta el Tribunal Supremo fue desestimada. En ese momento fue cuando optó por plantear demanda de divorcio a la que el demandado se opuso por entender que no cabía divorcio al haber sido declarada la nulidad matrimonial. La audiencia entendió que esa *«nulidad canónica»* carecía de efectos civiles al no haberse instado el proceso de homologación ante el Juez civil competente, por lo que se dio lugar al divorcio dictándose además medidas de carácter económico.

El recurrente entendió vulnerado el derecho a la ejecución de resoluciones judiciales firmes. Pero aquí el TC distingue dos cuestiones básicas. De un lado el problema de la eficacia civil de las sentencias canónicas que declaran la nulidad de un matrimonio y, más concretamente, el efecto constitutivo en el orden civil de la sentencia canónica de nulidad matrimonial. De otro lado, los demás efectos derivados de la declaración de nulidad y concretamente los económicos patrimoniales.

En relación al primer punto el Tribunal manifiesta que: *«a tenor de la disposición transitoria segunda a) del Acuerdo entre el Estado español y la Santa*

sede sobre asuntos jurídicos de 1979 –aplicable al presente caso, ya que se trataba de un proceso en curso al entrar en vigor el Acuerdo– el régimen transitorio respecto a la eficacia civil de las sentencias canónicas de nulidad matrimonial y su efectos constitutivo sobre el estado civil de los cónyuges se producía con la mera anotación de la sentencia canónica en el registro Civil [...]. Por ello, el reconocimiento de efectos civiles a las sentencias canónicas que deriva del régimen transitorio [...] ha de encuadrarse dentro de la exigencia constitucional contenida en el artículo 24 de la Constitución» (FJ 5).

En cambio, en relación al segundo aspecto de la cuestión, los efectos económicos, la conclusión debe ser distinta. Conviene destacar que no existe en la decisión canónica ningún pronunciamiento de contenido económico, por lo que la posible decisión de un Tribunal Civil con ese alcance, en ningún caso puede resultar incompatible con lo resuelto por la decisión canónica. En este sentido el tribunal constitucional señala que: *«los efectos civiles de las resoluciones eclesiásticas, regulados por la ley civil son de la exclusiva competencia de los Jueces y tribunales civiles, en tanto en cuanto los principios de aconfesionalidad del Estado (art. 16.3 CE) y de exclusividad jurisdiccional (art. 117.3 CE) obligan a matizar la aplicación de reglas, como las derivadas del Concordato de 1953, que sólo encuentran sentido en el marco de la confesionalidad del Estado y una concepción de la jurisdicción que no padecía por el ejercicio por los tribunales eclesiásticos de funciones que, en cuanto se proyectan en el orden jurídico civil, podrían entenderse propias de la jurisdicción estatal» (FJ 6).*

STC 23/1997, de 11 de febrero («BOE» 14 de marzo de 1997).

RA.

Ponente: Cruz Villalón.

Estimado.

Conceptos: Igualdad ante la Ley. Intereses de demora: obligación que incumbe tanto al particular como a las instituciones del Estado.

Precepto de referencia: Artículo 14 CE.

Se planteó reclamación económica-administrativa por parte de una mutua de previsión social, por unas retenciones indebidas que efectuó el Instituto Catalán de la Salud. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña acabó dictando sentencia en la que anuló las retenciones y condenó al pago de dichas cantidades, pero no admitió la otra pretensión relativa al abono del interés legal de dicha cantidad. La razón de la denegación fue que el artículo 45 de la Ley General Presupuestaria no había sido modificado desde la aprobación de la norma (Ley 11/1977, de 4 de enero) y que en él se señalaba que para que la Administración incurra en mora es necesario que transcurran tres meses desde la notificación de la sentencia o desde el reconocimiento de la obligación de pago. Se recurrió contra dicha denegación alegando una vulneración del principio de igualdad.

En opinión del Tribunal Constitucional, efectivamente la sentencia recurrida ha otorgado un trato preferente a la Administración al eximirle del pago de los intereses en virtud de un régimen especial aplicable en razón de un estatuto personal, en el que se integraría el artículo 45 LGP, toda vez que: *«la excepcionalidad de ese régimen, se manifestaría inmediatamente, tanto a partir de la comparación del precepto aplicado con el artículo 36 LGP –que establece un criterio de devengo de intereses automático desde el día siguiente al incumplimiento de la obligación– como a resultas de su contraste con las reglas establecidas para los*

intereses moratorios, tanto por el Derecho Civil (art. 1.100 del CC), como por la legislación de contratos administrativos, así como por la legislación tributaria en relación con la devolución de los ingresos indebidos (arts. 155 LGT y 36 LPEA)» (FJ 4).

De lo anterior se debe desprender que en nuestro Ordenamiento jurídico la obligación de pago de una cantidad líquida, debida como cumplimiento de una obligación contractual genera intereses, con algunas variaciones con respecto al *dies a quo* del devengo, que no deben ser especialmente significativas.

En opinión del TC la resolución judicial impugnada ha vulnerado el derecho fundamental de los españoles a la igualdad ante la ley *«al otorgar al Instituto Catalán de la Salud un trato privilegiado que es constitucionalmente infundado, al carecer de un fundamento objetivo y razonable [...] Este Tribunal ha declarado desde luego la constitucionalidad de diversas prerrogativas o de situaciones de superioridad, en general, a las Administraciones Públicas, pero siempre a partir de la existencia de algún bien o principio constitucional, cuya preservación justificara su reconocimiento»* (FJ 5), objeto que evidentemente no se encuentra en el supuesto enjuiciado.

Con todo, es necesario precisar que la vulneración del principio de igualdad no trae causa necesariamente de lo dispuesta en el citado artículo, puesto que como ya se declaró en la STC 69/1996 en la norma *«se manejan dos situaciones diferentes que originan otras tantas clases de intereses. Una comprende el que con carácter indemnizatorio, compensa la mora o retraso en el pago, como complemento de una prestación de dar una cantidad de dinero y su devengo se produce con o sin sentencia, cuando se perfecciona la obligación que los origina. Otra el llamado interés procesal»*. La existencia de estas otra interpretación (que justifica estos dos tipos de indemnizaciones) es la que justifica, en opinión del Tribunal, que la norma no vulnere frontalmente el artículo 14 por caber interpretaciones acordes con él, de tal modo que *«no cabe imputar al legislador el resultado discriminatorio producido»* (FJ 6).

STC 42/1997, de 10 de marzo («BOE» 11 de abril de 1997).

RA.

Ponente: González Campos.

Desestimado.

Conceptos: Plazo para interponer los recursos. Prescripción de la acción y derecho a la tutela judicial efectiva.

Precepto de referencia: Artículo 24.1 CE.

El problema de fondo planteado lo es de legalidad ordinaria, concretamente a partir de que momento debe entenderse que se inicia el plazo de ejercicio de la acción y por tanto empieza a correr la prescripción. Pero en ese problema está latente otro de fondo: si el hecho de apreciar la prescripción impide la virtualidad del derecho a la obtención de la justicia.

El presente caso es sin duda un caso límite, ya que la reclamación se efectuó un año y dos días después de la lectura de una sentencia en la que el actual reclamante no había sido parte y de la que no «tuvo noticia» hasta que se publicó en el «Boletín Oficial». El problema es sencillo en su planteamiento: ¿cuando comienzan a contarse los plazos de prescripción? Para el Tribunal Supremo desde que la sentencia se hizo pública; para el reclamante desde que él pudo objetivamente conocer la resolución. La única pista la proporciona el Código Civil que en su artículo 1969 señala a este efecto que el plazo para la prescrip-

ción de las acciones se inicia «en el día en el cual pudieron ejercitarse», y como recuerda, una vez más, con muy buen criterio el Tribunal Constitucional eso constituye un problema de legalidad ordinaria en la que no debe entrar (ver FJ 2). Con todo, el propio TC en su FJ 3 señala, sin cuestionar su validez, la existencia de dos grandes líneas jurisprudenciales y concluye señalando que *«fuera o no sostenible otra interpretación, la seguida invariablemente por la Sala Tercera del Tribunal Supremo en supuestos como el aquí planteado no puede ser tachada como arbitraria, manifiestamente irrazonable o fruto de un error patente»*. Por consiguiente la señalización del *dies a quo* no es planteable a nivel constitucional y menos todavía cuando, como en el caso presente existió posibilidad temporánea de acceder a la justicia.

STC 51/1997, de 10 de marzo («BOE» 11 de abril de 1997).

RA.

Ponente: Gimeno Sendra.

Desestimado.

Conceptos: Veracidad e información. Diligencia exigible cuando se transmiten hechos que afectan a terceras personas.

Precepto de referencia: Artículo 20.1.d) CE.

En el curso de una improvisada rueda de prensa, un representante sindical (el actor en amparo) realizó una serie de gravísimas imputaciones contra una tercera persona de la que, por razón de su cargo sindical, había oído quejas de disconformidad en cuanto a la resolución de asuntos laborales.

El ofendido formuló querrela por los presuntos delitos de injurias y calumnias y en apelación se mantuvo que la conducta enjuiciada era injuriosa dada la falsedad de la información y la falta de diligencia del condenado en contrastar la veracidad de los hechos sobre los que informó.

El amparo se basa en parte en que el reclamante (en palabras de su Abogado) *«realizaba una información sobre un juicio por tutela de la libertad sindical, [...] aludiendo ocasionalmente [ofendido]; los hechos, pues, eran de relevancia pública y sin que existiera plena consciencia de la falsedad de la información que transmitía»*

Centrado el recurso en estos términos corresponde al Tribunal resolver un supuesto típico de conflicto entre derechos fundamentales. O dicho de otro modo *«sólo en el supuesto de que constatemos que las expresiones objeto del presente litigio fueron vertidas al amparo de las libertades que reconocen y garantizan a) o d) del artículo 20.1 de la CE, esto es, en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión o en el de comunicar información veraz, será posible abordar si la ponderación, entre éstos y el derecho al honor, se ajusta a los consolidados criterios constitucionales que permiten determinar cuál de ambos derechos debe ceder ante el otro»* (FJ 3).

Pues bien, lo primero que hay que determinar es si efectivamente, una vez descartado que la libertad sindical esté comprometida, están o no involucrados el derecho a la libertad de expresión y la libertad de información. Y no está de más recordar qué se entiende por cada una de ella. A juicio del TC, la libertad de expresión consistiría *«en el derecho a formar juicios y opiniones, sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos, por lo que el campo de acción vendría sólo determinado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas»*. En cambio, hablaríamos de libertad

de información «cuando lo que se pretende es suministrar información sobre hechos que se pretenden ciertos» (FJ 4).

Y puestos a recordar, no está de más refrescar lo que el TC entiende por información veraz o cierta. En este sentido, el Tribunal ha precisado que: «la veracidad de la información no es sinónima de la veracidad objetiva e incontable de los hechos, sino reflejo de la necesaria diligencia en la búsqueda de lo cierto o, si se prefiere, de la especial diligencia a fin de contrastar debidamente las fuentes de la información». Es por ello, como ya señaló la STC 320/1994, que la veracidad «no va dirigida tanto a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información, sino a negar la protección constitucional a los que, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, transmiten como hechos verdaderos, bien simples rumores, carentes de toda constatación, bien meras invenciones o insinuaciones, sin comprobar su veracidad mediante las oportunas averiguaciones».

STC 61/1997, de 20 de marzo («BOE» de 25 de abril de 1997).

RI.

Ponentes: Ruiz Vadillo y García Manzano. Voto particular de Jiménez de Parga y Cabrera.

Estimado parcialmente.

Conceptos: Cláusula de supletoriedad, condiciones básicas y legislación básica.

Preceptos de referencia: Artículos 149.1.1, 149.1.8, 149.1.18 y 149.3 CE. Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, y Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana.

Acto Impugnado: Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, y Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana.

En el fallo de la sentencia se estiman parcialmente los recursos, declarándose la inconstitucionalidad y nulidad de numerosos preceptos, entre ellos un inciso del apartado primero de la disposición derogatoria única, lo que conlleva que las normas allí contempladas recuperen su vigencia, entre ellas la anterior Ley del Suelo, Texto Refundido de 1976.

La Sentencia 61/1997, de 20 de marzo del TC, ha alcanzado una gran repercusión, no tan sólo por los efectos que ha supuesto para el Ordenamiento urbanístico español, sino sobre todo por la interpretación que hace de la regla de supletoriedad del Derecho estatal respecto del autonómico (art. 149.3 CE) y las consecuencias que extrae el propio Tribunal, perceptibles claramente a través del voto particular formulado.

Esta sentencia, de gran extensión, 412 páginas y 41 páginas de voto particular, discute y resuelve un problema, un conflicto exclusivamente de orden competencial.

Ante la gran labor de leer, entender e interpretar la doctrina que el TC consagra en esta larga sentencia, nos limitaremos a las grandes cuestiones que pueden tener interés general.

Desde este punto de vista, fundamentalmente dos son los aspectos a tener en cuenta:

1. Por una lado, los efectos que ha podido tener sobre el estatuto de la propiedad y,

2. Por otro, la interpretación de la cláusula de supletoriedad y sus consecuencias

1. En relación con el régimen de propiedad urbana, los efectos desastrosos que a simple vista parecía causar esta sentencia, no son tales, sino que el TC se limita a sentar las bases de la distribución de competencias, en materia de urbanismo, entre el Estado y las Comunidades Autónomas, en virtud del juego de los artículos 148 y 149 CE.

Se reconoce que es a las Comunidades Autónomas a las que se ha atribuido la competencia exclusiva sobre urbanismo y el legislador estatal tiene competencia para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos y deberes constitucionales (art. 149.1.1.º CE).

«Al Estado le corresponde ciertamente establecer la regulación del contenido básico y primario del derecho de propiedad, en la medida en que afecte a las condiciones básicas de su ejercicio» [FJ 9 a)]. «No debe olvidarse que la función social forma parte del contenido del derecho de propiedad y expresa y sintetiza los deberes que modulan su ejercicio (art. 33.2 CE)» (FJ 10).

Por tanto, no es posible, como señala el Tribunal, rechazar *a priori* la competencia estatal para dictar normas sobre determinados aspectos de la propiedad urbana y su función social, siempre que éstas no invadan las competencias autonómicas, y teniendo en cuenta que «tanto el legislador estatal de las condiciones básicas, como el autonómico deben respetar el contenido esencial del derecho de propiedad» (FJ 7).

A lo largo de toda la sentencia este argumento es de aplicación sistemática para declarar inconstitucionales todos aquellos preceptos (del legislador estatal) que se entiende penetran en el ámbito competencial autonómico.

Se observa, pues, que la inconstitucionalidad de los preceptos no lo es en relación al contenido sustantivo de los mismos, sino por razones de orden competencial.

Prueba de ello es que parte del Texto Refundido de 1992 no ha sido alcanzado por la declaración de inconstitucionalidad por encontrarse dentro de la competencia estatal y que algunas Comunidades Autónomas, tras esta sentencia del TC, han decidido incorporar como propio el contenido de la normativa declarada inconstitucional (por motivos competenciales), aun cuando sólo sea con carácter transitorio hasta que desarrollen su propia normativa. Así, la Comunidad Autónoma de Cantabria dictó la Ley 1/1997, de 25 de abril, de Medidas Urgentes en Materia de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, y la Comunidad Autónoma de Andalucía con la Ley 1/1997, de 18 de junio, por la que se adoptan con carácter urgente y transitorio disposiciones en materia de régimen de suelo y ordenación urbana.

Como consecuencia de esta sentencia, el legislador estatal ha dictado la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones («BOE» de 14 de abril de 1998). Interesante resulta su Exposición de Motivos por el respeto que muestra al legislador autonómico.

2. Mayor interés tiene la construcción que el Tribunal hace de la regla de supletoriedad del artículo 149.3 CE, dado el cambio radical que supone respecto de la doctrina que había mantenido en anteriores sentencias.

El TC aceptó la existencia de normas estatales de carácter supletorio, siempre que todas las Comunidades Autónomas no hubiesen asumido una concreta competencia en términos de identidad y de forma homogénea. Se potenciaba la supletoriedad del Derecho estatal para que evitase vacíos en el sistema normativo del Estado autonómico que empezaba a desarrollarse, se preveía que el

ejercicio pleno de las diferentes competencias autonómicas era un proceso largo en el tiempo y, además, que las Comunidades Autónomas podían excluir la aplicación de las normas supletorias dictando su propia legislación en el ejercicio de las competencias asumidas.

Así, por ejemplo, la STC 5/1981, o la Sentencia de 21 de diciembre de 1989, en la que se cuestionó la constitucionalidad del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril. En esta última, en la que pocos de sus artículos tienen carácter básico, siendo el resto de carácter supletorio, el Tribunal manifestó que: *«Con ello no se produce desapoderamiento competencial alguno de las Comunidades Autónomas. Antes bien, con ello el Estado atiende a una exigencia fundamental, que no es otra que la de prevenir un marco normativo general que venga a cubrir no sólo las consecuencias resultantes de los diferentes niveles competenciales existentes en la materia entre unas y otras Comunidades, sino también la simple inactividad normativa que, transitoriamente o no, pueda producirse en aquellas Comunidades Autónomas con competencia para desarrollar las normas básicas estatales»*.

Esta práctica ha sido revisada por el propio TC en diferentes sentencias (SSTC 147/1991, 118/1996), y ahora, en la STC 61/1997, fija y consagra la nueva doctrina que ya había afirmado en aquéllas.

El Tribunal, remitiéndose a las afirmaciones hechas en la STC 147/1991, ratifica que es preciso reducir el concepto de supletoriedad a sus correctos términos de función, es decir, *«como función referida al conjunto del Ordenamiento jurídico, cuyo valor supletorio debe obtenerse por el aplicador del Derecho a través de las reglas de interpretación pertinentes, incluida la vía analógica, y no ser impuesta directamente por el legislador desde normas especialmente aprobadas con tal exclusivo propósito, para incidir en la reglamentación jurídica de sectores materiales en los que el Estado carece de todo título competencial que justifique dicha reglamentación»* [FJ 12 c)].

La regla de supletoriedad no constituye una «cláusula universal» atributiva de competencias en favor del Estado y, refiriéndose a lo declarado en la STC 118/1996, afirma que *«la supletoriedad del Derecho estatal ha de ser inferida por el aplicador del Derecho autonómico, mediante el uso de las reglas de interpretación pertinentes. (...) Por consiguiente, la cláusula de supletoriedad no permite que el Derecho estatal colme, sin más, la falta de regulación autonómica en una materia. El presupuesto de aplicación de la supletoriedad que la Constitución establece no es la ausencia de regulación, sino la presencia de una laguna detectada como tal por el aplicador del Derecho»* [FJ 12 c)]. Admitir lo contrario supondría un quebranto de la ordenación competencial establecida en la Constitución.

A raíz de la interpretación que viene formulando, el TC extrae una nueva consecuencia: si el Estado carece de título competencial para crear Derecho supletorio, sobre una materia concreta, ello significa que carece también de competencia para modificarlo o suprimirlo mediante su derogación. El Tribunal declara que si *«la cláusula de supletoriedad no es una fuente atributiva, en positivo, de competencias estatales, ni aun con carácter supletorio, tampoco puede serlo en negativo; es decir, tampoco puede ser un título que le permita al Estado derogar el que era su propio Derecho, en este caso sobre urbanismo, pero que ya ha dejado de serlo o, más exactamente, que ya no se encuentra a su disposición, ya sea para alterarlo (aun con eficacia supletoria) o para derogarlo»* [FJ 12 d)].

El voto particular del Magistrado Jiménez de Parga reconoce el Derecho supletorio del Estado y, con ello, la posibilidad de que dicte normas de ese carácter.

STC 74/1997, de 21 de abril («BOE» 21 de mayo).

RA.

Ponente: Mendizábal Allende. Voto particular de Viver Pi-Sunyer. Desestimado.

Conceptos: Igualdad ante la ley de los hijos extramatrimoniales.

Precepto de referencia: Artículo 14 CE.

El recurso se plantea por un problema de igualdad en la aplicación de la ley en un momento en el que estaba vigente el artículo 487 bis del Código Penal (hoy derogado). Después de producida la ruptura, la madre reclamó la custodia judicial y una pensión de alimentos para el hijo nacido de esa unión a cargo del padre. Ante los constantes incumplimientos por parte de éste, optó por denunciarle como autor de un delito de los previstos en el artículo citado que, como se recordará, sancionaba el impago de pensiones acordadas en sentencias de separación, nulidad o divorcio. Desestimada su pretensión tanto por el Juez como por la Audiencia, que entendieron que el supuesto de hecho no podía encuadrarse en la norma que se decía vulnerada, se planteó el recurso ante el TC por considerar que se había producido un supuesto de desigualdad en la aplicación de la norma.

En la demanda se dice que tal precepto legal y la sentencia que lo ha aplicado infringen el artículo 14 de la Constitución, por discriminar peyorativamente a la madre y al hijo. En este sentido, la sentencia que contemplamos nos recuerda en ese mismo fundamento jurídico que *«el proceso de amparo no es la vía adecuada para la impugnación directa de las leyes y que, por lo tanto, de la posible inconstitucionalidad de la ley sólo podrá conocer este Tribunal a través de dicha vía cuando ello resulte imprescindible para corregir la lesión del derecho fundamental que sea achacable directamente a la aplicación del precepto legal que se dice contrario a la Constitución (STC 206/1990)»*. Pero, como señala un poco después, no existe un derecho fundamental a obtener la condena penal de otra persona, por lo que la absolución de la Audiencia en modo alguno puede haber vulnerado ese derecho fundamental. Es más, en opinión del TC (FJ 5), dicho Tribunal no podía hacer otra cosa por vedárselo el principio de legalidad penal que impide la interpretación analógica de las normas penales y su aplicación extensiva.

STC 100/1997, 20 de mayo («BOE» 9 de junio de 1997).

RA.

Estimado.

Ponente: Jiménez de Parga y Cabrera.

Conceptos: Tutela judicial efectiva. Actos de comunicación procesal. Emplazamiento por edictos.

Precepto de referencia: Artículo 24.1 CE.

La sentencia recurrida se dictó con ocasión de juicio de menor cuantía, en el que una empresa inmobiliaria reclamaba la resolución del contrato de compraventa celebrado con una sociedad mercantil dedicada a actividades educativas. Dicho contrato tenía como objeto dos parcelas de terreno y estaba sometido a condición resolutoria para el caso de que dichas parcelas no se destinaran a fines docentes.

En el proceso se cita fallidamente a la demandada, en varias ocasiones, por lo que el Juzgado recurre al emplazamiento por edictos, dictándose sentencia en rebeldía en la que se declara resuelto el contrato de compraventa.

La cuestión de fondo queda centrada en la trascendencia constitucional que tienen los actos de comunicación procesal y en especial el de emplazamiento judicial de las partes, en tanto operan como instrumento de acceso a la jurisdicción y como presupuesto para el ejercicio del derecho a la defensa (SSTC 36/1987, 72/1988 y 205/1988). En virtud de ello, es reiterada doctrina del TC que «el emplazamiento hecho por edictos ha de entenderse como un remedio último, de carácter supletorio y excepcional, al que sólo cabe acudir cuando desconocido el domicilio, el órgano judicial llegue a una convicción razonable sobre la imponible localización del demandado». (FJ 2)

Según resalta el Tribunal, esta tarea «impone a los órganos judiciales un especial deber de diligencia en la realización de los actos de comunicación procesal, tendente en la medida de lo posible, a la recepción de los mismos por los destinatarios». (FJ 2)

En el supuesto comentado, resulta notorio que el Tribunal de instancia no empleó la diligencia exigible en su actuación, ya que el domicilio del demandado constaba en autos y porque al tratarse de una sociedad mercantil, la oficina judicial pudo recabar dicha información del Registro Mercantil. Por todo lo cual el TC aprecia la vulneración del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva sin indefensión.

STC 101/1997, de 20 de mayo («BOE» 9 de junio de 1997).

RA.

Estimado.

Ponente: Ruiz Vadillo

Cuestiones: Tutela judicial efectiva. Requisitos y formas procesales. Sustitución del mandatario.

Preceptos de referencia: Artículos 24.1 CE y 1721 CC.

Dos son los temas debatidos en la presente sentencia: por un lado la actitud que ha de adoptar el Juez como intérprete de los requisitos procesales para acceder a la tutela judicial efectiva y por otro una cuestión de derecho sustantivo como es la facultad que el artículo 1721 CC otorga al mandatario de nombrar sustituto para el cumplimiento del objeto del mandato.

El supuesto de hecho queda resumido en los siguientes términos: los recurrentes fueron demandados en autos de juicio de cognición, al que compareció un Procurador nombrado por el hijo de los anteriores, que a su vez actuaba como representante de sus padres, en virtud de escritura de poder. El Juzgado de Primera Instancia reconoció la capacidad procesal de las partes y dictó sentencia. La resolución fue recurrida en apelación ante la Audiencia Provincial, personándose los propios interesados y nombrando al mismo Procurador. En esta segunda instancia se decreta la nulidad de todo lo actuado desde que finalizó el plazo concedido a los demandados para contestar, ordenando al Juzgado que los declare rebeldes y continúe el proceso. La Audiencia entiende que el poder otorgado por los demandados no permite al mandatario actuar como representante de los mismos y aún menos nombrar Procurador, por lo que ninguno de ellos tiene capacidad para actuar en el proceso.

La doctrina constitucional sobre las causas de inadmisión previstas en las leyes procesales, señala que ha de hacerse una interpretación restrictiva de éstas,

favoreciendo por lo tanto el ejercicio del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva, cuyo contenido normal es obtener una resolución sobre el fondo y que «la facultad de control concedida a los Tribunales sobre los requisitos de admisibilidad de los recursos y la interpretación de las normas procesales, no amparan ni justifican interpretaciones formalistas o basadas en un rigorismo desproporcionado, contrario al libre acceso a los recursos» (SSTC 190/1990, 32/1991 y 119/1994). (FJ 2)

En este caso, el TC señala que la Audiencia «ha procedido de un modo no conforme al derecho a la tutela judicial efectiva... habiéndose producido en definitiva una restricción innecesaria de los derechos constitucionales de acceso a la jurisdicción y a la defensa». (FJ 6)

A esta conclusión llega el alto Tribunal, tras valorar la facultad que el hijo de los demandados tenía para nombrar Procurador. Si bien en primera instancia se había producido un error material en la escritura de poder presentada, con motivo de la apelación se aporta copia completa y exacta de la misma, que en su apartado *b)* otorgaba al mandatario la facultad expresa de nombrar Procurador de los Tribunales en nombre y representación de sus mandantes. A pesar de esta circunstancia el TC estima que «el juicio de valor tácitamente realizado por el Juez de instancia, sobre la capacidad de los demandados comparecientes, admitiéndoles como parte, es proporcionado y correcto, ya que desde la perspectiva constitucional ha de tenerse en cuenta el artículo 1721 CC, en el que se establece como cláusula de carácter general la facultad del mandatario de proceder al nombramiento de mandatario sustituto en el cumplimiento del objeto del mandato». (FJ 4) Este argumento se ve reforzado por el dato de la vinculación familiar entre mandantes y mandatario y la presunción a favor del conocimiento y aceptación de dicha sustitución, así como por la falta de impugnación por alguno de los litigantes de la resolución por la que se reconoce la capacidad procesal de los demandados.

STC 109/1997, 2 de junio («BOE» de 4 de julio de 1997).

RA.

Estimado parcialmente.

Ponente: Rafael De Mendizábal Allende.

Cuestiones: Derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas. Indemnización de daños y perjuicios por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

Preceptos de referencia: Artículos 24.2 y 121 CE.

La entidad bancaria recurrente en amparo, pide que el TC declare la vulneración de su derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, reconocido en el artículo 24.2 CE, ya que en el marco de un proceso ejecutivo, la actora solicitó y se acordó por providencia la tasación de costas y liquidación de intereses, tras lo cual se produjo una total inactividad del órgano judicial.

Por otra parte, solicita que se reconozca su derecho a recibir la indemnización prevista en el artículo 121 CE, por conducta culposa del Tribunal que conoca de la ejecución.

Dos son fundamentalmente los aspectos que cabe destacar de esta sentencia:

1. En relación a los parámetros que se han de tener en cuenta para determinar si ha existido una dilación indebida en el proceso, el TC señala: «Este concepto jurídico indeterminado, como equivalente del “plazo razona-

ble” dentro del cual debe desarrollarse cualquier proceso, según se mire desde la perspectiva de nuestra Constitución, y del Pacto de Nueva York o del Convenio Europeo de 1950, exige la ponderación de tres factores: la complejidad del asunto, el comportamiento de los litigantes y el de las autoridades judiciales». (FJ 2)

En este caso, dado que la simplicidad de lo solicitado es clara y que el actor ha mostrado una diligencia superior a la exigible, ya que en reiteradas ocasiones ha insistido en su solicitud, la demora sólo es imputable a la inactividad judicial, «sin que pueda constituir causa de justificación la sobrecarga de trabajo del órgano jurisdiccional, ni las peripecias personales de sus titulares (baja de maternidad, sustitución temporal), aun cuando esas circunstancias puedan servir para exonerarlos de culpa y trasladar la responsabilidad desde un plano subjetivo al objetivo». (FJ 2)

2. Por lo que respecta a la pretensión de que se declare el derecho de la recurrente a ser indemnizada por daños y perjuicios, el TC desglosa los diferentes factores que han de concurrir para que nazca tal derecho y señala a quién compete declarar la existencia de cada uno.

«En el esquema de este concepto, el primero y principal de sus elementos estructurales es la lesión patrimonial, equivalente por su contenido a cualquier daño y perjuicio... Ahora bien, no es suficiente el menoscabo económico, factor material, sino que requiere simultáneamente la concurrencia de otro factor cualificativo consistente en que sea antijurídico, y por lo tanto el afectado o la víctima no tenga el deber de soportarlo... En otro plano ha de situarse el vínculo entre la lesión y el agente que la produce... La determinación de esos elementos, salvo uno, ha de producirse en el plano de la legalidad y por ello es competencia privativa de los Jueces y Tribunales. A nosotros tan sólo nos corresponde aportar uno de estos componentes, la ilegitimidad, por derivar directamente, en este caso, de la transgresión de una norma de la Constitución, donde se configura un derecho fundamental, o dicho en otras palabras, la calificación como “indebida” de la dilación. En este sentido ha de ser entendida nuestra conclusión de que cuando este Tribunal comprueba la existencia de dilaciones indebidas, su declaración puede servir de título para acreditar el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, como fundamento para el ejercicio de las acciones oportunas si los hubiere. El nuestro no es por tanto un pronunciamiento simbólico sin eficacia práctica, desde el momento en que constituye el presupuesto del derecho a la indemnización de daños y perjuicios.» (FJ 3)

STC 114/1997, de 16 de junio («BOE» 18 de julio de 1997).

RA.

Ponente: Jiménez de Parga y Cabrera.

Estimado.

Conceptos: Derecho a la tutela judicial efectiva en relación a procedimiento de adopción. Suspensión de la vista por fuerza mayor. Necesidad de pronunciarse acerca de si procede o no la suspensión.

Preceptos de referencia: Artículo 24 CE, Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de la adopción, y artículo 323 LEC

La recurrente solicita el amparo frente a las resoluciones judiciales que constituyeron la adopción de su hijo a favor de un matrimonio que lo había tenido en guarda y posteriormente en acogimiento. Se alega que al tramitarse el procedimiento ante el Juzgado de Familia se vulneró el artículo 24 CE y que el

recurso de apelación contra el auto de adopción violó su derecho a la tutela judicial efectiva al no suspender la vista por incomparecencia del Abogado de la recurrente debido a una fuerza mayor (huelga de ferrocarriles).

El TC se centra en primer lugar a analizar las alegaciones contra la sentencia de instancia. La actora ataca en primer lugar el propio procedimiento de adopción, por entender que conculca las garantías de los progenitores cuando el órgano judicial aprecia que éstos se encuentran incurso en una causa de privación de la patria potestad. El TC rechaza este argumento, ya que considera que el artículo 24 CE no impone cauces procesales determinados, sino el respeto a las garantías judiciales. Por lo tanto, lo determinante es precisar si las garantías procesales básicas *ex* artículo 24 CE han sido respetadas o no. Según el TC, el procedimiento previsto para la adopción responde a la necesidad de reserva y de proporcionar el máximo conocimiento al juzgador para asegurar la medida más beneficiosa para el menor, cuyo interés es pre- valente (FJ 3).

En cuanto a las concretas violaciones alegadas respecto los derechos contemplados en el artículo 24 CE, también son rechazadas. No hubo vulneración alguna del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, ya que la recurrente no propuso prueba alguna. Concluye también el TC que pudo ejercer sin obstáculos su derecho a la defensa y se le había designado Abogado de oficio (FFJJ 4 y 5).

El TC entra a analizar si procede el amparo frente el recurso de apelación contra el auto de adopción, y en concreto si debía haberse procedido a la suspensión de la vista ante la imposibilidad de asistir por parte del Abogado de la recurrente. Según el TC, cuando una de las partes solicita la suspensión de la vista, el Tribunal no puede ignorar su petición, ya que en ello está en juego el derecho de defensa contradictoria de las partes. La resolución judicial *inaudita parte* únicamente puede justificarse en los casos de incomparecencia por voluntad expresa o tácita, o por negligencia imputable a alguna parte (FJ 7).

Si bien es cierto que las solicitudes de suspensión comportan una tensión entre los intereses de las partes y que el derecho a la tutela judicial efectiva requiere que las normas procesales relativas a las incomparecencia sean interpretadas en el sentido de favorecer el ejercicio de la acción, lo que no cabe duda es que el órgano judicial debe adoptar su decisión mediante una resolución motivada, debe pronunciarse expresamente sobre la causa de suspensión alegada, el momento y la forma de su justificación (FJ 8).

Según el TC, la huelga de ferrocarriles que impidió al Abogado de la recurrente regresar a España constituía sin duda un hecho imprevisible que hubiera podido justificar la inasistencia a la vista y, por ende, su suspensión. Si bien la LEC no contempla específicamente la circunstancia acaecida como causa de suspensión, ello no impide que mediante una interpretación analógica de los preceptos de la LEC pueda considerarse subsumida dicha causa en el artículo 323 LEC. En definitiva, la total falta de respuesta judicial a la solicitud de suspensión presentada, así como la trascendencia de la vista que iba a celebrarse conducen a entender vulnerado el derecho fundamental de la madre a una tutela judicial efectiva (FJ 9).

Considera el TC que el recurso de apelación no debió celebrarse sin resolver expresa y motivadamente sobre la petición de suspender la vista por fuerza mayor. Por consiguiente, procede anular el auto dictado por la Sección de la Audiencia y retrotraer las actuaciones, para que se señale nueva fecha para celebrar la vista del recurso de apelación.

STC 121/1997, de 1 de julio («BOE» de 18 de julio de 1997).

RA.

Desestimado.

Ponente: Cruz Villalón.

Cuestiones: Derecho a la libertad sindical.

Preceptos de referencia: Artículos 18.1 y 25.1 CE.

La sentencia en cuestión deriva de la aprobación de una Resolución de los Presidentes del Congreso de los Diputados y del Senado, que afecta a la libertad sindical y en concreto a la participación de los sindicatos en la Comisión Electoral de las Cortes Generales. Al efecto, recuerda el TC que el derecho fundamental a la libertad sindical incorpora como contenido esencial del mismo el derecho a fundar y a crear libremente sindicatos sin autorización previa. Sin embargo, nada impide al legislador articular un Registro como presupuesto del control formal del sindicato (SSTC 2/1981 y 85/1986).

Por su parte, la previsión constitucional del artículo 72.1 CE garantiza la autonomía normativa de las Cortes Generales, y autoriza a las mismas a regular su propio Estatuto del Personal y concretamente las elecciones sindicales y los órganos de representación del personal. Ahora bien, aun admitiendo ciertas variaciones o adaptaciones normativas en atención a las particularidades estatutarias del personal al servicio de las Cortes Generales, éstas deben hallarse justificadas por derechos o valores constitucionalmente relevantes.

Finalmente, el TC considera que, a pesar de no estar justificada una especial restricción del derecho a la libertad sindical en el ámbito de las Cortes Generales, no debe anularse la Resolución objeto de recurso, pues es posible una interpretación de la misma fácilmente compatible con el pleno ejercicio de la libertad sindical.

STC 123/1997, de 1 de julio («BOE» 18 de julio de 1997).

RA.

Ponente: Ruiz Vadillo.

Desestimado.

Conceptos: Secreto de las comunicaciones y tutela judicial efectiva.

Preceptos de referencia: Artículos 18 y 24.1 CE.

Se plantea recurso de amparo contra sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca y la dictada por la Sala de lo Penal del TS por entender que ambas resoluciones han vulnerado los artículos 18.1, 18.3, 24.1 y 24.2 CE.

En el presente recurso de amparo se trata de determinar si la condena impuesta se asentó en una actividad probatoria suficiente al efecto de desvirtuar la presunción de inocencia. Para ello es necesario precisar si los elementos de prueba en los que los órganos judiciales basaron su convicción acerca de la culpabilidad del recurrente fueron constitucionalmente obtenidos, tal y como entendió el TS.

Según el recurrente, los únicos elementos de prueba con que contaron los órganos judiciales traían su origen de una patente violación de su derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas (art. 18.3 CE), así como la vulneración

de los derechos tutelados en el artículo 24 CE, con lo cual los órganos judiciales no estaban autorizados a otorgar validez probatoria alguna a los resultados derivados de la misma (FJ 2).

Señala el TC que cuando se coarta el libre ejercicio de los derechos reconocidos en la CE, como ocurre en este supuesto, mediante una intervención telefónica, es preciso que la resolución que adopta la medida sea motivada. Respecto la motivación cabe hacer una distinción: por un lado podemos considerar lo que constituye las exigencias básicas de motivación de las sentencias (que supone una exteriorización del razonamiento que conduce desde los hechos probados y las correspondientes consideraciones jurídicas al fallo) y por otro lado aquélla que ha de contenerse en las resoluciones judiciales que adoptan medidas restrictivas de los derechos fundamentales reconocidos en la CE. En este último caso, no se trata tanto de la motivación como de la ponderación efectiva hecha por el Juez en relación con los valores o bienes jurídicos en juego en cada caso, según el derecho fundamental afectado, haciendo efectiva la exigencia de proporcionalidad inherente a la justicia (FJ 3).

Lo que está comprometido, por lo tanto, no es el derecho a la tutela o derecho a la obtención de una resolución definitiva motivada, sino el deber de motivación de las resoluciones limitativas de los derechos fundamentales que, como exigencia del principio de proporcionalidad, sólo puede ser limitado mediante resolución judicial motivada (FJ 5).

El control de las comunicaciones, constituye una grave injerencia en la esfera de la intimidad personal constitucionalmente reconocida y tal injerencia debe estar sometida al principio de legalidad y, en especial, al de proporcionalidad. En cuanto a este último hay que tener en cuenta: *i*) la gravedad de la infracción punible para justificar la naturaleza de la medida; *ii*) las garantías exigibles de autorización judicial específica y razonada y de respeto en su realización de requisitos similares a los existentes en otro tipo de control de comunicaciones.

Considera el TC que la medida ordenada en el presente caso no sólo fue proporcional a las circunstancias concurrentes sino que en la misma se han respetado las correspondientes garantías y que la ponderación efectuada de los valores comprometidos fue ajustada a las previsiones constitucionales, determinando, además, que dicha intervención reuniera los requisitos necesarios a los efectos de su plena eficacia jurídica (FJ 4). No existió, pues, vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva como consecuencia de la resolución judicial que ordenó el control de las comunicaciones. La motivación es suficiente, aunque un tanto escueta, pero satisface las exigencias del artículo 24 CE. Tanto en los antecedentes de hecho como en los fundamentos jurídicos se hace expresa referencia a una operación de venta de cocaína (FJ 5).

A continuación, procede analizar si se ha infringido el derecho a la presunción de inocencia, como uno de los pilares del *ius puniendi* contemporáneo. Recuerda el TC que la presunción de inocencia comporta, en el orden penal, una serie de exigencias (FJ 6), pero que tiene su fundamento en dos conceptos de carácter previo: el principio de libre valoración de la prueba y la necesidad que la sentencia condenatoria se fundamente en auténticos actos de prueba, debiendo ser la prueba practicada suficiente para generar en el Tribunal la evidencia de la existencia no sólo del hecho punible, sino también de la responsabilidad penal que en él tuvo el acusado (FJ 6).

Considera el TC que en este supuesto concurren todos estos elementos y por lo tanto no procede a otorgar el amparo solicitado.

STC 126/1997, de 3 de julio («BOE» 18 de julio de 1997).

CI.

Norma cuestionada: Artículo 1 de la Ley 4 de mayo de 1948, artículo 5 Decreto 4 de junio de 1948, artículo 13 de la Ley de Desvinculación de 1820, Leyes 8 y 9 del Título XVII del Libro X de la Novísima Recopilación y de la Ley 2, 15, 2 de las Partidas.

Ponente: González Campos. Voto particular de Viver Pi-Sunyer y Vives Antón y otro de Cruz Villalón.

Desestimada.

Conceptos: Títulos nobiliarios y no discriminación por razón de sexo.

Precepto de referencia: Artículo 14 CE.

Se plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación a determinados preceptos por considerar que dicha normativa puede infringir el principio de no discriminación por razón de sexo *ex* artículo 14 CE.

En cuanto a los aspectos procesales, el TC recuerda que el carácter preconstitucional de la norma legal cuestionada, por sí mismo, no impone en modo alguno que la Sala debiera haberse abstenido de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, ya que el órgano jurisdiccional puede examinar y resolver la eventual contradicción con el Ordenamiento constitucional posterior de una norma anterior a la CE, pero también puede optar por deferir la cuestión a esta jurisdicción constitucional (FJ 4).

En cuanto al fondo de la cuestión, el TC señala la necesidad de distinguir entre el orden de sucesión de la Corona de los restantes títulos nobiliarios. Mientras que el primero está contemplado en la CE, los restantes no. A mayor abundamiento, a partir de 1812, la Partida 2, 15, 2 dejó de ser aplicable a la sucesión en la Corona, al ser sustituida por los preceptos constitucionales, si bien continuará rigiendo la sucesión regular en los títulos nobiliarios (FJ 7).

El TC estima que el contraste de las normas cuestionadas con el artículo 14 CE no puede llevarse a cabo en abstracto sino en el concreto ámbito de la institución de los títulos de nobleza, para determinar si dicho principio es aplicable en este particular ámbito jurídico, dada la peculiar naturaleza de los títulos nobiliarios. En consecuencia, el TC entra a analizar el origen histórico de estas mercedes, su contenido y significado actual y por último el régimen de la adquisición por vía sucesoria.

Desde la Constitución de 1812 hasta la actualmente vigente se ha entendido, sin discusión, que la concesión de títulos de nobleza constituía uno de esos «honores» a los que hoy se refiere el artículo 62.f) CE, pese a que los Reales Decretos sólo expresen como fundamento de la concesión la voluntad del Monarca. Por imperativo del citado precepto de la CE, el Rey ha de ejercer su facultad de conceder un título de nobleza con arreglo a las leyes y dicho acto, además, queda sujeto a refrendo ministerial (FJ 10). Además, ha de tenerse presente que el orden de suceder en los títulos nobiliarios, según constante doctrina de la Sala 1.^a del TS, se determina en primer lugar por lo establecido en la real concesión que constituye la ley reguladora o la ley fundamental de cada merced. Y sólo en defecto de lo establecido en la real concesión ha de operar, subsidiariamente, el orden regular legalmente previsto (FJ 10). En conclusión, los títulos nobiliarios han subsistido en la sociedad burguesa y en el régimen constitucional, sin duda por su directa vinculación con la Corona (FFJJ 10 y 11).

En cualquier caso, el título de nobleza estaba vinculado históricamente a la Corona en cuanto símbolo del Reino. Si los títulos de nobleza han subsistido, cabe entender que esa subsistencia se deriva de su carácter simbólico. El sím-

bolo elegido se halla desprovisto de cualquier contenido jurídico-material en nuestro Ordenamiento, más allá del derecho a usar un *nomen honoris* que viene a identificar, junto al nombre, el linaje al que pertenece quien ostenta tal prerrogativa de honor. Lo que es relevante en relación con el principio de igualdad del artículo 14 CE, puesto que si la adquisición del título de nobleza sólo viene a constituir un hecho diferencial cuyo significado no es material sino sólo simbólico, este carácter excluye, en principio, la existencia de una posible discriminación al adquirirlo, tanto por vía directa como por vía sucesoria. En definitiva, los títulos de nobleza no poseen una proyección general y definitiva de un *status*, sino que nos hallamos ante un simple *nomen honoris*, que implica una referencia a la historia en cuanto símbolo y no posee así otro valor que el puramente social que en cada momento quiera otorgársele (FJ 12).

Así mismo, los títulos de nobleza tienen un régimen excepcional en cuanto a su transmisión ya que no constituyen, en sentido estricto, un bien integrante de la herencia del de *cuius*, aun cuando el derecho de uso y disfrute sea transmisible *post mortem* a los descendientes de quien lo ostenta, si la merced tiene carácter perpetuo. Ello determina una consecuencia relevante en esta sede constitucional: que no son aplicables a este singular bien las reglas contenidas en el Código Civil. De tal manera, que al fallecimiento de quien ostenta un título de nobleza, el título se transmite según lo dispuesto en la real concesión (FJ 14). El título de nobleza constituye un bien inmaterial constitutivo de un *nomen honoris*, que es igualmente una unidad y, como tal, indivisible entre los descendientes de quien recibió la merced. Ello implica, cuando concurren varios descendientes de igual línea y grado, la necesaria exclusión de unos en favor de otro, el llamado, según el orden de suceder aplicable al concreto título de nobleza de que se trate (FJ 14).

Debe tenerse en cuenta que los titulares tienen derecho de uso y disfrute de la misma, pero no son, en sentido propio, dueños, sino poseedores del título de nobleza, ya que carecen del *ius disponendi* tanto en las relaciones *inter vivos* como *mortis causa*. Como ya ha sentado la jurisprudencia del TS, el orden de sucesión en los títulos nobiliarios es inalterable, salvo que medie expresa autorización del Rey (FJ 14).

Vistas estas características, el TC entra a analizar la diferencia establecida por razón de sexo. Partiendo del valor meramente simbólico de los títulos nobiliarios, el TC considera que los valores contenidos en la CE únicamente deberían proyectar sus efectos sobre los títulos nobiliarios si la diferencia legal tuviera un contenido material. Los títulos nobiliarios han tenido desde siempre un particular orden sucesorio, de forma que éste ha constituido un elemento inherente al propio título que se transmite, por lo tanto, en la medida que tiene exclusivamente un contenido simbólico resultaría contrario a su propia naturaleza que se aplicaran otros criterios para su transmisión. «Resultaría paradójico que el título de nobleza pudiera adquirirse por vía sucesoria no tal como es y ha sido históricamente según los criterios que han presidido las anteriores transmisiones, sino al amparo de criterios distintos. Pues ello supondría tanto como proyectar valores y principios contenidos en la Constitución y que hoy poseen un contenido material en nuestro Ordenamiento sobre lo que carece de ese contenido por su carácter simbólico» (FJ 15).

Por lo tanto, las consideraciones anteriores necesariamente conducen a una respuesta negativa a la cuestión de inconstitucionalidad planteada y al mismo resultado se llega partiendo de la STC 27/1982.

En definitiva, según el TC, «admitida la constitucionalidad de los títulos nobiliarios por su naturaleza meramente honorífica y la finalidad de mantener vivo el recuerdo histórico al que se debe su otorgamiento, no cabe entender que un determinado elemento de dicha institución –el régimen de su transmisión

mortis causa— haya de apartarse de las determinaciones establecidas en la real carta de concesión. La voluntad regia que ésta expresa no puede alterarse sin desvirtuar el origen y la naturaleza histórica de la institución» (FJ 16).

Voto particular formulado por los Magistrados Viver Pi-Sunyer y Vives Antón:

Dichos Magistrados consideran que no sólo los títulos nobiliarios se hallan sometidos a la CE y a las exigencias del derecho a la igualdad del artículo 14 CE, sino que al establecer la preferencia del varón sobre la mujer consagran una discriminación por razón de sexo que vulnera la Constitución.

Señalan que se está enjuiciando una norma jurídica (de otro modo no se habría admitido la cuestión) y una norma jurídica estatal no puede establecer dicha diferencia, aunque la diferencia no tuviera ningún contenido jurídico. Aunque los títulos nobiliarios jueguen un papel meramente simbólico ello no excluye que nos hallemos ante una discriminación.

Rechazan así mismo los Magistrados disidentes que por el hecho de tratarse de una institución histórica deba mantenerse ésta sin ninguna modificación. En conclusión, si bien los títulos nobiliarios pueden hallar algún sentido en el marco constitucional como forma de distinción y de primar méritos excepcionales, ello no excluye que les sea aplicable el artículo 14 CE y por lo tanto la disposición cuestionada vulnera la CE.

Voto particular formulado por el Magistrado Cruz Villalón:

En primer lugar considera que no debería haberse admitido la cuestión de inconstitucionalidad en la medida que la norma cuestionada carece del rango de ley.

En cuanto al fondo, dicho Magistrado se plantea si la existencia de títulos nobiliarios es contraria a la CE. Responde negativamente esta cuestión, ya que al instaurarse una Monarquía constitucional, no es aventurado considerar que la voluntad de acabar con los títulos nobiliarios cuanto menos hubiera tenido que ser objeto de una determinación expresa. Además, en la CE figura el artículo 62.f) CE que reconoce al Monarca la facultad de conceder honores y distinciones.

Considera también que el carácter histórico de una institución no puede excluir, por sí solo, su contraste con la Constitución.

STC 128/1997, de 14 de julio («BOE» 6 agosto de 1997).

RA.

Ponente: Gabaldón López. **Voto particular de** González Campos, Viver Pi-Sunyer y Vives Antón.

Desestimado.

Conceptos: Secreto de las comunicaciones.

Precepto de referencia: Artículo 18.3 CE.

Un recluso, con un amplio historial de fugas, secuestros, motines y agresiones, recurre en amparo contra resoluciones de la Administración Penitenciaria que acordaron la intervención de sus comunicaciones, así como contra resoluciones judiciales, por considerar que no repararon las vulneraciones del derecho fundamental contemplado en el artículo 18.3 CE.

Dicho recurrente estuvo internado en diversos centros y en varios de ellos se aplicó la medida de intervenir sus comunicaciones; sin embargo, los expedientes relativos a este recluso son totalmente desordenados e incompletos. En

concreto, en una de las ocasiones no consta el acuerdo del Centro Penitenciario estableciendo la limitación al derecho del recluso, sino únicamente la comunicación al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, especificando las razones de la intervención.

El TC recuerda, una vez más, que los internos en un Centro Penitenciario también son titulares del derecho consagrado en el artículo 18.3 CE, derecho al secreto de las comunicaciones, con los límites que la LOGP determina debido a las peculiaridades de la relación penitenciaria. Uno de estos límites lo constituye el artículo 51.5 LOGP, que prevé la posibilidad de suspender, motivadamente, las comunicaciones. Se trata de determinar si en este supuesto la medida adoptada ha respetado las garantías que corresponden a los reclusos.

El TC recuerda que la exigencia de motivación proviene no ya sólo de las exigencias del artículo 51.5 LOGP, sino por tratarse de una limitación de un derecho fundamental. No se trata, por parte del TC, de controlar la existencia de los hechos que puedan justificar la intervención, sino de controlar la motivación ofrecida a fin de comprobar que la restricción del derecho fundamental ha sido razonable y proporcional, acorde con los fines de la constitución y resultado de un juicio de ponderación de los derechos fundamentales y bienes constitucionales en pugna (FJ 4).

En concreto se pone en entredicho la resolución del nuevo Centro donde fue ingresado el actor, de ratificar las decisiones de suspensión adoptadas en el Centro de origen. No parece que haya constancia de la comunicación de la medida adoptada al recluso ni al Juez; sin embargo, por una parte el recluso tenía conocimiento de la medida y el Juez de vigilancia penitenciaria también, en la medida que el recluso recurrió ante éste y posteriormente recabó información al Centro sobre la fundamentación de la misma. Parece que la medida estaba más que justificada, dado el historia del recluso y dada la circunstancia que éste mantenía contactos con el exterior para preparar una fuga. Por todo ello el TC desestima el amparo solicitado.

Voto particular:

Los Magistrados que formulan el voto particular están en desacuerdo con el hecho que el recluso conociera *a posteriori* la circunstancia de la intervención y que el Juez de vigilancia penitenciaria tuviera conocimiento de ello a través del recurso interpuesto por el recluso. Este conocimiento es distinto del deber de comunicación. Así mismo, considera que, entre el período que medida entre la adopción de la medida y la decisión del Juez en sentido denegatorio de la medida, existe una conculcación que precisa de una reparación.

STC 151/1997, de 29 de septiembre («BOE» de 30 de octubre de 1997).

RA.

Estimado.

Ponente: Viver Pi-Sunyer.

Cuestiones: Principio de legalidad penal. Derecho a la intimidad personal y familiar.

Preceptos de referencia: Artículos 18.1 y 25.1 CE y 59.3 LO de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

La sentencia tiene su origen en el fallo emitido por un Tribunal de Honor constituido con el efecto de enjuiciar a un Capitán de Artillería por la impu-

tación de un hecho contrario al artículo 59.3 de la LO de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, concretamente por el consentimiento dado a su mujer para que cometiera adulterio. Contra esta resolución, confirmada por la Audiencia Nacional y por el Tribunal Supremo (Sala 5.ª), se interpone recurso de amparo ante el TC basado principalmente en dos motivos: la infracción del principio de legalidad de las normas sancionatorias (art. 25.1 CE) y la violación del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE).

En atención al principio de legalidad, entiende el TC que ello comporta frente al legislador, principalmente, la prohibición de establecer infracciones y sanciones en normas infralegales. Aunque ello no obsta para que algunos preceptos puedan requerir una complementación judicial, como es el caso del aplicado artículo 59.3 de la LO de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, que sanciona el «*observar conductas gravemente contrarias a la disciplina, servicio o dignidad militar que no constituyan delito*». En este marco conviene, por último, precisar que la jurisdicción constitucional es ajena a la interpretación última de los tribunales reales respecto a la subsunción de los hechos probados en los tipos aplicados. Y que el control queda limitado tal y como ya se entendió en STC 133/1997 a evitar que «*las resoluciones judiciales aplicadoras de preceptos sancionadores impidan a los ciudadanos programar sus comportamientos sin temor a posibles condenas por actos no tipificados previamente*» (FJ 4).

En este caso, el TC constata que las resoluciones judiciales que condenan al recurrente adolecen de un fundamento jurídico concreto y cognoscible que priva a la sanción del sustento que le exige el artículo 25.1 CE, en tanto carecen de motivación y suponen una aplicación analógica o extensión *in malam partem* sólo reparable con su anulación definitiva.

En relación a la vulneración del derecho a la intimidad personal y familiar, el TC reitera, en base a anteriores pronunciamientos, que el contenido básico del derecho a la intimidad, limita la intervención de otras personas y de los poderes públicos en la vida privada. De manera que se impiden injerencias en la intimidad arbitrarias o ilegales. En todo caso, los límites impuestos al ejercicio de los derechos fundamentales deben ser establecidos e interpretados de forma restrictiva, de forma que las resoluciones que aplican dichos límites deben tener una motivación suficiente para poder controlar la proporcionalidad y, en definitiva, la constitucionalidad de la medida aplicada.

En conclusión, se entiende que el concepto de honor, cuando se emplea como elemento configurador de tipos sancionadores que permiten limitar el ejercicio de derechos fundamentales y provocar la separación definitiva del servicio militar, debe engranarse con los valores y preceptos constitucionales. De esta manera resulta constitucionalmente admisible la utilización de un concepto de honor específico de los Ejércitos y de los militares como límite incluso de algunos derechos fundamentales. Sin embargo, en este caso, no se aprecia una justificación razonable del concepto de honor aplicado al caso, pues se entiende que ni la práctica ni el mero consentimiento de conductas sexuales en el propio domicilio pueden, sin justificación alguna por parte del Tribunal *a quo*, considerarse deshonrosas. Además, la carencia de argumentación determina que la regla vigente y su consecuente sanción previsible para la conducta reprochada se impida conocer el tenor de la norma aplicada y la programación del comportamiento en su función.

STC 158/1997, de 2 de octubre («BOE» de 30 de octubre de 1997).

RA.

Desestimado.

Ponente: Gabaldón López.

Voto particular: García-Mon y González Regueral.

Cuestiones: Tutela judicial efectiva. Ejecución de hipoteca y contrato privado de arrendamiento.

Preptos de referencia: Artículos 24.1 CE y 131 y 132 LH.

La sentencia incide nuevamente en el tema de la posible inconstitucionalidad del controvertido procedimiento de ejecución hipotecaria establecido en los artículos 131 y 132 de la LH, que en puridad es un procedimiento de realización del valor de la finca hipotecada, en el que se limitan extraordinariamente las posibilidades de oponer excepciones hábiles para suspender la ejecución y donde las situaciones no incluidas en los cuatro supuestos recogidos en el artículo 132 LH, son remitidas a un posterior juicio declarativo.

En esta ocasión el TC trata de consolidar la evolución doctrinal ya apuntada en las SSTC 6/1992, 21/1995 y 69/1995.

El recurrente en amparo alega vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 24.1 de la CE, ya que siendo el poseedor legítimo del inmueble hipotecado, en virtud de un contrato de arrendamiento, no se le ha permitido ser parte en un proceso contradictorio en el que pudiera hacer valer sus derechos.

En la demanda no se cuestiona la constitucionalidad de todo el procedimiento regulado en el artículo 131 LH, sino particularmente la diligencia que en aplicación de la regla número 17 del citado artículo, ordena el lanzamiento de quien ocupa la finca hipotecada.

La doctrina tradicional del TC en torno al problema planteado, que arranca de la STC 41/1981, ha venido estableciendo distintas aseveraciones que justifican la existencia y avalan la constitucionalidad de dicho procedimiento:

1. «Es característica común de los procedimientos cuestionados la extraordinaria fuerza ejecutiva del título y la paralela disminución de las posibilidades de contenerla mediante la formulación de excepciones». (FJ 2)

2. «Pese a que en el procedimiento de ejecución hipotecaria se limita extraordinariamente la contradicción procesal, ello no significa que se produzca indefensión». (FJ 2)

3. «La remisión efectuada por el artículo 132 LH al proceso declarativo correspondiente para ventilar todas las demás reclamaciones que puedan formular el deudor, los terceros poseedores y demás interesados, proporciona, desde el punto de vista constitucional, un instrumento de defensa general a las partes y a todos los interesados sin exclusión alguna, cualquiera que sea su posición y los títulos de su situación posesoria, con el que debe entenderse en general suficientemente garantizado el derecho de defensa de todos ellos». (FJ 6)

Las sentencias antes mencionadas (STC 6/1992, 21/1995 y 69/1995) y en especial la que ahora nos ocupa, sin cambiar sustancialmente los anteriores pronunciamientos, introduce una nueva reflexión en aras a garantizar de forma efectiva los derechos de terceros poseedores que ostentan un título que pudiera subsistir una vez perdido el dominio del bien inmueble por el ejecutado.

Todas ellas afirman que, en casos puntuales, en los que se produce el desalojo y lanzamiento «se requiere, como exigencia constitucional, que el poseedor del inmueble sea oído y vencido en un procedimiento contradictorio con igualdad de armas entre las partes y con todas las garantías procesales esta-

blecidas en la ley» (FJ 4). A *sensu contrario*, hay que entender que implícitamente está reconociendo que, la remisión a un juicio declarativo, efectuada en el artículo 132 LH, sin posibilidad de intervención alguna del poseedor del inmueble ejecutado en el juicio ejecutivo, no garantiza suficientemente los derechos de defensa de éste.

Con el objetivo de salvar la constitucionalidad de dicho procedimiento, reinterpreta el artículo 132 LH, matizando la doctrina emitida anteriormente, en los siguientes términos: «... la exigencia implícita en el artículo 24 CE puede alcanzarse propiciando una interpretación y aplicación del artículo 132 LH que elimine aquellos efectos no querido, al menos, en contradicción flagrante con el derecho fundamental a la defensa..., dado que el lanzamiento coloca a la arrendataria –sin ser oída en juicio– en posición notoria y gravemente discriminada para una eficaz defensa de sus derechos». (FJ 4)

El TC dice que: «Este proceso no impide que los poseedores, en el momento de ser requeridos para el desalojo y lanzamiento, puedan exhibir su título, cuya eficacia sólo a efectos de ejecución, habrá de valorar el Juez, pero sí se opone, por su propia naturaleza, a que en el mismo proceso se agregue como apéndice final otro procedimiento contradictorio no previsto en la ley». (FJ 5)

No obstante, añade que la doctrina que exige la audiencia contradictoria del poseedor para ser lanzado, no puede ser aplicada indiscriminadamente a todo poseedor u ocupante afectado, y que corresponde al órgano jurisdiccional competente valorar en cada caso si la situación posesoria debe subsistir, de lo que resultará si es el poseedor o bien el ejecutante el que haya de acudir al ulterior juicio declarativo. Esta decisión judicial es una cuestión de legalidad ordinaria, no revisable en amparo, por ello en el caso concreto desestima el recurso, ya que el arrendatario ha tenido la posibilidad de exhibir su título antes del lanzamiento, y el Juez, en base a las especiales características del caso (relación de parentesco entre arrendador y arrendatario y contraprestación insignificante), consideró que no tenía fuerza suficiente para enervar la desposesión.

La sentencia contiene un interesante voto particular que va más allá en la vía de garantizar la tutela judicial efectiva puesta en cuestión. Entre otras cosas señala que cuando la regla 17, del artículo 131 LH señala que «después de aprobado el remate de la finca hipotecada, se dictará auto ordenando la cancelación de la hipoteca y todas las inscripciones y anotaciones posteriores» no hace referencia a los derechos personales, no inscritos, y que cuando en el último inciso añade que «también se pondrá en posesión judicial de los bienes al adquirente, si lo solicitare», no se refiere necesariamente a otorgar al adjudicatario de la finca la posesión real e inmediata de la misma, y que, de todas las formas en que la LEC regula la puesta en posesión de los bienes al titular de los mismos, la prevista para el desahucio artículo 1596 LEC (con lanzamiento y desalojo) es sólo una más, por lo que también puede llevarse a cabo, como establece el artículo 1515 LEC, «dando a conocer al adquirente como dueño a las personas que él mismo designe», o bien mediante la posesión judicial (arts. 2058 a 2060 LEC).

El voto particular acaba diciendo que de esta forma no se produce una merma de lo adquirido por el adjudicatario, que es el dominio, y al mismo tiempo no entraña la vulneración del derecho de defensa de los arrendatarios, a la que conduce la entrega al adjudicatario de la posesión real e inmediata de la finca hipotecada, que es lo ordenado en la resolución impugnada. Esta interpretación se hace necesaria, de forma especial, hoy que el artículo 13 LAU señala que la ejecución hipotecaria no extingue el contrato de arrendamiento. (Punto 3.º)

STC 167/1997, de 13 de octubre de 1997 («BOE» 18 de noviembre de 1997).

RA.

Ponente: García-Mon y González Regueral.

Estimado.

Conceptos: Derecho fundamental a la igualdad ante la ley. Arrendamientos urbanos: prórroga forzosa: pensionistas y funcionarios públicos, jubilados o en activo, trato de favor *ex artículo 64 de la antigua LAU.*

Preceptos de referencia: Artículos 14 CE y 64 LAU 1964.

Los recurrentes solicitan el amparo frente a las sentencias judiciales que les condenaban a desalojar la vivienda que ocupaban, por concurrir la causa de necesidad alegada por el arrendador y de acuerdo con el orden de prelación establecido en el artículo 64.1 de la antigua Ley de Arrendamientos Urbanos.

El TC falla estimando el recurso de amparo.

La cuestión de la posible inconstitucionalidad del artículo 64.1 de la LAU ha sido objeto de diferentes resoluciones del TC, y en base a la que ya es su doctrina estima el amparo solicitado.

En relación a la posible inconstitucionalidad, por infracción del derecho a la igualdad (art. 14 CE), de la posición de preferencia de los pensionistas, en los supuestos de denegación de la prórroga del arrendamiento, el Tribunal se remite a la argumentación realizada en el ATC 265/1984, en base a la cual no encuentra contraria al derecho a la igualdad esa posición de favor, al entender que la «preferencia selectiva» de la que gozan los arrendatarios «con el status económico de pensionistas», en una consideración global del artículo 64 LAU no constituye en sí «una situación de prerrogativa discriminatoria para los arrendatarios que gocen de una posición menos favorable en el orden de prelación o carezcan de esta posición favorable» (FJ 3).

A la misma solución llega el Tribunal respecto de los funcionarios jubilados, en este caso, remitiéndose a las afirmaciones realizadas en la STC 176/1993, concluye que «ese trato más favorable, al igual que el concedido a los pensionistas, no carece de una justificación objetiva y razonable; y la diferenciación resultante es proporcionada a la finalidad de la norma» (FJ 3).

A distinta conclusión llega el TC en relación a los funcionarios en activo, el Tribunal, citando la STC 90/1995, afirma que esa prelación legal implica una diferenciación discriminatoria entre los arrendatarios que tienen un mismo arrendador. Diferenciación y discriminación que «carece de justificación objetiva y razonable y tampoco satisface adecuadamente la finalidad social y protectora que es fundamento de la legislación arrendaticia especial», por lo que concluye declarando que «el artículo 64.1 LAU, en cuanto otorga preferencia a los funcionarios en activo, debe entenderse derogado por la Constitución».

STC 171/1997, de 14 de octubre («BOE» de 18 de noviembre de 1997).

RA.

Desestimado. Voto discrepante.

Ponente: García Manzano. **Discrepante:** Jiménez de Parga y Cabrera.

Cuestiones: Inviolabilidad del domicilio. Libertad de expresión y comunicación. Televisión local.

Preceptos de referencia: Artículos 18.2 y 20.1 a) y d) CE.

La sentencia se plantea la constitucionalidad del auto que concede la autorización para la entrada en el domicilio de una sociedad, demandante de ampa-

ro, que explotaba una emisora de televisión local por ondas hertzianas. La recurrente entiende que la autorización del Juez de Instrucción adolecía de un adecuado control de legalidad, por cuanto se basaba en una resolución administrativa que conculcaba el derecho a la libre expresión y comunicación garantizado por el artículo 20.1 a) y d) de la CE.

En relación al caso, el TC trae a colación, la doctrina que aplicó ya en las SSTC 137/1985 y 76/1992, y que puede resumirse de la siguiente forma:

«La función que incumbe al Juez de Instrucción en la ejecución administrativa, como garante del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), no debe, en modo alguno, reducirse a la de un simple automatismo formal, que dejase desprovista aquella función garantizadora de todo análisis valorativo tanto sobre el acto administrativo de cobertura, como sobre el mismo procedimiento de ejecución forzosa que exige la entrada domiciliaria, así como acerca de la eventual afectación de otros derechos fundamentales y libertades públicas derivada de la ejecutoriedad del acto administrativo» (FJ 2).

En la consideración del caso, el TC entiende que no cabe reprobar al Juez de Instrucción el haber permitido una ejecución administrativa que vulnera el derecho a la libre expresión y comunicación. La autorización en cuestión se basa en un supuesto de falta de regulación legal, de manera se requiere una específica intervención del legislador para ejercer estos derechos.

Voto particular: El Magistrado centra su discrepancia en el hecho de que a pesar de que resulta notoria la existencia de multitud de emisoras de televisión local por ondas terrestres, solamente se viene actuando contra una o unas pocas de éstas. De resultas, entiende el Magistrado discrepante, que el Juez de Instrucción debería haber sido más diligente, cuidadoso y activo en la preservación del derecho a la libre expresión y comunicación.

STC 174/1997, de 27 de octubre («BOE» 28 de noviembre de 1997).

RA.

Ponente: Viver Pi-Sunyer.

Estimado.

Cuestiones: Tutela judicial efectiva. Ejecución de hipoteca y contrato privado de arrendamiento.

Preceptos de referencia: Artículos 24.1 CE y 131 y 132 LH.

Se trata de un supuesto similar al que dio lugar al pronunciamiento de la STC 158/1997, cuya argumentación se reproduce en esta ocasión.

La existencia de un contrato de arrendamiento de local de negocio, que recae sobre una finca hipotecada, hace que el arrendatario de la misma pasa a ser considerado un tercero en el procedimiento de ejecución hipotecaria regulado en los artículos 131 y 132 LH, que concluirá con el lanzamiento y desalojo, del local, privándole de la capacidad de intervenir como parte en el mismo.

El TC, tras rechazar las objeciones de procedibilidad planteadas, vuelve a reiterar la doctrina emitida en relación a dicho procedimiento: «... el procedimiento de ejecución (llamado sumario) de los artículos 131 y 132 LH, no se opone al artículo 24.1 CE, porque, como siempre hemos venido diciendo, en términos generales queda abierta a todos los interesados la vía del juicio declarativo para la defensa de sus derechos y singularmente por cuanto las diligencias de requerimiento de desalojo y lanzamiento otorgan a los poseedores la posibilidad de alegar un derecho que en su caso pueda tener fuerza para enervarlas y que, en cuanto determine una decisión fundada del órgano

jurisdiccional, adoptada en el ámbito de la legalidad ordinaria, no es susceptible de revisión por este Tribunal» (FJ 3).

Por lo que se refiere al caso concreto, el Tribunal señala que el recurrente en amparo tuvo la oportunidad de exhibir su título de poseedor ante el Juez y no lo hizo de forma procedente, por lo que, si se ha producido indefensión, sólo es imputable a su propia actuación.

También aquí el Magistrado Fernando García-Mon y González Regueral vuelve a mostrar su oposición a la desestimación del recurso, como ya lo hiciera en la STC 158/1997, a través de un voto particular que se apoya en las mismas razones ya expuestas extensamente sólo unos meses antes.

STC 175/1997, de 27 de octubre («BOE» 28 de noviembre de 1997)

RA.

Ponente: García-Mon y González Regueral.

Estimado.

Conceptos: Secreto de las comunicaciones y tutela judicial efectiva.

Preceptos de referencia: Artículos 18.3 y 24.1 CE.

Se interpone recurso de amparo contra la medida del Centro Penitenciario y las correspondientes resoluciones judiciales que ratificaron la intervención de comunicaciones. El TC recuerda que los reclusos son titulares del derecho contemplado en el artículo 18.3 CE y con las limitaciones previstas en el artículo 25.2 CE.

El TC señala que las restricciones del derecho de las comunicaciones queda garantizado en ocasiones de forma previa, ya que se exige una autorización judicial. En otras ocasiones el control es *a posteriori*, corresponde al Juez de vigilancia penitenciaria salvaguardar los derechos fundamentales de los internos, y si dicho Juez se limitase a una mera recepción de la comunicación del acto administrativo en el que se acuerda la intervención no estaría dispensando la protección debida (FJ 3).

El TC recuerda en el FJ 4 cuáles son los presupuestos para la adopción de las medidas de intervención, así como las características de la misma. Pone el acento en la necesidad de motivación y la de establecer un plazo para la misma (siguiendo la doctrina sentada por la STC 170/1996). Otro de los elementos a tener en cuenta es el de la proporcionalidad de la medida. Ésta se descompone en tres aspectos: el de la idoneidad de la medida para el fin propuesto, el de necesidad o subsidiariedad, y el de proporcionalidad en sentido estricto (FJ 4).

Debe también hacerse una comunicación a la autoridad judicial de la medida adoptada y al propio interno (FJ 4).

Aplicando esta doctrina al caso que nos ocupa, existe un primer acuerdo en el que se establece que se interviene la correspondencia por motivos de seguridad al interno recurrente. Sin embargo, a juicio del TC, este acuerdo no cumple los requisitos necesarios: no indica ni el plazo de duración de la medida, ni hace mención alguna de las concretas razones que motivaron la misma, ni tampoco aporta elementos para hacer posible el juicio de proporcionalidad. Tampoco fue notificada la medida al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.

Posteriormente existe otro acuerdo que sí es comunicado al Juzgado y en concreto se plantea si éste puede subsanar los defectos del anterior. El TC responde negativamente esta cuestión: en primer lugar, el segundo acuerdo tampoco cumple todos los requisitos, adolece de la mención de las circunstancias que permitirían realizar el juicio de proporcionalidad. Pero aun en el caso que

no fuera así, existiría un lapsus de tiempo en que se habría omitido toda suerte de control judicial (FJ 5). En conclusión, los acuerdos administrativos que decidieron la intervención de las comunicaciones lesionaron el derecho del recurrente al secreto de las comunicaciones, por insuficiencia de motivación, por no determinación del alcance temporal de la medida y por no haber sido comunicada inmediatamente a la autoridad judicial.

El recurrente alega que las resoluciones impugnadas vulneran también el artículo 24 CE, por falta de motivación de las mismas, y el TC acepta el argumento del recurrente, ya que las resoluciones carecen de la motivación necesaria. Por lo tanto el TC procede a declarar el amparo solicitado.

STC 186/1997, de 10 de noviembre («BOE» de 12 de diciembre de 1997).

RA.

Estimado.

Ponente: González Campos.

Cuestiones: Tutela judicial efectiva. Actos de comunicación procesal.

Emplazamiento por edictos.

Precepto de referencia: Artículo 24.1 CE.

Al igual que ocurría en el supuesto que dio lugar a la STC 100/97 (antes comentada), nos encontramos ante una sentencia dictada en rebeldía, en la que al demandado se le ha emplazado por edicto. En esta ocasión se trata de la resolución de un contrato de arrendamiento por falta de uso (arts. 62.3 y 114.11 TRLAU 1964).

Como ya decíamos entonces, el debate queda constituido por la especial trascendencia de los actos de comunicación procesal que permiten al demandado ser parte en el proceso y ejercer su derecho de defensa, por lo que la citación personal tiene carácter preferente y es deber del órgano judicial agotar todos los medios para hacerla posible. Sólo cuando ésta no sea viable puede recurrir supletoriamente a la citación o emplazamiento edictal, que en palabras del TC son «ficciones jurídicas, con un significado más simbólico que real... cuya recepción por el destinatario no puede ser demostrada, por lo que ha de ser excepcional». (FJ 3)

La presente sentencia no añade nada nuevo a los ya numerosos pronunciamientos del TC sobre este tema y que hemos plasmado en el comentario a la STC 100/1997, al que nos remitimos.

STC 196/1997, de 13 de noviembre («BOE» de 12 de diciembre de 1997).

RC.

Estimado parcialmente. Votos discrepantes.

Ponente: García-Mon y González-Regueral. Discrepantes: Vives Antón y Viver Pi-Sunyer y Cruz Villalón.

Cuestiones: Competencia en materia de Propiedad Intelectual. Delegación legislativa.

Preceptos de referencia: Artículos 129, 130.5, 132, 134, 143 y 144 de la Ley 22/1987 de Propiedad Intelectual.

El recurso de constitucionalidad versa sobre una normativa, en la actualidad totalmente derogada con la promulgación del Real Decreto Legislativo

1/1996, de 12 de abril (TRLPI). A pesar de que el TC, en múltiples ocasiones, evita pronunciarse sobre normas derogadas, considera en este caso procedente decidir sobre las mismas, en cuanto existe en ellas un «*conflicto de competencia viva*». De este modo procede un planteamiento de la constitucionalidad de las normas derogadas por el TRLPI, que no ha sido recurrido, en cuanto éste reproduce los preceptos impugnados.

Con estas premisas, el TC procede a la distinción de la controversia en dos grupos. Por un lado los artículos 129 y 130.5 de la Ley 22/1987 (LPI) han sido modificado el primero y derogado el segundo por la Ley 20/1992 de 7 de julio, por lo que debe entenderse que la cuestión de competencia ya no es relevante ni está viva. Por otro lado, los demás preceptos han sido reproducidos en los artículos 142, 144, 153.2 y 154 del TRLPI, así que debido a la persistencia de la controversia procede entrar, según el TC, a enjuiciar la cuestión planteada.

Por otra parte, los recurrentes solicitan extender el objeto del recurso a otras normas distintas de las específicamente impugnadas, concretamente a los ya aludidos artículos 142, 153.2 y 154 del RD 1/1996, en base al artículo 39.1 LOTC. En este sentido, tal y como tiene declarado el TC en las SSTC 67/1982 y 86/1992, el artículo 39.1 LOTC encuentra su límite en la imposibilidad de extender la declaración de inconstitucionalidad a normas comprendidas en otras leyes o disposiciones con fuerza de ley que no hayan sido impugnadas expresamente. De todas maneras, teniendo el cuenta que el texto refundido carece de capacidad innovadora, se permite que el enjuiciamiento de los preceptos de una ley (LPI) traslade sus efectos al texto refundido (TRLPI) que los reproduce.

Hechas estas precisiones podemos pasar a ver cuál es la discusión competencial sobre la que se fundamenta el presente recurso. En primer lugar, debe decirse que los recurrentes no cuestionan la opción del legislador de crear estas entidades de gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual. El problema competencial se concreta simplemente en la atribución, a un órgano de la Administración del Estado, del ejercicio de funciones típicas y esencialmente ejecutivas, como las relativas a la autorización de las entidades de gestión la revocación de las autorizaciones, la vigilancia, inspección y control de las mismas.

El título competencial que el Estado alega es el artículo 149.1.9 CE, que le atribuye la competencia exclusiva de «*legislación sobre propiedad intelectual*». Por su parte, los recurrentes, las Comunidades Autónomas de Catalunya y el País Vasco, aducen la competencia atribuida por sus respectivos artículos 11.3 EAC y 12.4 EAPV.

El artículo 132 de LPI de 1987, primero de los preceptos impugnados que analiza el TC, establece que los entes de gestión deberán obtener una autorización del Ministerio de Cultura, para poder ejercer los derechos de propiedad intelectual confiados a su gestión. Los recurrentes consideran que la autorización de las entidades de gestión pertenece a su competencia en la ejecución de la legislación sobre propiedad intelectual. Sin embargo, el TC considera que no se trata aquí de una mera autorización administrativa que se resuelve verificando el cumplimiento de los requisitos exigidos por la normativa. Se trata, en cambio, de «*una autorización atributiva de personalidad jurídica*» (FJ 9), cuya imputación a la competencia estatal se justifica por la necesidad de asegurar el mantenimiento de un régimen jurídico unitario de la gestión de la explotación de los derechos de la propiedad intelectual. Por todo ello, el artículo 132 de la LPI no invade las competencias de ejecución en que las recurrentes fundan su pretensión.

En relación al artículo 134 LPI, el TC reitera el mismo razonamiento que el que fundamenta la constitucionalidad del artículo 132 LPI, ya que atribuye al Ministerio de Cultura la facultad de revocar la autorización concedida.

En el examen del artículo 144 de la LPI, debe distinguirse entre lo que disponen los apartados 1.º y 3.º que regulan las actividades de inspección vigilancia

y control, que constituyen actividades típicamente ejecutivas y que, por ello, conforman la competencia autonómica y el apartado 2.º, que somete a la aprobación del Ministerio de Cultura las reformas de los Estatutos de los entes de gestión.

El último precepto, del que se cuestiona la constitucionalidad, es el artículo 143 LPI, en virtud del cual se crea la Comisión Arbitral de la Propiedad Intelectual, que tiene como función solucionar, previo consentimiento de las partes, los conflictos que surgen entre entidades de gestión y las asociaciones de usuarios o los entes de radiodifusión. En favor de su constitucionalidad, el TC razona en base a dos argumentos: El primero, es el que ya se ha utilizado en este mismo recurso y que entiende que la competencia que la CE atribuye al Estado en materia de legislación sobre propiedad intelectual permite establecer su régimen jurídico completo y por tanto también la instauración de los mecanismos de solución de conflictos. El segundo, consiste en que la norma impugnada se inserta a efectos competenciales en el ámbito de la legislación procesal que es también competencia estatal.

En consecuencia con todo lo anterior se declara: En primer lugar, que los artículos 129 y 130.5 de la LPI quedan fuera del objeto del recurso por derogación sobrevenida. Y en segundo lugar, que los apartados primero y tercero del artículo 144 de la LPI, y, por tanto, su actual reproducción en los apartados primero y tercero del artículo 154 del TRLPI, deben ser declarados contrarios al orden constitucional de competencias.

Voto particular: Entiende el Magistrado disidente, que no existe un *tertium genus* en las actividades competenciales de manera que si algo no puede ser calificado de legislación debe considerarse materia de ejecución. Además, si el Estado quiere configurar un régimen jurídico unitario de las entidades de gestión puede «condicionar las competencias ejecutivas de las Comunidades Autónomas hasta convertirlas en puras actuaciones automáticas».

Voto particular: Los Magistrados disidentes formulan su voto particular en atención a lo que, entienden, supone un cambio importante de la doctrina del TC. En primer lugar, se considera que se ha producido una modificación, de la línea ya consolidada del TC, que venía distinguiendo entre legislación y ejecución en otros parámetros. Así, la competencia de legislación pretende asegurar una regulación unitaria, y los reglamentos de mera organización y los actos no normativos entraban en el ámbito de la ejecución. De esta forma, según el TC, se pasaría a entender que los actos atributivos de *status* jurídico constituyen también función legislativa, lo cual no es de recibo. Por otro lado, se considera que la necesidad de dotar de un carácter unitario el nuevo régimen jurídico de la propiedad intelectual, no puede suponer que el legislador vacíe de contenido las competencias autonómicas en materia de ejecución, ni mucho menos pueda justificarse en la existencia de entidades de gestión de carácter supraautonómico.

STC 204/1997, de 25 de noviembre («BOE» de 30 de diciembre de 1997).

RA.

Desestimado.

Ponente: Gimeno Sendra.

Cuestión: Libertad de expresión en el ámbito de las relaciones laborales.

Preceptos de referencia: Artículos 18.2 y 20.1 a) y d) CE.

Nos encontramos ante otro supuesto en el que entran en conflicto, esta vez en el marco de una relación laboral, los derechos fundamentales a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE] y al honor de las personas (art. 18.1 CE).

El recurrente, empleado de RTVE, había sido despedido a raíz de unas manifestaciones en contra de ese ente público. De entre ellas extraemos las siguientes: «... me han aplicado una falta muy grave por haberle enviado una nota a un directivo, un subdirector incompetente...», «los informativos son utilizados descaradamente como aparato de propaganda del poder...; los directivos no cumplen la Constitución, ni el Estatuto de la Radio y la Televisión...», «... lo que está siendo un cáncer, profesional y económico, para RTVE son los negocios privados que algunos directivos están haciendo o consintiendo que se hagan». Hay «auténticas sanguijuelas pero, ojo!, con el consentimiento, cuando no la participación, de determinados directivos». Hay «enorme cantidad de graves irregularidades, secretismo y ocultamiento de datos, por parte de directivos».

En contra de las resoluciones que declaran procedente el despido, se interpone recurso de amparo en el seno del cual se ponderan, frente al derecho de honor, de forma diferenciada: el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la libertad de información.

En relación al derecho a la libertad de expresión se entiende que ella no puede justificar sin más el empleo de expresiones o apelativos insultantes o injuriosos que exceden del derecho de crítica y son claramente atentatorias para aquel cuyo comportamiento se critica.

En el ámbito de las relaciones laborales, debe entenderse que el derecho a la libertad de expresión debe guardar un equilibrio con las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador. Ello supone una cierta modulación del derecho fundamental de la libertad de expresión, solamente justificada en cuanto sea estrictamente imprescindible para el logro del legítimo interés empresarial.

Por otro lado, en relación al derecho a la libertad de información, se considera que los derechos y libertades contenidos en el artículo 20 de la CE no sólo son derechos fundamentales del ciudadano, sino también condición de la existencia de la opinión pública libre, y por ende del pluralismo político. En definitiva se advierte la preponderancia de los derechos del artículo 20.1 d) CE.

A la luz de estas consideraciones, el TC entiende que entre las declaraciones realizadas por el recurrente existen unas que efectivamente son ejercicio de la libertad de información. También se advierte que siendo la televisión un servicio público de titularidad estatal, existe un importante interés general en la información difundida. Pero, además, se entiende que el recurrente en el ejercicio de la libertad de expresión realizó juicios de valor claramente ofensivos e innecesarios para expresar la libre opinión sobre los hechos denunciados, que en ningún caso están justificados por el artículo 20.1 CE.

STC 223/1997, de 4 de diciembre («BOE» de 13 de enero de 1998).

RA.

Denegado.

Ponente: Gimeno Sendra.

Cuestiones: Tutela judicial efectiva. Ejecución de hipoteca y contrato privado de arrendamiento.

Preceptos de referencia: Artículos 24.1 CE y 131 y 132 LH.

Nuevamente se pone en cuestión la constitucionalidad del procedimiento sumario de ejecución hipotecaria, regulado en los artículos 131 y 132 LH, por generar para los terceros poseedores una posible situación de indefensión,

proscrita por nuestro texto constitucional, ya que no se les permite ser parte en dicho procedimiento.

Una vez más, la posesión del recurrente está avalada por un contrato privado de arrendamiento sobre la finca que es objeto de ejecución y, tal como ocurría en los supuestos que dieron lugar a las SSTC 158 y 174/1997, se ve desalojado de la misma como consecuencia de la puesta en posesión del inmueble al adjudicatario.

Por lo que se refiere a la defensa que del procedimiento en cuestión hace el TC, hemos de remitirnos a lo ya comentado con ocasión de la STC 158/1997. No obstante, resultan interesantes las afirmaciones hechas por el TC en respuesta a una de las causas de inadmisión del recurso alegadas por el Ministerio Fiscal. Según éste no se ha agotado la vía judicial ordinaria al no haberse promovido el juicio declarativo al que remite el artículo 132 LH. El TC señala que «En el presente caso no es posible acoger la causa de inadmisión, pues la recurrente ha acudido al amparo con apoyo de la doctrina de las SSTC 6/1992 y 21/1995, que precisamente estimaron sendos recursos de amparo, en dos supuestos que –como ocurre en el presente caso– quienes acudieron como demandantes ante este Tribunal, eran personas que habían alegado ante la jurisdicción ordinaria y en el seno de un procedimiento del artículo 131 LH, su condición de poseedores de la finca objeto del procedimiento a título de arrendatarios, para evitar la orden de desalojo y lanzamiento ordenada por el órgano judicial, por considerar que en estos supuestos el juicio declarativo que se contempla en el artículo 132 LH no garantiza el derecho de defensa que consagra el artículo 24.1 CE». (FJ 2)

Por último, reitera que su competencia se limita a revisar si en el momento de notificarse el lanzamiento, el poseedor ha tenido oportunidad de exhibir su título, pero que la decisión en cada una de las situaciones posesorias como cuestión de legalidad habrá de acordarse por el Juez o Tribunal, estableciendo si ha de hacerse efectivo el lanzamiento en el seno del procedimiento de ejecución hipotecaria, o bien, si, por constatar que existe un título que resulta suficiente para amparar la continuidad de su situación posesoria, aquella diligencia no debe llevarse a cabo.

En el presente caso, el TC comprueba que la recurrente tuvo oportunidad de alegar y aportar el título que invocaba para seguir poseyendo el inmueble objeto de ejecución y que hubo un pronunciamiento por parte del Juez, con lo que a su entender queda salvaguardado el derecho a la tutela judicial efectiva.

STC 228/1997, de 16 de diciembre («BOE» de 21 de enero de 1998).

RA.

Estimado.

Ponente: García Manzano.

Cuestiones: Inviolabilidad del domicilio, Tutela judicial efectiva.

Preceptos de referencia: Artículos 18.2 y 24.2 CE.

La sentencia tiene su origen en una serie de registros que se practicaron en la fase de instrucción judicial en los que incautaron pruebas sobre las que el Tribunal Supremo se basó para condenar al recurrente. Los registros en cuestión se produjeron en unos establecimientos comerciales, sin la presencia del Secretario judicial.

La demanda de amparo sostiene que las diligencias judiciales son nulas por cuanto con ellas ha sido vulnerado el derecho a la inviolabilidad del domicilio. En atención a estos argumentos el TC invoca la reiterada doctrina sobre la inviolabilidad del domicilio:

En relación al fundamento de este derecho, se aduce que *«la inviolabilidad del domicilio tiene por objeto proteger un ámbito de privacidad que se proyecta sobre un determinado espacio físico cuyo titular reserva y excluye del conocimiento ajeno. (SSTC 110/1984, 160/1991, 50/1995)»*. Por otro lado, se recuerda que *«este Tribunal Constitucional ha declarado que el artículo 18.2 CE, al establecer el derecho a la inviolabilidad del domicilio no lo circunscribe a las personas físicas (SSTC 137/1985, 23/1989)»*. Y finalmente se precisa que *«no es menos cierto que no todo recinto cerrado merece la consideración de domicilio a efectos constitucionales, Por esta razón, tal concepto y su correlativa garantía constitucional no es extensible a aquellos lugares cerrados que, por afección –como ocurre con los almacenes, las fábricas, las oficinas y los locales comerciales– tengan un destino o sirvan a cometidos incompatibles a la idea de privacidad»* (FJ 7).

De esta forma, la protección constitucional del domicilio no afecta a los registros realizados, pues no vulneran la privacidad de las personas. Sin embargo, advierte el TC que ello no obsta que las diligencias practicadas en tales inmuebles deban respetar los requisitos y garantías que exigen, en cualquier edificio o lugar cerrado, el artículo 567 y concordantes de la LECrim, y entre ellos el de la presencia en su realización del Secretario judicial, a los fines de la fe pública judicial.

El incumplimiento de las garantías constitucionales que se reflejan en la regulación de los registros determina la inaptitud del material incautado para constituirse en prueba de cargo, de manera que, en base al derecho a un procedimiento de acuerdo a las garantías procesales y concretamente a la presunción de inocencia, procede otorgar el amparo solicitado.

