

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LIII, FASCÍCULO II

Abril-junio, 2000



MINISTERIO
DE JUSTICIA

MINISTERIO
DE LA PRESIDENCIA

BOE BOLETÍN
OFICIAL DEL
ESTADO

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

Pág.

Estudios monográficos

Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ: «La responsabilidad civil por vicios en la construcción en la Ley de Ordenación de la Edificación»...	405
Lydia ESTEVE GONZÁLEZ: «Proyección en el sector del derecho aplicable de las distintas concepciones de enriquecimiento sin causa»	511
Fátima YÁÑEZ VIVERO: «Deudas de un solo cónyuge y responsabilidad ganancial según la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo».	553

Bibliografía

LIBROS

BUSTOS PUECHE, José Enrique: «La doctrina de la apariencia jurídica. (Una explicación unitaria de los artículos 34 LH y 464 del CC, y otros supuestos de apariencia)», por Juan Pozo Vilches	627
--	-----

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, María Begoña: «El reconocimiento de los hijos no matrimoniales», por Juan Pozo Vilches	629
MAYOR DEL HOYO, María Victoria: «La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores en el Código civil», por Sofía de Salas Murillo	630
ZUMAQUERO, José Manuel/BAZÁN, José Luis: «Textos Internacionales de Derechos Humanos, II», por Manuel Peña Bernaldo de Quirós	634

REVISTAS EXTRANJERAS

Por Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, M. ^a Rosario DÍAZ ROMERO, Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA, Carmen JEREZ DELGADO, Jordi RIBOT IGUALADA, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, Albert RUDA GONZÁLEZ, Isabel SIERRA PÉREZ, Josep SOLÉ FELIU.....	637
--	-----

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIAS COMENTADAS

Antonio GORDILLO CAÑAS: «Sobre el ámbito de la usucapión ordinaria: ¿Usucapión <i>inter partes</i> frente a la pretensión de resolución por incumplimiento contractual? (Comentario a la STS de 17 de julio de 1999)».....	703
José Manuel de TORRES PEREA: «Acción rescisoria contra deudor solidario. Alcance del perjuicio y viabilidad de la impugnación. (A propósito de la STS de 24 de julio de 1998)»	723

SENTENCIAS

A cargo de Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ. Colaboran: Nuria BERMEJO GUTIÉRREZ, Rocío DIÉGUEZ OLIVA, Antonio GÁLVEZ CRIADO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Regina GAYA SICILIA, Alfonso GONZÁLEZ GOZALO, Esther MONTERROSO CASADO, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Susana QUICIOS MOLINA, Paloma SABORIDO SÁNCHEZ	735
---	-----

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 (Secretaría General Técnica)
y Boletín Oficial del Estado

Periodicidad: Trimestral.

Precio de suscripción: 8.300 ptas.; 49,88 € (más gastos de envío)

Precio del fascículo suelto: 2.600 ptas.; 15,63 € (más gastos de envío)

ADMINISTRACIÓN

Ministerio de Justicia

(Centro de Publicaciones)

c/ San Bernardo, 62. 28015 MADRID

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

VENTA Y DISTRIBUCIÓN Y SUSCRIPCIONES

Librería del Boletín Oficial del Estado

c/ Trafalgar, 27. 28071 MADRID

Tel.: 91 538 21 11

Fax: 91 538 21 21

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LIII, FASCÍCULO II

Abril-junio, 2000

MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Boletín Oficial del Estado

MADRID, 2000

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

ISSN: 0210-301X
NIPO (BOE): 007-00-017-1
NIPO (M. de Justicia): 051-00-011-3
Depósito Legal: M-125-1958

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

ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

La responsabilidad civil por vicios en la construcción en la Ley de Ordenación de la Edificación

ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ

Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Alicante

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Antecedentes.*—III. *El carácter objetivo de la responsabilidad.*—IV. *Los presupuestos de la responsabilidad:* 1. La noción de edificio. 2. Los daños materiales ocasionados en el edificio por vicios o defectos de construcción. 3. El carácter oculto de los vicios de construcción en el momento de la recepción de la obra.—V. *La legitimación activa y pasiva. La naturaleza contractual de la responsabilidad:* 1. Personas frente a las que se responde. 2. Personas responsables. 3. La responsabilidad privativa de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación. 4. La responsabilidad por daños causados por actos u omisiones de personas por las que se deba responder. 5. La responsabilidad solidaria de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación.—VI. *Los plazos de garantía y prescripción de las acciones.*—VII. *Analísis de los plazos de garantía:* 1. La garantía anual de perfecta terminación. 2. La garantía trienal. 3. La garantía decenal.—VIII. *El posible ejercicio de las acciones de saneamiento por vicios ocultos en la compraventa.*—IX. *Los vicios o defectos de construcción que ocasionan daños materiales no contemplados por las garantías anual de perfecta terminación, trienal y decenal y la posibilidad de ejercitarse las acciones típicas del régimen de la responsabilidad contractual.*—X. *El caso particular de la acción fundada en el dolo del agente que interviene en el proceso de la edificación.*—XI. *La reparación de los daños materiales ocasionados en el edificio.*

I. INTRODUCCIÓN

La novedad más importante que introduce la Ley de Ordenación de la Edificación, de 5 de noviembre de 1999 (*BOE* de 6 de

* Se trata del texto ampliado de la conferencia que he pronunciado en diversas Jornadas sobre la Ley de Ordenación de la Edificación, organizadas en su mayor parte por Colegios de Arquitectos.

noviembre) es, sin duda, el establecimiento de la responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación por vicios o defectos de construcción, que es acompañada de un sistema de seguros obligatorios de daños materiales o seguros de caución para garantizar el resarcimiento de los daños materiales causados en el edificio.

Esta responsabilidad civil aparece en los artículos 17 y 18, que se presentan como los preceptos fundamentales de la Ley, lo cual es atestiguado por el hecho de que implican la derogación implícita del artículo 1591 del Código Civil, según se infiere de la Disposición Derogatoria única, a cuyo tenor, «quedan derogadas todas las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a lo dispuesto en esta Ley».

No hay que olvidar que el artículo 1591 es el precepto de más frecuente aplicación de entre los que el Código dedica a la regulación del contrato de obra y uno de los que han dado mayor juego a la doctrina de los Tribunales, entre todos los del Código Civil¹.

Debido a la transcendencia que tiene la derogación del artículo 1591 del Código Civil, hubiera sido conveniente que la Ley de Ordenación de la Edificación hubiese establecido expresamente dicha derogación, o conferido una nueva redacción a los artículos 1591 y 1909 como hizo el Anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 21 de septiembre de 1998, al establecer en la Disposición Adicional primera que los artículos 1591 y 1909 del Código Civil quedarán redactados en los términos siguientes:

Artículo 1591.—Los agentes que intervienen en el proceso de edificación responderán de los daños materiales ocasionados en el edificio por vicios o defectos de su construcción, cuando se manifiesten en los siguientes plazos a contar desde la fecha de recepción de la obra:

a) Durante un año, el constructor responderá de los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras.

b) Durante tres años, todos los agentes responderán de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones que occasionen el incumplimiento de los requisitos básicos de calidad relativos a la habitabilidad.

c) Durante diez años, todos los agentes responderán de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que

¹ ALBÁCAR, *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, V, Madrid, 1995, p. 1565; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «La responsabilidad decenal del artículo 1591 CC: breve repaso a la jurisprudencia de los años noventa», en *Aranzadi Civil*, 1993-I, p. 1903.

afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga, u otros elementos estructurales que comprometan directamente la solidez o estabilidad del edificio.

Las acciones para exigir la responsabilidad por daños materiales, consecuencia de vicios o defectos, prescribirán en el plazo de dos años, a contar desde que se manifiesten aquellos.

Artículo 1909.—Si el daño de que tratan los dos artículos anteriores resultase por vicio del suelo o defecto de construcción, el tercero que lo sufra sólo podrá dirigir su acción contra los agentes intervinientes en la obra, en la forma y con el alcance que establece el artículo 1591, siempre que concurren los supuestos de su aplicación.

No es extraño que en diversas enmiendas al Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 15 de marzo de 1999, se critique al Gobierno por no haber derogado específicamente el citado artículo 1591 del Código Civil.

El señor Morlan Gracia², al defender la enmienda presentada por el Grupo Socialista de devolución del Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación al Gobierno, subraya que hay una cosa que en principio va a ser complicada. ¿A quién va a haber que hacer caso, a una ley de aspecto general como el Código Civil que contempla la exigencia de responsabilidades con carácter global o a una ley específica, como es la Ley de Ordenación de la Edificación, que hace referencia a un aspecto muy concreto de las exigencias de responsabilidad? Eso va a generar inseguridad en todos aquellos que tengan que llevar a cabo algún tipo de reclamación en el momento que reciben las obras que se han construido cuando tengan algún tipo de defecto o vicio.

El Grupo Parlamentario Socialista presentó una enmienda (núm. 1) a la totalidad de devolución al Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación³, señalando que es dudosa la legalidad de la técnica que emplea el Proyecto para reformar el Código Civil, ya que según un dictamen del Consejo de Estado sobre esta materia, se recomienda la modificación expresa mediante una ley específica sobre la misma. El sistema que introduce el Proyecto se limita a una derogación genérica en forma de cláusula general. La deficiente técnica legislativa que se emplea, puede ser un semillero interminable de reclamaciones infructuosas de daños causados y acciones prescritas además de provocar una gran inseguridad jurídica en un amplísimo sector afectado por la reforma tácita que opera el Proyecto.

² Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno, núm. 235, de 29 de abril de 1999.

³ Enmiendas: BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 163-9, de 21 de mayo de 1999.

La señora Pleguezuelos Aguilar⁴, del Grupo Parlamentario Socialista en el Senado, en la propuesta de voto número 2 al Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, pone de relieve que esta ley, de forma tácita en algunos aspectos, como el que se refiere al régimen de responsabilidad y garantía y en algún otro como el de los plazos, modifica tácitamente el Código Civil.

El Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) presentó una enmienda (núm. 33) en la que propuso que quedase derogado el artículo 1591 del Código Civil y cuantas otras disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a lo dispuesto en esta Ley⁵.

Por razones de evidente seguridad jurídica esta Ley debe pronunciarse expresamente sobre la derogación del artículo 1591 del Código Civil, núcleo central sustituido por la nueva regulación sobre la edificación.

No ofrece dudas que la Ley de Ordenación de la Edificación deroga al artículo 1591 del Código Civil por las razones expuestas, y sobre todo, porque el artículo 17.1 c) contempla el mismo supuesto que prevé el artículo 1591 del Código Civil, al referirse aquél claramente a la ruina del edificio por vicios de construcción imputable a los agentes que intervienen en el proceso de la edificación, surgiendo la responsabilidad civil de los mismos. Hay que tener en cuenta que los artículos 17.3 y 19 mencionan específicamente a los vicios o defectos de construcción, y que el artículo 17.1 alude a la responsabilidad de las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación durante diez años por los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio. Por ello, si el artículo 17.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación y el artículo 1591 del Código Civil contemplan el mismo supuesto, hay que aplicar el principio de que la ley posterior, que es la de Ordenación de la Edificación, deroga a la anterior, que es la norma contenida en el artículo 1591 del Código Civil (art. 2.2 del Código Civil). En cambio, no hay razones para entender derogado el artículo 1909 del Código Civil, pero ha de ser interpretado en conexión con el artículo 17.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación.

También es importante subrayar que nuestro legislador, al redactar el artículo 17.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación, se ha

⁴ Cortes Generales. Diario de Sesiones del Senado. Comisiones, núm. 479, de 23 de septiembre de 1999.

⁵ Enmiendas. BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 163-9, de 21 de mayo de 1999.

inspirado en buena medida en el artículo 1792 del Código Civil francés, que procede de la Ley de 4 de enero de 1978, denominada Ley Spinetta, y no hay que olvidar que el texto primitivo del artículo 1792 del Código Civil francés era casi idéntico al artículo 1591 del Código Civil español. Esto implica que con el artículo 17.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación se ha llevado a cabo una reforma análoga a la que realizó la Ley Spinetta, reformando el primero al artículo 1591 del Código Civil español, y el segundo, al artículo 1792 del Código Civil francés. La única diferencia reside en que, con buen criterio, el legislador francés confirió una nueva redacción al artículo 1792, mientras que el legislador español ha preferido llevar a cabo una derogación implícita del artículo 1591, acudiendo al fácil procedimiento de establecer que quedan derogadas todas las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a lo dispuesto en esta Ley, dejando al intérprete el problema, siempre complicado, de precisar cuáles son las disposiciones de igual o inferior rango que se oponen a lo dispuesto en la Ley de Ordenación de la Edificación. Una de estas normas, indudablemente la principal, es la contenida en el artículo 1591 del Código Civil.

Desde luego, si se mantuviese que el artículo 1591 del Código Civil no ha sido derogado por la Ley de Ordenación de la Edificación, nos encontraríamos con la paradoja de que el sistema de aseguramiento obligatorio que establece esta Ley se aplicaría respecto a los daños materiales ocasionados por vicios y defectos de construcción contemplados por el artículo 17.1 (artículo 19) y no en cambio respecto a la responsabilidad por vicios determinantes de ruina que prevé el artículo 1591 del Código Civil, lo cual parece claramente incoherente.

II. ANTECEDENTES

Desde hace bastantes años, amplios sectores profesionales y numerosos autores⁶ demandan la reforma del régimen legal sobre

⁶ Vid. CABANILLAS, «La evolución de las responsabilidades en la construcción», en *Centenario del Código Civil, I*, Madrid, 1990, pp. 368-369, nota 71.

La STS de 1 de octubre de 1991 señala que tanto la doctrina como la jurisprudencia han venido poniendo de relieve la inadecuación a la realidad y la insuficiencia del artículo 1591 para regular el fenómeno moderno de la construcción, su evolución y desarrollo, así como el conjunto de personas y medios que en el mismo concurren. Lo subrayan MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «La responsabilidad decenal del artículo 1591: breve repaso a la jurisprudencia de los años noventa», *cit.*, p. 1904, y RAYÓN BALLESTROS, *Régimen jurídico procesal de la responsabilidad decenal por defectos en la construcción de las obras*, Madrid, 1998, pp. 6-7.

las responsabilidades en la construcción y, especialmente, la del artículo 1591 del Código Civil, con el fin de adaptarlo a las realidades y necesidades actuales.

En el año 1973 el Grupo Interministerial de Trabajo para la Seguridad en la Edificación redactó una Memoria sobre la necesidad urgente de reforma del artículo 1591, así como de los artículos concordantes: 1593, 1907 y 1909.

En la Memoria del Grupo Interministerial de Trabajo para la Seguridad en la Edificación (22 de marzo de 1973), se afirma la necesidad urgente de la reforma del artículo 1591 y de los preceptos concordantes, considerándose como bases para la reforma:

- 1.^a Hay que incluir en la «responsabilidad» a «todos» los técnicos que intervienen en el proceso edificatorio;
- 2.^a De acuerdo con el principio de individualización de culpas, cada técnico debe responder de sus propias faltas;
- 3.^a Si alguno de tales técnicos no ha contratado directamente sus servicios, sino que ha intervenido integrado en una empresa, contratante de todas o de alguna de las operaciones de la obra o de la fabricación de los materiales, esta empresa debe responder civilmente frente a la otra parte contratante y perjudicada.

La Memoria concluía con una nueva redacción de los artículos 1591, 1593, 1907 y 1909.

El entonces Ministro de la Vivienda, al recibir al Grupo Interministerial de Trabajo para la Seguridad en la Edificación, presidido por el Director General de Arquitectura y Tecnología de la Edificación, afirmó que sin la reforma del artículo 1591 del Código Civil no cabe ordenar el sector de la edificación. Responde en su redacción actual al carácter artesano que la construcción tenía en el siglo pasado —época en que fue promulgado— y no se adecúa, por tanto, a los sistemas de trabajo en equipos pluriprofesionales propios del desarrollo tecnológico haciendo inviable la colaboración responsable entre los diversos técnicos que hoy requiere la construcción⁷.

En los años sucesivos se han elaborado numerosos Anteproyectos y Proyectos de Ley en torno a la ordenación de la edificación, así como de reforma de la normativa del contrato de obra y en especial del artículo 1591 del Código Civil.

En la elaboración de estos Anteproyectos y Proyectos de Ley se ha tenido en cuenta la doctrina del Tribunal Supremo sobre las responsabilidades en la construcción y, en concreto, sobre el artículo 1591 del Código Civil, y la experiencia del Derecho comparado, en especial del Derecho francés, donde la Ley, de 4 de enero de 1978,

⁷ Transcripción de lo que publicaron los periódicos de 7 de julio de 1973.

denominada Ley Spinetta⁸, ha conferido una nueva redacción a los artículos 1792 y 2270 del Código Civil, y establecido un seguro obligatorio, que recae sobre todos los que participan en la construcción, con sanciones civiles y penales en caso de incumplimiento de la obligación de aseguramiento, evitándose una falta de aseguramiento notoria, salvo en lo que afecta a los arquitectos, y el largo período de tiempo para hacer efectivas las responsabilidades, que en la práctica paralizaba el pago de las indemnizaciones. Estos eran los dos problemas fundamentales que puso a la luz la Comisión Spinetta a la hora de elaborar una reforma sobre el seguro en la construcción⁹.

Este planteamiento se aprecia en el Anteproyecto de Ley de Garantías de la Edificación de 1985¹⁰, el Anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 22 de febrero de 1994¹¹, el Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 28 de diciembre de 1995¹², el Anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 21 de septiembre de 1998, y el Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 15 de marzo de 1999¹³.

El Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del Código Civil sobre los contratos de servicios y de obra, de 12 de abril de 1994¹⁴, elaborado en el seno de la Comisión General de Codificación, establece una responsabilidad decenal en el artículo 1600 por los vicios que determinan la ruina de la obra inmobiliaria.

⁸ Como observa GÓMEZ DE LA ESCALERA (*La responsabilidad civil de los promotores, constructores y técnicos por los defectos de construcción*, Barcelona, 1993, p. 20), para la futura reforma de nuestro Derecho resulta capital el estudio del Derecho francés tras las reformas de 1967 y de 1978. También RUBIO SAN ROMÁN, *La responsabilidad civil en la construcción*, Madrid, 1987, p. 288, y MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «La responsabilidad decenal del artículo 1591 CC: breve repaso a la jurisprudencia de los años noventa», *cit.*, p. 1915.

⁹ MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière*, París, 1991, pp. 164-165.

Análoga problemática se observa en España, donde se destaca la insuficiencia de las coberturas aseguradoras en el ámbito de la responsabilidad decenal (*vid.* MOLINA, *Ruina y seguro de responsabilidad decenal*, Granada, 1998, pp. 6 y ss.).

¹⁰ El texto del Anteproyecto de Ley de Garantías de la Edificación, aparece en la obra colectiva *La responsabilidad en la construcción*, Zaragoza, 1987, pp. 183 y ss.

¹¹ El texto del Anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 22 de febrero de 1994, aparece en la monografía de MOLINA, *Ruina y seguro de responsabilidad decenal*, *cit.*, pp. 605 y ss.

¹² El texto del Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 28 de diciembre de 1995, figura en la monografía de MOLINA, *Ruina y seguro de responsabilidad decenal*, *cit.*, pp. 625 y ss.

¹³ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. VI Legislatura. Serie A: Proyectos de Ley, 15 de marzo de 1999, núm. 163-1.

¹⁴ El texto del Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del Código Civil sobre los contratos de servicios y de obra, de 12 de abril de 1999, aparece en la obra *Contratos de servicios y de obra*. Coordinador: José González García, Universidad de Jaén, 1996, pp. 13 y ss.

Al redactarse la Ley de Ordenación de la Edificación, no se ha seguido el criterio del Proyecto de Ley, de 12 de abril de 1994, que ha sido abandonado, parece que definitivamente, no acometiendose una reforma total de la normativa sobre el contrato de obra, sino que se siguen las pautas marcadas por los Proyectos y Anteproyectos de Ley citados anteriormente, claramente inspirados en la normativa francesa, aunque debemos subrayar que existen algunas importantes diferencias. También se tiene en cuenta, como apuntamos anteriormente, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo en torno al artículo 1591 del Código Civil, lo cual parece plenamente acertado. Cualquier reforma legal, sin perjuicio de las enseñanzas del Derecho comparado, habrá de contar ineludiblemente con la doctrina jurisprudencial elaborada a partir del artículo 1591 y preceptos concordantes¹⁵, ya que la misma se adecúa al principio constitucional de protección de los consumidores y usuarios, que ha de presidir la tarea del legislador (arts. 51 y 53.2 de la Constitución y 1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y preámbulo de la misma)¹⁶. La sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de marzo de 1996, subraya, en relación con la responsabilidad del promotor-vendedor por vicios determinantes de ruina potencial, que el plazo de garantía de diez años del artícu-

¹⁵ Así lo destacan GARCÍA CANTERO en *ADC*, 1987, p. 768, RUBIO SAN ROMÁN, *La responsabilidad civil en la construcción*, cit., pp. 287 y ss. y RAYÓN BALLESTEROS, *Régimen jurídico procesal de la responsabilidad decenal por defectos en la construcción de las obras*, cit., pp. 6-7.

RUBIO SAN ROMÁN afirma que sin duda la interpretación que el Tribunal Supremo ha dado al artículo 1591 del Código Civil ha de ser tenida en cuenta por el legislador a la hora de modificar, de dar una nueva redacción al precepto citado. Hasta hoy la doctrina jurisprudencial ha sido la que ha dado una interpretación más progresista a este precepto y ha adecuado el mismo a la realidad social en el campo de la construcción. Yendo más allá del precepto, ha establecido unos criterios precisos que no pueden ser olvidados por el legislador.

GARCÍA CANTERO («De nuevo sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad decenal», en *Estudios jurídicos en homenaje a la profesora Teresa Puente*, I, Valencia, 1996, p. 11) subraya que la labor de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo ha sido realmente encomiable en la exégesis del escueto texto legal del artículo 1591 del Código Civil, formando un consolidado cuerpo de doctrina que ha contribuido a regular, con un mayor sentido de justicia, las relaciones jurídicas derivadas del contrato de obra.

Según RAYÓN BALLESTEROS, al entrar en vigor el Código Civil en el año 1889, el artículo 1591 resultaba adecuado a la concepción social y jurídica del estado de la construcción, si bien con el transcurso del tiempo tal regulación legal quedó desfasada pasando a ser un precepto parco, incongruente, oscuro y muy confuso que originó continuas dudas interpretativas y motivó gran cantidad de litigios que generaron una abundante jurisprudencia en la materia. La labor jurisprudencial ha sido importante y decisiva al matizar el precepto para adaptarlo a las necesidades actuales.

¹⁶ CABANILLAS, «La evolución de las responsabilidades en la construcción», cit., p. 370.

R. BERCOVITZ («La responsabilidad del constructor o promotor de viviendas en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en *Estudios jurídicos sobre la protección de los consumidores*, en colaboración con A. BERCOVITZ, Madrid, 1987, pp. 258 y ss.) ha puesto en conexión la responsabilidad del promotor y la protección del consumidor.

lo 1591 del Código Civil asegura una adecuada protección de los consumidores y usuarios, sin que juegue en este caso la responsabilidad por vicios ocultos del contrato de compraventa, sujeta al plazo de caducidad de seis meses del artículo 1490 del Código Civil.

Los Tribunales de justicia al aplicar el artículo 1591 del Código Civil pretenden, ante todo, la protección de la parte con posición real más débil, y ello les conducirá a articular el derecho en base a una jurisprudencia de intereses. El Tribunal Supremo ha adaptado el mencionado precepto a las nuevas necesidades y completado sus insuficiencias mediante una interpretación progresiva, correctora e integradora más que notable¹⁷.

Este camino siguió el legislador francés cuando acometió la difícil misión de reformar los preceptos del Código Civil sobre las responsabilidades en la construcción, y en concreto, los artículos 1792 y 2270. No obstante, la doctrina francesa no deja de destacar los principales inconvenientes de la reforma operada en el Derecho francés en torno a las responsabilidades en la construcción, partiendo, eso sí, de la oportunidad de la reforma¹⁸. Algunos de estos inconvenientes existen también en el Derecho español, por lo que conviene reflejarlos, aunque otros no.

En relación con la oportunidad de la reforma producida en el Derecho francés, se ha de aplaudir la filosofía de una reforma que, según los que la han concebido, debe permitir una protección efectiva del usuario, el desarrollo de una estructura industrial de producción y la moralización del sector¹⁹. Sin embargo, al leer el Proyecto Spinetta, se comprende claramente que la reforma ha sido preparada y escrita desde una perspectiva esencialmente económica, sin pensar en las dificultades de todo orden que tendría traducirla a Derecho y en la lengua del Derecho.

En lugar de partir de las normas existentes para conservar los aspectos beneficiosos y expulsar los perjudiciales, el legislador ha

¹⁷ GARCÍA CONESA, *Derecho de la construcción*, Barcelona, 1996, p. 403; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «La responsabilidad decenal del artículo 1591 CC: breve repaso a la jurisprudencia de los años noventa», *cit.*, p. 1904, y RAYÓN BALLESTEROS, *Régimen jurídico procesal de la responsabilidad decenal por defectos en la construcción de las obras*, *cit.*, p. 6.

¹⁸ BOUBLI (*La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, París, 1991, pp. 9 y ss.) pone de relieve las mutaciones profundas constatadas en el mundo de la edificación, que explican ampliamente las acciones emprendidas para adaptar el Derecho a las exigencias de nuestro tiempo. Los factores de la evolución legislativa se refieren a la transformación de la construcción, a la transformación de los profesionales de la construcción y a la transformación de los caracteres jurídicos de la operación de construcción.

¹⁹ BOUBLI, *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, *cit.*, pp. 28 y ss.; HUET, «Les principaux contrats spéciaux», en *Traité de droit civil*, bajo la dirección de Ghestin, París, 1996, p. 1344.

hecho en gran medida tabla rasa del pasado. Ateniéndonos a los textos sobre la responsabilidad, Malinvaud y Jestaz²⁰ señalan que esta técnica de conmoción legislativa reclama algunas observaciones de orden general sobre los inconvenientes de la reforma.

El primer inconveniente se refiere al conflicto en el tiempo de dos leyes que contemplan una responsabilidad decenal. Resulta que durante muchos años todos los profesionales interesados –constructores en sentido amplio, fabricantes, aseguradores, magistrados, abogados, etc.– y todos los particulares usuarios de este Derecho –dueños de obra, compradores de casas o apartamentos– han de vivir bajo una dualidad de legislaciones. Una semejante dualidad entraña indudablemente complicaciones.

La complejidad del sistema se encuentra agravada por el hecho de que la Ley nueva implica la sustitución de nociones antiguas por nuevas. Incluso si las nociones antiguas eran criticables, después de ciento cincuenta años de jurisprudencia cada uno sabía lo que era un edificio o un vicio de construcción; incluso si la distinción entre obras menores y mayores no era funcional según el Informe Spinetta, sus contornos tenían al menos el mérito de ser mejor conocidos después de un Decreto de aplicación y algunos años de jurisprudencia.

Existe una cierta inseguridad jurídica, ya que muchos años de jurisprudencia serán necesarios para que la regla de derecho sea de nuevo clara y conocida.

Huet²¹ subraya también que el nuevo sistema merece la crítica en varios aspectos. En primer lugar, porque impone una obligación de aseguramiento al dueño de la obra por los daños que es susceptible de sufrir, seguro llamado de «daño-obra» (*dommage-ouvrage*), cuyo mismo principio se presta a una fuerte discusión: pues, de un lado, se le constriñe así a tomar a su cargo el costo de asegurarse por hechos que derivan de la responsabilidad de sus deudores, lo que presenta un carácter chocante, y, de otro lado, este seguro viene a acumularse. En segundo lugar, en virtud de determinadas disfunciones: así, la solidaridad de los constructores no da lugar siempre a los resultados esperados, pues la distinción de las tareas tiende ineluctablemente a traducirse en una repartición de las responsabilidades. En fin, la terminología utilizada por la Ley de 1978 parece, alguna vez, incomprensible.

La Ley de 1978 emplea, en la nueva redacción del artículo 1792 del Código Civil, la expresión daños que comprometen la solidez del inmueble o de uno de sus elementos de equipamiento: sin

²⁰ MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière*, París, 1991, pp. 107 y ss.

²¹ HUET, «Les principaux contrats spéciaux», *cit.*, pp. 1345 y ss., esp. 1352-1353.

embargo, un daño sólo es el resultado de un incumplimiento, y es mejor contemplar la causa antes que el efecto para definir un caso de responsabilidad.

La Ley nueva, que es el texto de un técnico, reemplaza al antiguo sistema fundado en la oposición relativamente simple entre obras mayores y menores, por unas distinciones sutiles entre los daños que afecten a la solidez de la obra o a los elementos que forman cuerpo con ella (responsabilidad durante diez años), o a los elementos de equipamiento disociables (responsabilidad durante dos años), y completa el conjunto con una garantía de perfecta terminación (durante un año). Esto forma un conjunto de garantías eficaces. Pero éstas se encadenan según criterios cuya claridad no es siempre evidente.

El régimen establecido en los artículos 1792 y siguientes del Código Civil, que se aplican exclusivamente a las obras de construcción, es complejo.

La Ley, de 4 de enero de 1978, reposa sobre una distinción introducida por Spinetta entre las funciones de construcción y de equipamiento. Esta oposición entre construcción y equipamiento subyace en los artículos 1792-2 a 1792-5 del Código Civil.

Estas disposiciones han sido criticadas por la doctrina en virtud de la complejidad del sistema implantado y de las nociones retenidas: elemento constitutivo, obra o parte de obra, elemento de equipamiento que forme o no indisociablemente cuerpo con la obra... En concreto, los artículos 1792-2 y 1792-3 someten los elementos de equipamiento a una garantía diferente según sean disociables o no de la obra: luego, la noción de disociabilidad es juzgada ingenua (*naïve*) por algunos comentaristas que estiman que para evitar la garantía decenal los contratistas pueden poner en práctica procedimientos de instalación apropiados. Se corre el riesgo de asistir al reino del tornillo y la clavija. Además, los textos hacen que opere una distinción suplementaria: los elementos de equipamiento indisociable ven garantizada su «solidez» decenal (art. 1792-2) y los otros, los que son disociables, su «buen funcionamiento» bienal (art. 1792-3). Cuando existía una buena ocasión, los textos no solucionan el irritante problema de las responsabilidades denominadas residuales, especialmente las que pueden ser buscadas después del plazo decenal, y que la jurisprudencia debe esforzarse en resolver.

En nuestro Derecho, aunque no existe el inconveniente que genera la complicada distinción entre las funciones de construcción y de equipamiento para configurar las garantías por vicios de construcción, existe un inconveniente, que no aparece en el Derecho francés, consistente en que a diferencia de lo que acontece en el

Derecho francés, donde la reforma del régimen de las responsabilidades en la construcción se ha plasmado en el Código Civil, esto no sucede en el Derecho español, en el que todavía no se ha reformado la normativa del Código Civil sobre el contrato de obra, surgiendo, por tanto, un grave problema de coordinación entre el régimen instaurado por la Ley de Ordenación de la Edificación y el del Código Civil, inalterado desde su promulgación en 1889, con el anacronismo que esto supone en el sector de la construcción inmobiliaria, en constante evolución, sin que la transcrita Disposición Derogatoria única de la Ley contribuya a resolver satisfactoriamente el problema apuntado. Parece claro que la Ley de Ordenación de la Edificación reclama una pronta reforma de la normativa del Código Civil sobre el contrato de obra y otros preceptos que contemplan aspectos de las responsabilidades en la construcción, como, por ejemplo, el artículo 1909, aunque no va a ser fácil la armonización, no sólo por la terminología utilizada.

En todo caso, la nueva Ley de Ordenación de la Edificación responde a una auténtica necesidad social, y a pesar de algunas críticas que pueden dirigirse contra ella, presenta aspectos indudablemente positivos, como puso de relieve el Ministro de Fomento, Sr. Arias-Salgado, en la presentación en el Congreso de Diputados del Proyecto de Ley, de 15 de marzo de 1999²².

El Ministro de Fomento expuso, básicamente, los datos que justifican la redacción de este Proyecto y, en definitiva, de la Ley.

La calidad de las viviendas en numerosas ocasiones no es satisfactoria ni proporcional al esfuerzo individual que económicamente supone su adquisición. Los medios de comunicación reflejan con frecuencia la problemática de edificios recientes, que incluye desde defectos menores hasta graves problemas estructurales. En el sector de la edificación, las reclamaciones por falta de calidad ocupan el primer lugar entre todos los sectores, con un 35 por 100 del total. Además, el plazo de aparición de los defectos es progresivamente más corto y un 40 por 100 de los mismos aparece dentro de los tres primeros años de acabarse la edificación. Los efectos económicos pueden estimarse, según distintas fuentes, entre el 5 y el 10 por 100 de la facturación de todo el sector al año, lo que supone unas cifras globales entre 200.000 y 400.000 millones de pesetas. Esto significa que cada diez años el sector pierde, por falta de calidad, el equivalente a la producción de un año. Por tanto, es interés general de la sociedad y los usuarios de las viviendas en

²² Cortes Generales. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno, núm. 235, de 29 de abril de 1999.

particular que el Gobierno produzca y la Cámara, en su caso, apruebe una ordenación técnica, administrativa y reglamentaria que haga posible mejorar la calidad de los edificios. La calidad de la construcción de los edificios incide no sólo en los aspectos de seguridad frente a la ruina del edificio o su protección contra el fuego, sino también sobre aquellos otros derivados del bienestar, relacionados con el medio ambiente, y se encaminan a la reducción de los efectos contaminantes debidos al mayor consumo de energía en los edificios, a la protección contra el ruido, etcétera.

La Ley trata de alcanzar, dentro del marco de competencias del Estado, tres objetivos principales. En primer término, fomentar la calidad de la edificación estableciendo los requisitos básicos que deben satisfacer los edificios. En segundo lugar, delimitar las responsabilidades, fijando, en concreto, las de los diferentes agentes que intervienen en el proceso de la edificación. En tercer lugar, establecer las garantías a los usuarios para asegurar la reparación de los daños materiales causados en el edificio originados por defectos de construcción.

Si algo caracteriza a este Proyecto de Ley es la tentativa de definir un sistema de responsabilidades que el Proyecto articula de la siguiente manera: Se establece con carácter general la responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de edificación. Dichos agentes responden de modo individual, pero también responden solidariamente si la responsabilidad individual no pudiera ser establecida. Para ello se regulan unos plazos que son los siguientes: diez años por los daños causados por vicios o defectos que tengan su origen o afecten a cualquier elemento estructural, tres años por los daños causados por vicios o defectos de elementos constructivos o de las instalaciones que afecten a la habitabilidad, y un año por los daños materiales derivados de vicios o defectos de terminación o acabado.

Es de destacar también que en el proceso de elaboración de este Proyecto de Ley se ha seguido un sistema de muy amplias consultas. Se han tenido contactos con los colectivos profesionales del sector de la edificación, lo que ha permitido al Gobierno enviar este Proyecto de Ley con un amplio respaldo social.

En las dos propuestas de veto al Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación formuladas en el Senado por los señores Cámara Fernández y Román Clemente, del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida, y por la señora Pleguezuelos Aguilar, del Grupo Parlamentario Socialista²³, se subraya que el citado Proyecto de Ley no

²³ Cortes Generales. Diario de Sesiones. Senado. Comisiones, núm. 479, de 23 de septiembre de 1999.

protege eficazmente al consumidor. Se afirma que el Proyecto de Ley atribuye unas responsabilidades para los agentes de una manera indirecta y poco clara, lo que redunda en un perjuicio del consumidor, que se ve indefenso ante una probable reclamación. De todo el régimen de responsabilidades y garantías, los que se pueden definir como grandes beneficiarios de este Proyecto de Ley del Gobierno Popular son, sin duda, los agentes que intervienen en la edificación, pero en ningún caso el consumidor. Los consumidores son al final los más perjudicados con esta reforma. Debemos aprovechar esta Ley para ofrecer una edificación de calidad, que no beneficie a quien la realiza, aunque por supuesto proteja sus funciones y sus competencias y las determine claramente, pero sin olvidar a los consumidores, a los que el Gobierno descuida en esta Ley.

En representación del Grupo Parlamentario Popular en el Senado, el señor Bris Gallego²⁴ recuerda a los portavoces, Román Clemente y Pleguezuelos, que para medio ambiente, seguridad y salud de los trabajadores y defensa de los consumidores existen ya tres leyes que no hay por qué volver a incluir en ésta. Son las más que conocidas Ley, de 22 de diciembre de 1972, sobre protección del medio ambiente atmosférico, la Ley de 8 de noviembre de 1995, sobre prevención de riesgos laborales y la Ley de 1984 sobre defensa del consumidor.

Se ha hablado de la protección de los consumidores. Creo que ya lo hemos explicado claramente. Existe una Ley de 1984, de defensa de los consumidores, que lógicamente estamos obligados a cumplir y sería reiterarnos en algo que ya está en los textos reglamentarios.

En las enmiendas referidas a los derechos y obligaciones de los propietarios y usuarios y las garantías de los mismos, a que alude el Senador Rodríguez de la Borbolla, nos atenemos de nuevo a la mencionada Ley de 1984, así como a la actuación de los agentes que intervienen en el proceso y a los diversos plazos para las diferentes fases. Por tanto, por nuestra parte no consideramos oportuno admitirlas.

En la sesión del Pleno del Senado celebrada el 29 de septiembre de 1999, se insiste en las citadas críticas al Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación y en su rechazo por el Grupo Parlamentario Popular.

El Senador Cámara Fernández²⁵ subraya que hay lagunas importantes en la configuración legal de la construcción de los edi-

²⁴ Cortes Generales. Diario de Sesiones. Senado. Comisiones, núm. 479, de 23 de septiembre de 1999.

²⁵ Cortes Generales. Diario de Sesiones del Senado, núm. 140, de 29 de septiembre de 1999.

ficios. Con esta Ley se quiere identificar mejor las responsabilidades y obligaciones de todos los agentes que intervienen en el proceso de edificación, y asegurar las garantías que protejan al usuario. Creemos que este Proyecto de Ley adolece de un defecto en cuanto a varias identificaciones y garantías, pues son insuficientes, desde nuestro punto de vista. No busca promover una edificación de mayor calidad, sino una solución de los problemas de la mala edificación. Por otra parte, atribuye unas responsabilidades para los agentes de una manera indirecta y poco clara, lo que redundaría en perjuicio del consumidor, que se ve indefenso ante unos problemas de reclamación posteriores. Por todo ello hacemos la propuesta de voto que presentamos en esta Cámara.

La Senadora Pleguezuelos Aguilar²⁶ señala que si hablamos de los derechos de los consumidores no es ya que no se enuncien, es que se olvidan. El apartado correspondiente habla de los deberes y de las obligaciones de los consumidores, no habla de los derechos y, por supuesto, los usuarios son al final los destinatarios del proceso de edificación y con este Proyecto de Ley no se garantiza en absoluto su protección, al menos como creemos que debiera hacerse.

Pasemos, Senador Bris, al capítulo de los consumidores y usuarios, que en opinión de mi Grupo son los que más pierden con este Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación. Y digo que son los que más pierden, porque el Proyecto recoge sus obligaciones, como ya he dicho, pero muy pocos de sus derechos. Y es en lo que afecta al régimen de responsabilidades y garantías en donde el Proyecto perjudica en mayor medida los intereses de los usuarios. No nos olvidemos, señorías, que la vivienda es hoy por hoy la inversión más importante para la mayoría de la población española, así como uno de los sectores en los que se presenta un mayor número de quejas por parte de los consumidores. Así, el propio Ministro Arias-Salgado dijo que las reclamaciones por falta de calidad en la edificación ocupan el primer lugar entre todos los sectores y suponen el 35 por 100 del total, cifra preocupante, que lo será aún más si no garantizamos al usuario final de la edificación todos sus derechos e intereses por los procedimientos correspondientes. ¿Qué ha ocurrido, pues, con este Proyecto de Ley? Que se han aflojado las responsabilidades para quienes construyen y no se han apretado las garantías de los usuarios. Y pondré sólo un par de ejemplos. Las responsabilidades por vicios ocultos hasta ahora recogidas en el Código Civil se sustituyen en este Proyecto por un régimen que

²⁶ Cortes Generales. Diario de Sesiones del Senado, núm. 140, de 29 de septiembre de 1999.

consideramos inaceptable para los usuarios de esos edificios, no sólo porque acorta los plazos, sino porque, además, la acción para reclamar se inicia cuando se produce el daño y no cuando el afectado lo conoce, que sería lo normal. Por tanto, se puede dar la paradoja de que alguien compre un piso que la constructora haya edificado 14 o 15 meses antes, que tarde en vivir en él, de manera que cuando aparezca el vicio oculto hayan transcurrido dos años y no tenga ya derecho a esa garantía ni a exigir esa responsabilidad. En segundo lugar, respecto a la garantía, el Proyecto tampoco supone mayor protección de los derechos de los dañados, porque una vez más el Gobierno, con la regulación de un seguro de caución, atiende, como siempre, al colectivo de profesionales responsables al final de los daños frente a los perjudicados, que no van a poder acceder a él en virtud de la franquicia que se establece en el Proyecto. Por tanto, Senador Bris, las garantías y los instrumentos que recoge el Proyecto de Ley van en detrimento del usuario.

El Senador Bris Gallego²⁷ rebate los vetos presentados a la Ley de Ordenación de la Edificación por los Grupos Parlamentarios de Izquierda Unida y Mixto, que ha defendido el Senador Cámara, y por el Grupo Parlamentario Socialista, defendido por la Senadora Pleguezuelos.

La necesaria homogeneidad legislativa que se propone en los vetos para la protección del medio ambiente, la seguridad y salud de los trabajadores y la defensa de los consumidores viene ya establecida, como he señalado, en la legislación del Estado a través de tres leyes que sus señorías conocen, como son la Ley 38/1972, de 22 de diciembre, de Protección del Medio Ambiente Atmosférico, la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y la Ley 23/1984, de Defensa de los Consumidores y Usuarios, así como en numerosas disposiciones de desarrollo de estas leyes estatales.

Se ha hablado mucho del consumidor y de su relación con la ley. Quiero indicar, señorías, que el consumidor no puede verse indefenso en una ley que, ante un daño en su vivienda, puede reclamar al promotor, que es el que la vende, y que responde solidariamente frente al resto de los agentes, según establece el artículo 17.3 del Proyecto, en el que, además, se obliga a este mismo promotor a suscribir una póliza de seguros frente a los daños estructurales que puedan producirse. Esta situación, señorías, cambia radicalmente la indefensión a la que está sometido en la actualidad, y es cierto que

²⁷ Cortes Generales. Diario de Sesiones del Senado, núm. 140, de 29 de septiembre de 1999.

hay ese número de reclamaciones y que existe la indefensión por no tener normativa legal donde apoyarse.

Además, el Proyecto de Ley señala lo que llama la Senadora Pleguezuelos deberes, obligaciones de los usuarios, pero, a la vez, señorías, defiende sus derechos. En primer lugar, fija los requisitos básicos que deben cumplir los edificios. En segundo lugar, establece las responsabilidades de todos los agentes, habiendo que añadir un sistema de garantías contra los daños que puedan producirse en los edificios, ampliando la protección de las cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas.

También nos plantea el Grupo Parlamentario Socialista la preocupación del plazo de dos años para pedir responsabilidades. Anteriormente el plazo era de tres por defectos y vicios ocultos, que es a la que se refiere su señoría. A nosotros nos parece un plazo suficiente por varias razones. En primer lugar, porque este Proyecto de Ley protege más al usuario, mediante un sistema de responsabilidades más reglamentado y por la respuesta solidaria del promotor. Además, dispone de unas garantías de aseguramiento que antes no tenía. Por otra parte, el plazo de dos años se ajusta a lo establecido por la Ley de Contrato de Seguro. Finalmente, el aumento del plazo agravaría este tipo de daños innecesariamente, puesto que ha transcurrido más tiempo, provocaría un mayor coste de las reparaciones, traduciéndose en un aumento de la prima y, además, todos estos costes adicionales repercutirían en el consumidor final.

En cuanto al plazo desde el que empiezan a contar las responsabilidades y garantías, está perfectamente objetivado en el artículo 6.5, donde se establece la fecha que decimos será la del acta de recepción, como la del certificado, donde se especifica claramente que nos referimos al certificado final de obra y no a una pura y simple certificación.

El Senador Beguer i Oliveres²⁸, como portavoz del Grupo Convergència i Unió, coincide en lo sustancial con la argumentación, anteriormente expuesta, del Senador Bris, estimando que están bien definidos –contrariamente a lo expuesto por la Senadora Pleguezuelos– los requisitos básicos de la edificación, como igualmente lo están las obligaciones y responsabilidades del promotor, del proyectista, del constructor, del director de la obra y demás agentes. Igualmente las garantías de vicios y defectos de la construcción quedan bien determinadas. Y así podríamos continuar. Las propuestas de veto no están bien justificadas.

²⁸ Cortes Generales. Diario de Sesiones del Senado, núm. 140, de 29 de septiembre de 1999.

III. EL CARÁCTER OBJETIVO DE LA RESPONSABILIDAD

Con anterioridad a la Ley de Ordenación de la Edificación, la jurisprudencia en torno al artículo 1591 del Código Civil ha adoptado una marcada tendencia a la objetivación de la responsabilidad por vicios o defectos de construcción, o lo que es lo mismo, a la culpa presunta, que determina, en el ámbito procesal, una inversión de la carga de la prueba (STS de 14 de noviembre de 1978, 2 de marzo de 1979, 17 de febrero de 1982, 11 de noviembre de 1982, 31 de enero de 1985, 13 de diciembre de 1988, 28 de octubre de 1989, 7 de noviembre de 1989, 30 de septiembre de 1991, 9 de diciembre de 1993, 27 de junio de 1994, 16 de abril de 1996, 26 de junio de 1997 y 19 de octubre de 1998).

El artículo 1591 responde a una presunción *iuris tantum* de culpa profesional y consagra el apotegma de las fuentes romanas *et quod imperitia peccavit culpam esse* (D.19.2.10) (STS de 14 de noviembre de 1978).

El dueño de la obra no necesita probar la culpa del arquitecto siendo suficiente demostrar el incumplimiento, construcción ésta que contiene una cierta objetivación de la responsabilidad de estos profesionales (STS de 27 de junio de 1994).

Si la ruina acontece durante el plazo de garantía decenal, hay que presumir que se debe a la conducta culpable del contratista, del arquitecto o del técnico. Estos sólo se exoneran de responsabilidad si demuestran que se debe a caso fortuito o fuerza mayor. El propio sentido del plazo de garantía decenal corrobora esta interpretación, pues sólo cuando han transcurrido los diez años que fija el párrafo 1.^º del artículo 1591 se comprueba, de acuerdo con el criterio del legislador, la solidez de la obra inmobiliaria construida y desaparece la sospecha de que la eventual ruina se debe a la conducta culpable del contratista, del arquitecto o del técnico. Esta tesis es confirmada por los antecedentes históricos del artículo 1591 (Ley 21, tít. 32, Partida 3.^a, y glosa de Gregorio López, artículo 1248 del Proyecto de Código Civil de 1836, comentario de García Goyena al artículo 1532 del Proyecto de Código Civil y doctrina española del siglo XIX)²⁹ y viene exigida por la adecuada protección del comitente, que difícilmente podría probar la conducta culpable de la plu-

²⁹ CARAVANTES, *Febrero reformado*, II, Madrid, 1852, p. 329; ESCRICHÉ, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, I, Madrid, 1847, p. 269; GUTIÉRREZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, IV, Madrid, 1877, pp. 489-490; GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, reimpresión de la edición de Madrid de 1852, Zaragoza, 1974, p. 802.

ralidad de profesionales que han intervenido en la construcción o de alguno de ellos³⁰.

El Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del Código Civil sobre los contratos de servicios y de obra de 12 de abril de 1994 sigue esta tendencia objetivadora de la responsabilidad decenal por vicios de construcción, disciplinada en el artículo 1600, subrayando atinadamente Cadarso³¹ que sin dejar de estar fundada en último término en la culpa, funciona aquí un régimen de presunción de responsabilidad que es doble: producida la ruina, se presume tanto la causalidad como la imputabilidad, sin perjuicio de la prueba contraria del caso fortuito, restrictivamente apreciado en esta materia de pericia profesional. Así se puede sostener para el vigente artículo 1591, y así creo que ha de sostenerse a la vista del artículo 1600 proyectado, tal como lo confirma la previsión de su párrafo tercero, conforme al cual «no alcanzará (la responsabilidad) a quienes prueben que la ruina se debió a un hecho que no les sea imputable».

En análogo sentido Gómez de la Escalera³² puntualiza que la presunción de culpa operaría como presunción de causalidad: la

³⁰ CABANILLAS, «La evolución de las responsabilidades en la construcción», *cit.*, p. 359; CABANILLAS, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Barcelona, 1993, pp. 155 y ss.; CABANILLAS, «La carga de la prueba de la negligencia de los profesionales cuando se produce la ruina del inmueble», en *Arquitectura Técnica*, 1992, núm. 15, pp. 55 y ss.; CABANILLAS, «Contrato de obra (Dº Civil)», en *Enciclopedia Jurídica Básica* (Civitas), I, Madrid, 1995, p. 1601; CABANILLAS, «La responsabilidad por infracción de los deberes profesionales o de "lex artis" y la carga de la prueba», *ADC*, 1991, pp. 914 y ss.; CADARSO, *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, Madrid, 1976, pp. 166 y ss.; FERNÁNDEZ COSTALES, *El contrato del arquitecto en la edificación*, Madrid, 1977, p. 310; GARCÍA CANTERO, «La responsabilidad por ruina de edificios ex artículo 1591 del Código Civil», *ADC*, 1963, pp. 1105-1106; GARCÍA CONESA, *Derecho de la construcción*, *cit.*, pp. 464 y ss.; GÓMEZ DE LA ESCALERA, *La responsabilidad civil de los promotores, constructores y técnicos por los defectos de construcción*, Barcelona, 1993, pp. 93 y ss.; LUCAS FERNÁNDEZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, XX-2, Madrid, 1986, p. 308; HERRERA CATENA, *Responsabilidades en la construcción*, I-II, Granada, 1977, pp. 89 y ss. y 151-152; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «La responsabilidad decenal del artículo 1591 CC: breve repaso a la jurisprudencia de los años noventa», *cit.*, p. 1916; MORALES, «El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa», *ADC*, 1982, p. 681; O'CALLAGHAN, «Contrato de obra. Responsabilidad por ruina», en *Actualidad Civil*, 1988, p. 1693; RAYÓN BALLESTEROS, *Régimen jurídico procesal de la responsabilidad decenal por defectos en la construcción de las obras*, *cit.*, pp. 252, 281 y 368 y ss.; RUBIO SAN ROMÁN, *La responsabilidad civil en la construcción*, *cit.*, p. 197; SALVADOR CODERCH, *Comentario del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 1192-1193; TORRALBA, «Los vicios del suelo: reflexiones sobre el artículo 1591 del Código Civil», en *Estudios de Derecho civil en honor del prof. Castán Tobeñas*, II, Pamplona, 1969, p. 605; MARTÍNEZ MAS, *La responsabilidad decenal por los defectos de construcción según la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 1997, pp. 31 y ss. y 208 y ss.

³¹ CADARSO, «Riesgo y responsabilidad en el contrato de obra», en *Contratos de servicios y de obra*. Coordinador: José González García, Universidad de Jaén, 1996, pp. 120-121.

³² GÓMEZ DE LA ESCALERA, *La responsabilidad civil de los promotores, constructores y técnicos por los defectos de construcción*, *cit.*, pp. 99-100.

ruina dentro del plazo decenal se presume ocurrida por causa de los vicios constructivos de la obra, y como éstos no son más que el resultado de la culpa profesional de quienes intervinieron en la obra, por ende, la presunción de causalidad de la ruina es también presunción de culpabilidad.

Se trataría, en definitiva, de la aplicación del principio *res ipsa loquitur*: la ruina acaecida dentro del plazo decenal «habla por sí misma» y nos dice que tuvo su causa en los vicios constructivos. La presunción tiene carácter *iuris tantum* y podrá desvirtuarse probando que la ruina se debe a una causa distinta de los vicios constructivos (mala conservación, terremoto, culpa de un tercero).

La objetivación de la responsabilidad por vicios de construcción se aprecia nítidamente en la Ley de Ordenación de la Edificación, cuyo artículo 17.8 dispone que «las responsabilidades por daños no serán exigibles a los agentes que intervengan en el proceso de la edificación, si se prueba que aquéllos fueron ocasionados por caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o por el propio perjudicado por el daño».

Basta que se produzcan daños materiales en el edificio por vicios o defectos de construcción que se manifiesten en los plazos de garantía anual de perfecta terminación, trienal o decenal para que surja la responsabilidad de los agentes que han intervenido en el proceso de edificación.

El carácter objetivo de la responsabilidad anual, trienal o decenal se explica por la suscripción obligatoria de seguros de daños materiales o seguros de caución para garantizar la reparación de los daños causados por vicios o defectos de la construcción a que se refiere el artículo 17.

La naturaleza objetiva de la responsabilidad determina que los agentes que han intervenido en el proceso de edificación responden salvo que prueben que los daños provienen de caso fortuito, fuerza mayor, acto de un tercero o del propio perjudicado por el daño.

El carácter objetivo de esta responsabilidad viene confirmado por el Anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 21 de septiembre de 1998, que al aludir a la responsabilidad de los agentes que intervienen en el proceso de edificación por los daños materiales ocasionados en el edificio por vicios o defecto de su construcción, que se manifiesten en los plazos de garantía anual, trienal y decenal, se refiere expresamente a la responsabilidad objetiva en la rúbrica del artículo 19.

El Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 28 de diciembre de 1995, establece que las responsabilidades por daños en el edificio no serán exigibles si se prueba que éstos fueron oca-

sionados por caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o por el propio perjudicado por el daño (art. 38.4).

Según el Anteproyecto de Ley de Garantías de la Edificación, de 1985, se presumen las responsabilidades del promotor, las cuales no serán exigibles si éste prueba que los daños causados provienen de caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o del perjudicado por el daño (art. 16.3).

En el Derecho francés, el artículo 1792 del Código Civil califica la responsabilidad del constructor frente al dueño o adquirente de la obra como responsabilidad de pleno derecho y precisa que la misma sólo decae ante la prueba de una causa ajena. El legislador expresa con claridad en el artículo 1792-2 que se trata de una presunción de responsabilidad.

Tratándose de una presunción de responsabilidad, sólo puede decaer ante la prueba de la ausencia de culpa.

Al prever las causas de exoneración posibles, el artículo 1792 establece que semejante responsabilidad no tiene lugar si el constructor prueba que los daños provienen de una causa ajena.

Como circunstancia exoneratoria aparece la fuerza mayor, que implica un acontecimiento imprevisible, irresistible y exterior, como, por ejemplo, un cataclismo natural.

El hecho de un tercero, pero a condición de que el presumido responsable no tenga que responder: así el contratista no puede evitar su responsabilidad probando que los desordenes son imputables a un subcontratista o a un fabricante de materiales, puesto que son *partenaires contractuales* de los que debe responder.

En fin, la culpa de la víctima. Como observa Boubli³³, la intromisión del dueño de la obra en la realización del edificio plantea delicados problemas. La culpa del dueño de la obra entraña generalmente un reparto de responsabilidad. Alguna vez es causa de exoneración total, cuando el comportamiento del dueño de la obra no deja lugar alguno a la resistencia del constructor.

Liet-Veaux³⁴ dice que en la causa ajena entrará frecuentemente la culpa del dueño de la obra.

Según Huet³⁵, tradicionalmente se admite que la culpa del dueño de la obra, o incluso solamente su intromisión en los trabajos, puede ser una causa de exoneración de los constructores. Se

³³ BOUBLI, *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, cit., pp. 210 y ss.

³⁴ LIET-VEAUX, *Le droit de la construction*, París, 1982, p. 338.

³⁵ HUET, «Les principaux contrats spéciaux», cit., p. 1358.

admite que la intromisión culpable será tenida en cuenta cuando el dueño tenía una competencia notoria.

Puede cuestionarse si el legislador no ha ido demasiado lejos estableciendo a cargo de todos los arrendadores de obra una obligación de resultado. Pero es de esto de lo que se trata: todo constructor –en el sentido del artículo 1792-1– está obligado a suministrar al dueño o al adquirente una obra a la vez sólida y propia para su destino, salvo prueba de una causa ajena. Parecido rigor parece aconsejable para los que asumen misiones de ejecución, o incluso de concepción; es menos evidente, según Malinvaud y Jestaz³⁶, para la misión de vigilancia que la jurisprudencia hace recaer sobre el arquitecto. ¿Debe considerarse que en caso de daños que afectan a la solidez del inmueble o lo hacen impropio para su destino el arquitecto se presumirá siempre responsable en virtud de su obligación de vigilancia, salvo prueba de causa ajena? Aunque parece deducirse del texto, esta solución se presenta muy severa. En contrapartida, la jurisprudencia admite que el arrendador de obra sólo incurre en responsabilidad en los límites de su misión; más allá desaparece el nexo de causalidad.

Para Collart Dutilleul y Delebecque³⁷ existe una obligación de resultado pura y dura.

Boubli³⁸ señala que la obligación de construir o hacer construir una obra exenta de vicios es una obligación de resultado conforme a los principios aplicables al contrato de empresa. La responsabilidad de pleno derecho es sancionada por el artículo 1792. Con otros términos, el artículo 1792-2 establece el principio de la presunción de responsabilidad. Estas disposiciones traducen la voluntad del legislador de asegurar una protección efectiva del usuario permitiéndole una reparación rápida de los siniestros. Se puede, sin embargo, lamentar que la ley no haya contemplado especialmente la garantía bienal. En efecto, los artículos 1792 y 1792-2 sólo conciernen a los daños que se conectan a la decenal.

La falta de una consagración expresa de una presunción de responsabilidad, puede incitar a una interpretación restrictiva que implique no aplicar la responsabilidad de pleno derecho a los desórdenes sometidos a la bienal.

³⁶ MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière*, cit., pp. 119-120.

³⁷ COLLART DUTILLEUL y DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, París, 1991, p. 526.

³⁸ BOUBLI, *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, cit., p. 200.

A juicio de Boubli³⁹, semejante interpretación no corresponde a la intención real de los autores de la ley, ni a la naturaleza de las obligaciones de los arrendadores de obra.

En el mismo sentido se pronuncia Liet-Veaux⁴⁰, al afirmar que la presunción de responsabilidad establecida en el artículo 1792 se extiende a los elementos de equipamiento sometidos a la garantía bienal de buen funcionamiento, en virtud del empleo por el legislador de la palabra «garantía».

Esta severidad es incrementada por el hecho de que las cláusulas de exoneración o limitación de la responsabilidad son prohibidas. Aunque no lo establezca expresamente el artículo 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación, se infiere esta conclusión del carácter marcadamente imperativo con que está redactado el precepto («las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación responderán...»).

Los antecedentes de este precepto lo confirman: el artículo 20 del Anteproyecto de Ley de Garantías de la Edificación de 1985, el artículo 41.4 y 5 del Anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 22 de febrero de 1994, el artículo 38.5 del Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 28 de diciembre de 1995, y el artículo 18.8 del Anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 21 de septiembre de 1998.

El párrafo último del artículo 1594 del Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del Código Civil sobre los contratos de servicios y de obra, de 12 de abril de 1994, establece que se tendrán por no puestas las cláusulas que excluyan o limiten la responsabilidad del contratista por vicios o defectos de la obra.

En el Derecho francés establece esta solución el artículo 1792-5 del Código Civil, considerando no escritas las cláusulas que excluyan o limiten las responsabilidades previstas en el artículo 1792.

La garantía anual de perfecta terminación y las garantías trienal y decenal son de orden público, de igual manera que lo son en el Derecho francés, en atención al texto del artículo 1792-5 del Código Civil, la garantía de perfecta terminación, la garantía bienal y la garantía decenal⁴¹. Por este motivo, como

³⁹ BOUBLI, *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, cit., p. 202.

⁴⁰ LIET-VEAUX, *Le droit de la construction*, cit., p. 344.

⁴¹ MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière*, cit., pp. 115 y 145; COLLART DUTILLEUL y DEBELECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, cit., p. 527; BOUBLI, *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, cit., pp. 150 y 215 y ss.; LIET-VEAUX, *Le droit de la construction*, cit., pp. 351-352.

observa Boublí⁴², en la medida en que las garantías legales son de orden público, parece que las partes no podrán hacer remontar las garantías legales a una fecha anterior a la recepción, es decir, a la terminación.

Para Boublí⁴³, el plazo de garantía es un plazo prefijado al que las partes no pueden renunciar, puesto que la ley prohíbe las cláusulas que limitan su duración. El plazo de garantía opera de una manera mucho más rigurosa que el plazo de prescripción.

Este criterio armoniza con los antecedentes de la responsabilidad decenal del artículo 1591 del Código Civil por vicios de construcción, que se fundamenta en razones de orden público (la seguridad de los edificios) e interés social, como se puso de relieve en los trabajos preparatorios del Código de Napoleón⁴⁴. Así lo confirman las SSTS de 13 de junio de 1984, 12 de febrero de 1988, 2 de octubre de 1992 y 27 de junio de 1994⁴⁵.

Como subrayan Carrasco, Cordero Lobato y González Carrasco⁴⁶, las cláusulas contractuales de exoneración de responsabilidad por ruina son nulas, no sólo si incluyen también la ruina causada dolosamente (art. 1102 del Código Civil), sino incluso cuando se refieren a la responsabilidad causada por negligencia, pues el ahorro del comitente que renuncia a exigir responsabilidad repercuten negativamente en el consumidor de la vivienda.

El sistema de responsabilidad de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación es ciertamente riguroso. Pero es justo. Si es bastante fácil establecer esta responsabilidad, la misma no surge indefinidamente. Son fijados legalmente unos plazos de garantía de uno, tres y diez años para que surja la responsabilidad

⁴² BOUBLI, *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, cit., p. 150.

⁴³ BOUBLI, *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, cit., p. 254.

⁴⁴ FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, XIV, reimpresión de la edición de París de 1827, Osnabrück, 1968, pp. 262-263; LOCRE, *Procès-verbaux du Conseil d'Etat contenat la discussion du Code Napoleon*, III, París, 1808, pp. 504-506.

⁴⁵ CABANILLAS, «La evolución de las responsabilidades en la construcción», cit., pp. 359-360; CABANILLAS, «Contrato de obra (D.^º Civil)», cit., p. 1601; CARRASCO, CORDEIRO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, Madrid, 1998, pp. 252-253; DEL ARCO Y PONS, *Derecho de la construcción*, Granada, 1987, pp. 390 y ss.; GÓMEZ DE LA ESCALERA, *La responsabilidad civil de los promotores, constructores y técnicos por defectos de construcción*, cit., p. 285; HERRERA CATENA, *Responsabilidades en la construcción*, I-II, cit., pp. 36 y ss.; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «La responsabilidad decenal del artículo 1591 CC: breve repaso a la jurisprudencia de los años noventa», cit., p. 1919; MARTÍNEZ MAS, *La responsabilidad decenal por defectos de construcción según la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, cit., pp. 65 y ss.; SALVADOR CODERCH, *Comentarios del Código Civil*, II, cit., p. 1190.

⁴⁶ CARRASCO, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, cit., pp. 252-253.

de aquéllos, atendiendo a la garantía de los daños materiales ocasionados en el edificio por vicios o defectos de su construcción.

Los citados plazos constituyen la contrapartida del riguroso sistema de responsabilidad objetiva por vicios o defectos de construcción que recae sobre los agentes que intervienen en el proceso de la edificación.

IV. LOS PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD

1. LA NOCIÓN DE EDIFICIO

En consonancia con el título de la Ley, de Ordenación de la Edificación, el artículo 17 se refiere a los daños materiales ocasionados en los edificios o parte de los mismos, en caso de que sea objeto de división, por vicios o defectos de construcción. Se sigue en este sentido el criterio acogido por el Anteproyecto de Ley de Garantías de la Edificación de 1985 (art. 19), el Anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 22 de febrero de 1994 (art. 51), el Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 28 de diciembre de 1995 (art. 50), el Anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 21 de septiembre de 1998 (art. 19) y el Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 15 de marzo de 1999 (art. 17). También el artículo 1591 del Código Civil se refería a la ruina del edificio por vicios del suelo, de la dirección o de la construcción. En cambio, el artículo 1600 del Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del Código Civil sobre los contratos de servicios y de obra se refiere a la obra inmobiliaria de carácter permanente, criterio que también sigue el artículo 1792 del Código Civil francés. Este precepto se aplica a todas las obras, pues se ha suprimido del artículo 1792 la referencia a las *gros ouvrages*, y el artículo 1792 sólo habla de *ouvrage*, aunque el carácter inmobiliario de la obra parece inferirse del término *bâtiment* utilizado en el artículo 1792-2.

Según Boublí⁴⁷, el artículo 1792 contempla al constructor de una obra y menciona los desordenes que comprometen la solidez de la obra.

El término obra es mucho más amplio que el término edificio. Es preciso entenderlo como designando una globalidad, es decir, como contemplando cualquier obra inmobiliaria, se trate o no de un edificio. La noción de obra engloba las realizaciones de genio civil,

⁴⁷ BOUBLI, *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, cit., pp. 228-229.

cualquiera que ellas sean: vías o redes diversas, construcciones en el subsuelo, terrenos de deportes y los edificios.

Otra concepción de noción de obra es sugerida por los artículos 1792-2 y 1792-4. Estos textos entienden por obra una parte, un elemento de la construcción. Entonces el término es tomado en un sentido estricto: no designa una globalidad sino una fracción del inmueble, y principalmente una fracción importante de la que se puede decir esquemáticamente que concierne a la estructura misma de la realización. *Obra* en este sentido se opone a *equipamiento*. Designa los trabajos de viabilidad, de cimentación, de armazón y de cobertura (art. 1792-2), es decir, todo lo que no constituye un elemento de equipamiento. El mismo sentido debe ser reconocido a la expresión utilizada en el artículo 1792-4.

Para Malinvaud y Jestaz⁴⁸, antes de la Ley, de 4 de enero de 1978, el antiguo artículo 1792 no contemplaba la obra, sino el edificio que perece en todo o en parte por vicio de la construcción. En cambio, el antiguo artículo 2270 consagraba la noción de obra y distinguía entre las obras mayores y menores. Esta distinción desaparece en el nuevo régimen, y ocurre lo mismo con la de edificio que, en el artículo 1792, es reemplazada por la de obra.

La noción de obra es infinitamente más general que la de edificio, englobando ciertas realizaciones a las que antaño se denegaba la calificación de edificio.

En el artículo 2 de la Ley de Ordenación de la Edificación, al establecer el ámbito de aplicación de esta Ley, se perfila el concepto de edificación y, en definitiva, el de edificio, al disponer:

«1. Esta Ley es de aplicación al proceso de edificación, entendiendo por tal la acción y el resultado de construir un edificio de carácter permanente, público o privado, cuyo uso principal esté comprendido en los siguientes grupos: *a)* Administrativo, sanitario, religioso, residencial en todas sus formas, docente y cultural; *b)* Aeronáutico, agropecuario, de energía, de la hidráulica, minero, de telecomunicaciones (referido a la ingeniería de las telecomunicaciones), del transporte terrestre, marítimo, fluvial y aéreo, forestal, industrial, naval, ingeniería de saneamiento e higiene, y acceso a las obras de ingeniería y su explotación; *c)* Todas las demás edificaciones cuyos usos no estén especificados en los grupos anteriores.

⁴⁸ MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière*, cit., pp. 117-118.

2. Tendrán la consideración de edificación, a los efectos de lo dispuesto en esta Ley, y requerirán un proyecto según lo establecido en el artículo 4, las siguientes:

a) Obras de edificación de nueva construcción, excepto aquellas construcciones de escasa entidad constructiva y sencillez técnica que no tengan, de forma eventual o permanente, carácter residencial ni público y se desarrolle en una sola planta.

b) Obras de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación que alteren la configuración arquitectónica de los edificios, entendiendo por tales las que tengan carácter de intervención total o las parciales que produzcan una variación esencial en la composición general exterior, la volumetría, o el conjunto del sistema estructural, o tengan por objeto cambiar los usos característicos del edificio.

c) Obras que tengan el carácter de intervención total en edificaciones catalogadas o que dispongan de algún tipo de protección de carácter ambiental o histórico-artístico, regulada a través de norma legal o documento urbanístico y aquellas obras de carácter parcial que afecten a los elementos o partes objeto de protección.

3. Se consideran comprendidas en la edificación sus instalaciones fijas y el equipamiento propio, así como los elementos de urbanización que permanezcan adscritos al edificio».

El Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española (20.^a edición) establece la siguiente acepción de edificio: obra o fábrica construida para habitación o para usos análogos; como casa, templo, teatro, etcétera.

En relación con el artículo 1591 del Código Civil nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia han defendido una concepción amplia de edificio⁴⁹, que ciertamente está presente en el transcritto artículo 2 de la Ley de Ordenación de la Edificación.

⁴⁹ ALBÁCAR, *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, V, cit., pp.1565-1566; CADARSO, *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, cit., pp. 112 y ss.; DEL ARCO Y PONS, *Derecho de la construcción*, cit., pp. 406 y ss.; FERNÁNDEZ COSTALES, *El contrato del arquitecto en la edificación*, cit., pp. 319-320; GARCÍA CANTERO, «La responsabilidad por ruina de los edificios ex artículo 1591 del Código Civil», cit., pp. 409 y ss.; GÓMEZ DE LA ESCALERA, *La responsabilidad civil de los promotores, constructores y técnicos por los defectos de construcción*, cit., pp. 87 y ss.; LUCAS FERNÁNDEZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XX-2, cit., pp. 280 y ss.; MOLINA, *Ruina y seguro de responsabilidad decenal*, cit., pp. 468 y ss. (teniendo en cuenta la praxis aseguradora); RAYÓN BALLESTEROS, *Régimen jurídico procesal de la responsabilidad decenal por defectos en la construcción de las obras*, cit., pp. 186 y ss.; RUBIO SAN ROMÁN, *La responsabilidad civil en la construcción*, cit., pp. 149 y ss.; SALVADOR CODERCH, *Comentario del Código Civil*, II, cit., p. 1190.

No debe mantenerse una noción estricta de edificio, sino que ha de interpretarse aludiendo al género al que pertenece, en cuanto obra de construcción inmobiliaria⁵⁰.

El término edificio debe interpretarse en sentido muy amplio, equivalente a obra inmobiliaria permanente, en línea con la alusión del artículo 1669 del Código Civil italiano a «cosas inmuebles destinadas por su naturaleza a larga duración». Es clara la exclusión de las obras mobiliarias, y lo es asimismo la de las edificaciones provisionales. El tipo de obra tanto puede ser de edificación o de nueva planta, como de refacción o reparación⁵¹.

Habrá de tratarse de una obra inmueble por naturaleza o destino; ejecutarse mediante obra nueva o refacción de parte importante de una obra preexistente; estar destinada a una duración razonablemente larga (STS de 12 de mayo de 1979); y, por último, tener como fin la habitación humana u otros fines análogos. Están así excluidas del precepto las construcciones provisionales que se califican como tales en función de la naturaleza de la obra y la temporalidad de su destino⁵².

Según la STS de 17 de diciembre de 1997, el artículo 1591 hace mención a un edificio, cuyo concepto jurídico debe entenderse en sentido amplio, de conformidad con los artículos 389, 391, 1907 y 1908 del Código Civil, como ha declarado esta Sala al precisar que aquel precepto alcanza no sólo a las nuevas construcciones, sino también a todas las que, por su importancia o trascendencia, supongan la transformación de otras subsistentes.

En general, existe coincidencia entre la jurisprudencia y la doctrina científica en dicha materia y ambas entienden que habrá de tratarse de una obra inmueble por naturaleza o destino; plasmarse mediante obra nueva o refacción de parte importante de la obra subsistente; estar destinada a una duración razonablemente larga; y, por último, poseer como objetivo la habitación humana u otro similar.

Además, el texto legal no se refiere sólo a las nuevas construcciones, por lo que, como antes se ha expresado, las obras de refacción o reparación de un edificio preexistente están también incluidas en la definición, la cual es una solución adecuada dado que la reparación defectuosa puede también ocasionar la ruina.

Cuando el artículo 17.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación se refiere a los daños materiales causados en parte del edificio, en el caso de que sea objeto de división, no cabe duda de que está pensando en el edificio sujeto al régimen de propiedad horizontal,

⁵⁰ CADARSO, *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, cit., p. 114.

⁵¹ CADARSO, «Riesgo y responsabilidad en el contrato de obra», cit., p. 118.

⁵² SALVADOR CODERCH, *Comentario del Código Civil*, II, cit., p. 1190.

que se caracteriza por existir una pluralidad de propietarios de pisos o locales que forman parte integrante del edificio.

2. LOS DAÑOS MATERIALES OCASIONADOS EN EL EDIFICIO POR VICIOS O DEFECTOS DE CONSTRUCCIÓN

Paralelamente a la ampliación por nuestra jurisprudencia del concepto de ruina mediante las nociones de la ruina parcial, de la ruina potencial y de la ruina funcional, y en virtud de las cuales no se exige el arruinamiento o perecimiento total, ni el actual ni el físico del edificio, para que pueda aplicarse la responsabilidad decenal que disciplina el artículo 1591 del Código Civil, se observa una corriente tendente a sustituir el requisito de la ruina por la simple presencia de daños en el edificio por vicios o defectos de construcción. La culminación de este pensamiento se encuentra en el Derecho francés, donde tras la Ley, de 4 de enero de 1978, se abandona toda referencia a la idea de ruina, limitándose a hablar simplemente de daños (*dommages*) en la obra (arts. 1792 y 1792-2 del Código Civil).

En nuestro Derecho se observa que la Ley de Ordenación de la Edificación, en el artículo 17.1, sigue claramente el criterio acogido en el Derecho francés, de igual manera que los diversos Anteproyectos y Proyectos sobre la Ley de Ordenación de la Edificación. El Anteproyecto de Ley de Garantías de la Edificación de 1985, se refiere a los daños producidos por vicios (arts. 16, 17 y 18) y los Anteproyectos de Ley de Ordenación de la Edificación, de 22 de febrero de 1994 (art. 51), y 21 de septiembre de 1998 (art. 19), así como los Proyectos de Ley de Ordenación de la Edificación, de 28 de diciembre de 1995 (arts. 38, 40, 41, 42, 43 y 46), y 15 de marzo de 1999 (art. 17.1), aluden exclusivamente a los daños materiales ocasionados en el edificio por vicios o defectos de su construcción.

Se ha de tratar de perjuicios materiales, no espirituales, que afecten directamente al edificio, que se concretan en presentar el mismo vicio o defecto de construcción. Aunque el artículo 17.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación habla genéricamente de vicios o defectos, hay que denominarlos vicios o defectos de construcción de acuerdo con la terminología utilizada por los artículos 17.3 y 19, que se refieren a los daños materiales ocasionados por vicios o defectos de construcción.

Cuando el edificio, término que ha de entenderse en el sentido expuesto anteriormente, esté aquejado por un vicio o defecto de construcción, se produce necesariamente un perjuicio material que determina la responsabilidad de los agentes que han intervenido en el proceso de edificación.

El problema básico no es otro que precisar el significado del vicio o defecto de construcción como factor desencadenante de la responsabilidad.

Se ha abandonado el criterio que se acogía en el artículo 1591 del Código Civil, que, al configurar la responsabilidad decenal de arquitectos y constructores, distinguía entre vicios del suelo, de la dirección y de la construcción, armonizando con el artículo 1909 del Código Civil que sólo se refiere al defecto de construcción, que se presenta como una noción genérica comprensiva de cualquier vicio que presente el edificio.

La Ley de Ordenación de la Edificación se acomoda al criterio adoptado por sus precedentes, ya que, como hemos visto, los Anteproyectos de Ley de Ordenación de la Edificación, de 22 de febrero de 1994 y 21 de septiembre de 1998, así como los Proyectos de Ley, de 28 de diciembre de 1995 y 15 de marzo de 1999, se refieren exclusivamente a los daños materiales ocasionados al edificio por vicios o defectos de su construcción.

El Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del Código Civil sobre los contratos de servicios y de obra, de 12 de abril de 1994, alude en el texto del artículo 1600 a los vicios de la construcción al disciplinar la responsabilidad decenal por ruina de la obra inmobiliaria de carácter permanente.

En los artículos 17 y 18, la Ley de Ordenación de la Edificación se refiere a los vicios o defectos, que han de calificarse de construcción a tenor de los artículos 17.3 y 19, omitiendo aludir al vicio del suelo o de la dirección que en el artículo 1591 determinaba la responsabilidad del arquitecto; lo que se explica porque en dicha Ley ya no se alude singularmente a dicho facultativo, sino genéricamente a los agentes que intervienen en el proceso de la edificación.

A diferencia de lo que acontecía en el texto del artículo 1591, donde la expresión vicio de la construcción tiene un sentido muy específico, en cuanto se reconduce a la actividad del contratista, considerado como ejecutor material de la obra inmobiliaria, la Ley de Ordenación de la Edificación, de igual manera que acontece en el Código Civil italiano (art. 1669), se refiere al vicio o defecto de construcción en un sentido genérico, y se desconecta no sólo de la distinción entre agentes intervenientes en el proceso edificadorio, sino también de la distinción entre tareas o cometidos.

En este sentido genérico, al que se refiere la Ley de Ordenación de la Edificación, en el vicio o defecto de construcción se comprenden básicamente los vicios de la ejecución propiamente dicha, los del proyecto y los de la dirección. Así pues, el vicio de la construcción es imputable a todos los agentes que han intervenido en el proceso de edificación; sólo mediante una especificación ulterior cabrá

imputarlo exclusivamente a uno u otro de los agentes intervenientes, lo cual es facilitado por la Ley al perfilar las obligaciones que recaen sobre cada uno de éstos, es decir, sobre el promotor (art. 9), el proyectista (art. 10), el constructor (art. 11), el director de la obra (art. 12), el director de la ejecución de la obra (art. 13), las entidades y los laboratorios de control de calidad de la edificación (art. 14) y los suministradores de productos (art. 15).

3. EL CARÁCTER OCULTO DE LOS VICIOS DE CONSTRUCCIÓN EN EL MOMENTO DE LA RECEPCIÓN DE LA OBRA

Al referirse a los presupuestos de la responsabilidad decenal, en relación con el artículo 1591 del Código Civil, la doctrina⁵³ se refiere al carácter aparente u oculto de los vicios.

Nada precisaba la letra del artículo 1591 acerca de si los vicios determinantes de la ruina habían de ser ocultos o si podían ser también aparentes.

Aún en defecto de previsión legal específica, es conclusión generalmente admitida por la doctrina⁵⁴, y suficientemente consolidada en la jurisprudencia, que la recepción que concluye en aprobación o aceptación libera a los constructores por los vicios o defectos aparentes o manifiestos que no sean objeto de reserva por parte del comitente. La STS de 12 de julio de 1994 afirma que establecido el hecho de la recepción de la obra sin reserva alguna, ha de estarse a la doctrina jurisprudencial –así sentencia de 29 de noviembre de 1991– expresiva de que la aceptación al recibir las obras sin manifestación en tal momento de disconformidad con ella, significa haber sido ejecutada a satisfacción, pues lo contrario supondría dejar indeterminado en el tiempo el normal efecto producido por el contrato de arrendamiento de obra después de aceptada sin manifestación de disconformidad por el propietario.

El artículo 1594 del Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del Código Civil sobre los contratos de servicios y de obra, de 12 de abril de 1994, consagra expresamente el indicado efecto liberatorio de la aprobación en la proposición primera del párrafo primero: La aprobación a que se refieren los dos artículos anteriores excluye la responsabilidad del contratista.

⁵³ *Vid.* CADARSO, *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, cit., pp. 143 y ss.

⁵⁴ *Vid.* CABANILLAS, «La recepción de la obra», *ADC*, 1978, pp. 302 y ss.; CABANILLAS, *Las cargas del acreedor en el Derecho civil y en el mercantil*, Madrid, 1988, pp. 241 y ss.; CABANILLAS, «Contrato de obra (D.^º civil)», cit., p. 1600.

ta por los vicios o defectos que al tiempo de la recepción de la obra fueren manifiestos, y también por los que no fueren si quien aprobó la obra hubiera podido conocerlos fácilmente por su oficio o profesión.

Sin embargo, el apuntado efecto liberatorio de la recepción de la obra ejecutada por los vicios o defectos aparentes que no han sido objeto de reservas no es expresamente consagrado por la Ley de Ordenación de la Edificación. Nada se precisa al respecto en el artículo 17, que configura la responsabilidad de los agentes que intervienen en el proceso edificadorio por vicios o defectos de construcción, como tampoco en el artículo 6, que disciplina la recepción de la obra ejecutada, limitándose a decir que ésta podrá realizarse con o sin reservas.

Existe, por tanto, un elocuente silencio, que, a nuestro juicio, deja sin resolver el problema sobre la posible eficacia liberatoria de la recepción por los vicios o defectos aparentes que no han sido objeto de reservas.

Un criterio semejante aparece en los antecedentes de esta Ley, como son el Anteproyecto de Ley de Garantías de la Edificación de 1985, el Anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 22 de febrero de 1994, el Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 28 de diciembre de 1995, el Anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 21 de septiembre de 1998 y el Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 15 de marzo de 1999.

No obstante, en el Derecho francés, que es el modelo que ha inspirado a los redactores de la Ley de Ordenación de la Edificación, como a sus antecedentes, se entiende que la garantía de perfecta terminación no se aplica a los vicios que se patentizan con anterioridad a la recepción de la obra y que no han sido objeto de reservas (art. 1792-6 del Código Civil).

Como dice Caston⁵⁵, la recepción de los trabajos constituye una aceptación; los vicios aparentes han de considerarse aceptados con el resto de la obra.

Boubli⁵⁶ afirma que la recepción purga a la obra de sus vicios aparentes, a no ser que el dueño de la obra formule reservas.

El desorden debe ser clandestino en la recepción de los trabajos⁵⁷.

⁵⁵ CASTON, *La responsabilité des constructeurs*, París, 1979, p. 110.

⁵⁶ BOUBLI, *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, cit., p. 150.

⁵⁷ BOUBLI, *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, cit., p. 249.

Para Boubli⁵⁸, el defecto oculto es condición del desorden. El desorden sólo da lugar a la garantía, se trate de la decenal o de la bienal, si el defecto es oculto en la recepción de los trabajos. Nada permite considerar que la condición relativa a la exigencia de un vicio oculto, exigida por el Código Civil, ha sido abandonada por la Ley, de 4 de enero de 1978, que toma en consideración al desorden en estado bruto. Muy al contrario, el legislador refuerza el principio sometiendo los vicios aparentes a la garantía de perfecta terminación.

La condición de clandestinidad se aprecia en la recepción de los trabajos y un vicio oculto es aquel que no puede ser descubierto normalmente por un profano.

Según Liet-Veaux⁵⁹, la Ley, de 4 de enero de 1978, no aporta ninguna modificación a la jurisprudencia en lo relativo a la necesidad de un vicio oculto en el momento de la recepción.

Incluso con respecto a la garantía decenal, que se refiere a los vicios que comprometen la solidez de la obra o que la hacen imprópria para su destino, Benabent⁶⁰ pone de relieve como la jurisprudencia francesa precisa que esta responsabilidad sólo concierne a los vicios ocultos: los que son aparentes han debido ser objeto de reservas en la recepción.

Malinvaud y Jestaz⁶¹ apuntan que, a tenor del artículo 1792-6 del Código Civil, la garantía de perfecta terminación concierne a los desordenes aparentes en el momento de la recepción, a condición de que hayan sido objeto de reservas mencionadas en el proceso verbal de recepción, y a los desordenes revelados en el año de la recepción, pero únicamente si han sido señalados por el dueño de la obra por vía de notificación escrita.

La jurisprudencia francesa considera que todo desorden se presume oculto hasta la prueba en contrario.

El dueño de la obra, en su calidad de demandante, debería en principio probar que el vicio era oculto en el momento de la recepción de los trabajos y que se ha revelado con posterioridad a la misma. Pero semejante exigencia plantearía tales dificultades en la mayor parte de los casos que el dueño de la obra no obtendría ninguna reparación, a menos que hubiese tomado la precaución de fotografiar cada centímetro cuadrado de la obra en el momento de la recepción. Por esto los jueces dispensan al dueño de la obra

⁵⁸ BOUBLI, *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, cit., p. 249.

⁵⁹ LIET-VEAUX, *Le droit de la construction*, cit., pp. 353 y 362.

⁶⁰ BENABENT, *Droit civil. Les contrats spéciaux*, París, 1993, pp.315-316.

⁶¹ MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière*, cit., p. 111.

de probar la clandestinidad del vicio. Todo vicio se presume oculto hasta la prueba en contrario.

Prácticamente, corresponde al constructor liberarse de responsabilidad probando que el vicio era aparente y no ha sido objeto de ninguna reserva en el momento de la recepción. Pero, el juez no le facilita la tarea. En efecto, como observan Malinvaud y Jestaz⁶², la jurisprudencia define el vicio aparente como aquél que puede ser descubierto por el dueño de la obra teniendo en cuenta su competencia; así, el carácter aparente u oculto del vicio debe apreciarse *in concreto*, por referencia a la competencia del dueño de la obra. Los jueces de fondo, aprobados por el Tribunal de Casación, se muestran severos en la admisión de la prueba en contrario. Así, para poder sostener con razón que en virtud de su carácter aparente un vicio de construcción ha sido purgado por la recepción de los trabajos, el constructor debe aportar la triple prueba de que el vicio era aparente a los ojos del dueño de la obra en su manifestación, en sus causas y en sus consecuencias dañosas. O bien, es preciso demostrar que el vicio, incluso no aparente, era de hecho conocido por el dueño de la obra.

Estas soluciones, muy protectoras para el dueño de la obra, van en el sentido de la evolución general. En la práctica, deberían incitar a los constructores a hacer mencionar en el proceso verbal que el dueño de la obra ha constatado tal desorden menor, pero renuncia a demandar la refacción de la obra.

La cuestión se presenta en unos términos ligeramente diferentes bajo el imperio de la Ley, de 4 de enero de 1978.

Huet⁶³ considera que la recepción purga los vicios aparentes. Se estima que el dueño de la obra los acepta.

Sin embargo, la idea es irreal, pues se comprende mal que se extraiga de la ausencia de reserva por el dueño de la obra la conclusión de que haya consentido recibir un trabajo imperfecto: la verdad es que no ha apercibido en el momento de la recepción lo que habría debido ver, y que era aparente. Antes que una aceptación, es una negligencia lo que se sanciona. Y como se considera bastante severo hacerlo, se corrige la regla con multiples derogaciones o atenuaciones.

A título de derogaciones, figura la solución admitida en la venta de inmueble a construir y en el contrato de construcción de casa individual, para las que el legislador ha previsto que una garantía especial contra los vicios aparentes es debida por el constructor

⁶² MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière*, cit., p. 82.

⁶³ HUET, «Les principaux contrats spéciaux», cit., pp. 1348-1349.

(arts. 1642 y L. 231-1 c). En cuanto a las atenuaciones, los Tribunales consideran fácilmente a los vicios de construcción como oculitos, a fin de evitar que el dueño de la obra se encuentre imposibilitado para obtener la reparación.

Además, es preciso destacar que hacer reservas determina una consecuencia particular: éstas mantienen al vicio denunciado en el único marco de la garantía de perfecta terminación, y prohíben demandar ulteriormente reparación basándose en la garantía decenal. Los defectos denunciados en el momento de la recepción tienen un estatuto propio, que parece resultar de su carácter aparente.

Según Huet⁶⁴, para ser cubierto por la garantía decenal, es preciso que se trate de un defecto oculto en el momento de la recepción de los trabajos (Civ. 3.^a, 28 de abril de 1987, 1 de febrero de 1989 y 10 de enero de 1990).

A nuestro juicio, parece plenamente aceptable la solución acogida por la doctrina y la jurisprudencia francesas, que puede, sin mayores problemas, aplicarse en el Derecho español, afirmando, por tanto, el efecto liberatorio de la recepción de la obra ejecutada por los vicios o defectos aparentes que no sean objeto de reservas.

Los vicios aparentes han debido ser objeto de reservas en la recepción, y si no lo han sido, la obra se considera aceptada con ellos, con el consiguiente efecto liberatorio.

Esta solución es la que mejor armoniza con los principios que informan a nuestro Derecho de obligaciones. Existe una carga del acreedor (el promotor, según el art. 6 de la Ley de Ordenación de la Edificación) de examinar la obra que se le entrega y denunciar, antes de que tenga lugar la recepción definitiva, los vicios aparentes que aquélla presente⁶⁵. Hay que tener en cuenta que nuestro ordenamiento jurídico señala la relevancia que, en numerosos casos, tiene la apariencia del vicio para excluir la responsabilidad del deudor (arts. 1484, 1485, 1487, 1488 y 1553 del Código Civil; arts. 342 y 345 del Código de Comercio). Además, en el ámbito de las obras públicas es significativo que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de 18 de mayo de 1995, y el Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por Decreto, de 25 de noviembre de 1975, se refieran a la responsabilidad por vicios ocultos de la construcción (arts. 149 de la Ley y 175 del Reglamento).

⁶⁴ HUET, «Les principaux contrats spéciaux», cit., p. 1356.

⁶⁵ CABANILLAS, *Las cargas del acreedor en el Derecho civil y en el mercantil*, cit., p. 241; CABANILLAS, «Contrato de obra (D.^o Civil)», cit., p. 1600; CADARSO, «Riesgo y responsabilidad en el contrato de obra», cit., p. 90; DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, Madrid, 1996, p. 113.

El problema que, en rigor, se ha de solucionar consiste en precisar el significado del vicio aparente, ya que, a diferencia de lo que sucede en el marco de la compraventa (art. 1484 del Código Civil), no existe en la normativa de la Ley de Ordenación de la Edificación ni en la del Código Civil sobre el contrato de obra ninguna precisión sobre el mismo. En relación con la posible aplicación analógica del artículo 1484 del Código Civil para resolver el problema, parece oportuno tener en cuenta una importante matización señalada por la doctrina francesa y el Consejo de Estado francés⁶⁶ y, entre nosotros, por Cadarso⁶⁷ y Francisco Javier Sánchez Calero⁶⁸. No es lo mismo la apariencia del vicio que la apariencia de sus consecuencias. Puede el comitente conocer perfectamente la existencia del vicio en el momento de la recepción, pero escapársele la importancia exacta del mismo. Henri Mazeaud⁶⁹ apunta que a los vicios ocultos propiamente dichos, es decir, desconocidos por el dueño en el momento de la recepción, hay que asimilar los defectos que el dueño ha descubierto en el momento de la aceptación, pero sin poder conocer las consecuencias dañosas que en el futuro podían producir. Las razones para mantener la responsabilidad del empresario son, en efecto, las mismas en ambas situaciones. Tanto en una como en otra se puede hablar de vicio oculto *latu sensu*.

De conformidad con esta tesis, el carácter oculto habría que referirlo, en todo caso, no sólo al vicio, sino también a sus consecuencias. De forma que la responsabilidad por vicios o defectos de construcción, tendrá aplicación aun en el caso de vicio aparente, siempre que sus consecuencias permanezcan inciertas. Hay, sin embargo, que hacer una importante matización para acoger esta tesis: el comitente ha de haber actuado con diligencia, y aún así, las consecuencias de los vicios permanecen inciertas. Con otras palabras, de los vicios advertidos no cabía esperar consecuencias dañosas más graves de las razonablemente previsibles al recibir la obra. Ello es congruente con la carga que pesa sobre el acreedor de llevar a cabo un diligente examen de la prestación ejecutada por el deudor.

⁶⁶ Vid. CANTELAUBE, *La responsabilité décennale des entrepreneurs en droit public français*, París, 1967, pp. 56 y ss.; Henri MAZEAUD, «La responsabilité contractuelle des entrepreneurs et la réception des travaux», en *Mélanges offerts à René Savatier*, París, 1965, p. 648.

⁶⁷ CADARSO, *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, cit., p. 159.

⁶⁸ Francisco Javier SÁNCHEZ CALERO, *El contrato de obra. Su cumplimiento*, Madrid, 1978, p. 78.

⁶⁹ Henri MAZEAUD, «La responsabilité contractuelle des entrepreneurs et la réception des travaux», cit., p. 648.

En todo caso, hay que tener presente si el comitente es o no un perito o técnico en el arte de la construcción (cfr. art. 1484 del Código Civil). Piénsese en el promotor que, en numerosas ocasiones, actúa como comitente en relación con la obra que encarga construir. Según Rubino⁷⁰, la rescognoscibilidad del vicio ha de valorarse teniendo en cuenta esta circunstancia. Si el comitente es un técnico o perito, vicios aparentes son todos aquellos que pueden y deben ser reconocidos por un técnico que actúa con diligencia media.

V. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA. LA NATURALEZA CONTRACTUAL DE LA RESPONSABILIDAD

1. PERSONAS FRENTE A LAS QUE SE RESPONDE

El artículo 1591 del Código Civil omitía mencionar al sujeto o sujetos legitimados activamente para ejercitar la acción de responsabilidad decenal.

Más explícito es el Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del Código Civil sobre los contratos de servicios y de obra, de 12 de abril de 1994, ya que el artículo 1600 considera legitimados activamente al comitente y sucesivos adquirentes de la obra inmobiliaria.

En el Derecho francés, en cuanto a las personas que pueden accionar en virtud de las responsabilidades decenal y bienal, el artículo 1792 del Código Civil menciona expresamente al propietario y al adquirente de la obra, por lo que están legitimados activamente tanto el comitente o propietario de la obra propiamente dicho, como todo adquirente posterior de la misma. El artículo 1646-1 confirma esta legitimación, al extender a los propietarios sucesivos del inmueble los beneficios de las garantías de que está investido el comprador de un inmueble futuro o por construir.

Como señalan Malinvaud y Jestaz⁷¹, la Ley, de 4 de enero de 1978, consagra la jurisprudencia según la cual la garantía debida por los arquitectos y contratistas es una protección legal unida a la propiedad que acompaña en tanto que acceso a la cosa vendida y se identifica con ella.

⁷⁰ RUBINO, «L'appalto», cuarta edición con notas de MOSCATI, en *Trattato di diritto civile italiano*, dirigido por Vasalli, Torino, 1980, pp. 486-487.

⁷¹ MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière*, cit., pp. 116-117.

Dicho esto, hubiera sido mejor decir hacia el dueño de la obra y sus causahabientes universales o particulares.

Hay que recordar que la jurisprudencia decide que, si la acción de garantía decenal se transmite en principio con la propiedad del inmueble a los adquirentes, el dueño de la obra no pierde la facultad de ejercitárla cuando la misma presenta para él un interés directo y cierto; esto ocurre especialmente cuando el propio dueño de la obra es reemplazado por el adquirente. Esta jurisprudencia debería mantenerse bajo el régimen de la Ley, de 4 de enero de 1978, pues la fórmula del nuevo artículo 1792 no se opone a ello, sino más bien todo lo contrario.

Los terceros son *a priori* todas las personas extrañas al contrato de arrendamiento de obra, pero debe excluirse al causahabiente del dueño de la obra. La solución no sólo vale para el causahabiente universal, lo que es incuestionable, sino también para los causahabientes a título particular: adquirente, atributario en propiedad (en el caso en que el dueño de la obra es una sociedad de atribución), donatario, permutante y más generalmente toda persona a quien la propiedad del inmueble se transmite. La jurisprudencia estima en efecto que la garantía de los artículos 1792 y 2270 antiguos del Código Civil acompaña la cosa en tanto que accesorio del derecho de propiedad y así el causahabiente puede poner en juego la responsabilidad contractual de los arquitectos y contratistas. Esta solución jurisprudencial es consagrada por el nuevo artículo 1792 que contempla al dueño o adquirente de la obra.

Hasta 1979, la jurisprudencia consideraba que, por el hecho de la transmisión, el dueño de la obra vendedor perdía todo derecho de garantía, incluso por los vicios revelados con anterioridad a la venta. Teniendo en cuenta las críticas dirigidas a esta solución, el Tribunal de Casación ha aportado la reserva de que el dueño de la obra conserva la facultad de ejercer la acción cuando presenta para él un interés directo y cierto.

En virtud de estas observaciones, el principio de la transmisión de la garantía merece ser aprobado en la medida en que conduce a menudo a soluciones útiles en el plano práctico⁷².

En el mismo sentido Boublí⁷³ y Huet⁷⁴. Boublí⁷⁵ subraya que con la consagración de la transmisión de la acción en garantía, el

⁷² MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière*, cit., pp. 152-153.

⁷³ BOUBLÍ, *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, cit., pp. 190 y ss.

⁷⁴ HUET, «Les principaux contrats spéciaux», cit., pp. 1363-1364.

⁷⁵ BOUBLÍ, *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, cit., p. 196.

Tribunal de Casación descarta la vía delictual. Haciendo aplicación de la regla de la no acumulación, decide que el causahabiente sólo puede ostentar el derecho de su causante; sólo puede ejercitarse la acción en garantía.

Un criterio semejante aparece en la Ley de Ordenación de la Edificación al establecer el artículo 17.1 que «las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación responderán frente a los propietarios y los terceros adquirentes de los edificios o parte de los mismos, en caso de que sean objeto de división».

Parece claro que legitimado activamente está el comitente, que no ha de ser necesariamente el dueño de la obra, a pesar de que la Ley de Ordenación de la Edificación se refiere a los propietarios de los edificios. El comitente es la persona que encarga al constructor la ejecución de la obra.

También está legitimada la cooperativa de viviendas que actúa como *dominus operis* frente al contratista, el arquitecto y demás técnicos que intervienen en la construcción del edificio.

En la actualidad, la misión de comitente la realizan, en una gran medida, los promotores, que encargan al arquitecto y los técnicos y al constructor la realización de la obra inmobiliaria, suscribiendo con ellos los correspondientes contratos.

El promotor-vendedor está legitimado para reclamar de quienes son responsables de las deficiencias de los pisos y locales vendidos, aunque en el momento de entablar la demanda en cuestión no fuera ya propietario de vivienda alguna. La razón de la legitimación del promotor, a pesar de la enajenación, radica en que el promotor sigue teniendo interés en el cumplimiento correcto, ya que puede ser demandado por los adquirentes (SSTS de 16 de septiembre de 1988, 17 de julio de 1990 y 27 de abril de 1995).

La posible legitimación activa del promotor se manifiesta en el artículo 6 de la Ley de Ordenación de la Edificación al establecer el régimen de la recepción de la obra, declarando que «es el acto por el cual el constructor, una vez concluida ésta, hace entrega de la misma al promotor y es aceptada por éste». El promotor podrá rechazar la recepción de la obra por considerar que la misma no está terminada o que no se adecua a las condiciones contractuales.

En representación de la Comunidad de Propietarios está legitimado el Presidente y el Vicepresidente que actúa en funciones de Presidente, aunque resulten afectados elementos privativos. Además, cualquiera de los copropietarios puede ejercitarse las acciones encaminadas a obtener el resarcimiento derivado de defectos constructivos, tanto en las partes comunes como en aquellas privativas de los condóminos.

También están legitimados los adquirentes y subadquirentes de viviendas u otras obras inmobiliarias. Se trata de los terceros adquirentes de los edificios o partes de los mismos, en caso de que sean objeto de división, de que habla el artículo 17.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación. El que adquiere una vivienda podrá dirigirse contra el constructor y los técnicos, además de contra el que se la vendió, al ser el principal interesado (causahabiente a título particular) (SSTS de 5 de mayo de 1961, 25 de octubre de 1975, 1 de abril de 1977, 12 de mayo de 1979, 3 de octubre de 1979, 20 de febrero de 1981, 21 de diciembre de 1981, 30 de abril de 1982, 14 de abril de 1983, 26 de noviembre de 1984, 25 de febrero de 1985, 22 de marzo de 1986, 22 de abril de 1988, 17 de mayo de 1988, 17 de julio de 1990, 3 de octubre de 1995 y 6 de febrero de 1997, entre otras muchas).

No están legitimados los terceros perjudicados que no ostenten la condición de sucesivos adquirentes, para los cuales la tutela apropiada será la aquiliana de los artículos 1902 y 1909 del Código Civil⁷⁶. El artículo 17.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación se mueve claramente en el ámbito contractual, lo cual es confirmado por su referencia a la recepción de la obra, que presupone la existencia de un vínculo contractual, en línea con lo que se infería del artículo 1591 del Código Civil, debido a que resolvía un problema de cumplimiento de contrato que es ajeno a los posibles terceros perjudicados. El precepto se movía en el ámbito contractual,

⁷⁶ Con exhaustiva información jurisprudencial, ALBÁCAR, *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, V, cit., pp. 1568-1569; CABANILLAS, «La evolución de las responsabilidades en la construcción», cit., pp. 360-361; CABANILLAS, «La legitimación del adquirente del edificio para ejercitarse la acción de responsabilidad decenal (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 1977)», ADC, 1978, pp. 667 y ss.; CABANILLAS, «Ejecución defectuosa de la obra inmobiliaria. Responsabilidad del promotor. Legitimación de los subadquirentes de pisos en régimen de propiedad horizontal. Legitimación del Presidente de la Comunidad de Propietarios (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1979)», ADC, 1980, pp. 194 y ss.; CABANILLAS, «Contrato de obra (D.^º Civil)», cit., p. 1602; CABANILLAS, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1990», CCJC, 1990, núm. 24, pp. 931 y ss.; CARRASCO, CORDEIRO LOBATO Y GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, cit., pp. 248-249; DEL ARCO Y PONS, *Derecho de la construcción*, cit., p. 461; FENOY, *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa (Evolución del ordenamiento español)*, Madrid, 1996, pp. 221 y ss.; GÓMEZ DE LA ESCALERA, *La responsabilidad civil de los promotores, constructores y técnicos por los defectos de construcción*, cit., pp. 193 y ss. y 295 y ss.; LUCAS FERNÁNDEZ, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XX-2, cit., pp. 307 y ss.; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «La responsabilidad decenal del artículo 1591 CC: breve repaso a la jurisprudencia de los años noventa», cit., pp. 1913 y ss.; MARTÍNEZ MAS, *La responsabilidad decenal por los defectos de construcción según la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, cit., pp. 171 y ss.; O'CALLAGHAN, «Contrato de obra. Responsabilidad por ruina», cit., p. 1694; RAYÓN BALLESTEROS, *Régimen jurídico procesal de la responsabilidad decenal por defectos en la construcción de las obras*, cit., pp. 43 y ss.; SALVADOR CODERCH, *Comentario del Código Civil*, II, cit., pp. 1193 y ss.

situado, como estaba, en la normativa del Código Civil sobre el contrato de obra, a diferencia del artículo 1909, que regula la responsabilidad extracontractual de los arquitectos y constructores por defectos de construcción. La STS de 4 de marzo de 1998, afirma que tal como ha dicho la sentencia de esta Sala, de 30 de enero de 1997, el artículo 1591 impone un plazo de garantía de la corrección de la obra, con el cual se prevé una responsabilidad de naturaleza contractual, en caso de ruina del edificio⁷⁷. El artículo 17.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación establece una responsabilidad de naturaleza contractual, al presuponer una relación contractual entre el propietario del edificio y las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación, salvo que se trate de personas que el contratista ocupare en la obra (art. 1596 del Código Civil). El carácter legal de esta responsabilidad no se opone a su naturaleza contractual de acuerdo con el artículo 1258 del Código Civil, que establece que los contratos obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley. El hecho de que esta responsabilidad obedezca a razones de orden público e interés social (la seguridad de los edificios) tampoco constituye un argumento convincente en contra de su indudable naturaleza contractual, pues en la normativa que regula los contratos en particular aparecen, con frecuencia, normas imperativas y de orden público. Lo que, en rigor, determina el carácter de orden público de esta responsabilidad es que no caben las cláusulas de exclusión o limitación de la misma. La referencia expresa a la legitimación activa de los terceros adquirentes de los edificios o parte de los mismos, en caso de que sean objeto de división, confirma, sin ningún género de dudas, la naturaleza contractual de esta responsabilidad, puesto que no tendría sentido dicha referencia si estuviese legitimado activamente cualquier tercero perjudicado. Tampoco podemos olvidar que en el artículo 17.1 no figura una norma análoga a la que aparecía en el párrafo 2.^º del artículo 1591 del Código Civil, que al establecer una inequívoca responsabilidad contractual, constituía el principal argumento para sostener que el párrafo 1.^º de este precepto disciplinaba una responsabilidad de naturaleza diferente.

La expresión «sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales», que figura en el artículo 17.1, no constituye en modo alguno un

⁷⁷ CABANILLAS, «La evolución de las responsabilidades en la construcción», *cit.*, pp. 361-362; CABANILLAS, «Contrato de obra (D.^º Civil)», *cit.*, p. 1601; CABANILLAS, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1996», *CCJC*, 1997, núm. 43, pp. 159-160.

argumento en contra de la naturaleza contractual de la responsabilidad que contempla este precepto, sino que nuestro legislador quiere indicar que se aplica el régimen general de la responsabilidad contractual cuando los vicios o defectos occasionen daños no contemplados en las garantías anual de perfecta terminación, trienal o decenal (daños intermedios) y también que durante los plazos de garantía previstos en el artículo 17.1 pueden ejercitarse las acciones típicas del régimen de la responsabilidad contractual, como, por ejemplo, la acción resolutoria del artículo 1124 del Código Civil.

Nuestra jurisprudencia ha afirmado reiteradamente la naturaleza contractual de la responsabilidad decenal que regulaba el artículo 1591 del Código Civil al señalar que la acción para hacerla efectiva prescribe a los quince años de acuerdo con el artículo 1964 del Código Civil: SSTS de 17 de septiembre de 1996, 21 de marzo de 1996, 3 de mayo de 1996, 15 de mayo de 1995, 7 de febrero de 1995 y 6 de abril de 1994, entre otras muchas.

2. PERSONAS RESPONSABLES

El artículo 1591 del Código Civil mencionaba al contratista del edificio y al arquitecto que dirigiere la construcción, aunque la jurisprudencia y la doctrina han ampliado extraordinariamente la legitimación pasiva cuando se ejerce la acción de responsabilidad decenal, considerándose legitimados pasivamente los diversos técnicos que intervienen en la construcción (el arquitecto, que puede responder como arquitecto-director o como arquitecto-proyectista, el arquitecto técnico o aparejador y el ingeniero), el contratista, el promotor, que se equipara al contratista, y el prefabricante. La responsabilidad del subcontratista y, en general, de los técnicos que haya contratado el contratista no es directa frente al comitente, a tenor del artículo 1596 del Código Civil, aunque nuestra jurisprudencia se apoya en el artículo 1902 de este cuerpo legal para afirmarlo. También hay que afirmar la responsabilidad de los herederos, al no ser la obligación resarcitoria una obligación personalísima y no extinguirse por la muerte del deudor (arts. 659 y 661 del Código Civil)⁷⁸.

⁷⁸ Con amplia información jurisprudencial, ALBÁCAR, *Código civil. Doctrina y jurisprudencia*, V, cit., pp. 1569 y ss.; CABANILLAS, «La evolución de las responsabilidades en la construcción», cit., pp. 362-363; CABANILLAS, «Contrato de obra (D.^º civil)», cit., p. 1602; CABANILLAS, «La configuración jurisprudencial del promotor como garante», ADC, 1990, pp. 227 y ss.; CABANILLAS, «Ejecución defectuosa de la obra inmobiliaria.», cit., pp. 194 y ss.; CABANILLAS, «La responsabilidad del promotor que vende pisos y locales defectuosamente construidos (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1981)», ADC, 1982, pp. 878 y ss.; CABANILLAS, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1996», cit., pp. 163-165; CARRASCO, CORDERO LOBA-

La Ley de Ordenación de la Edificación, de acuerdo con sus antecedentes, el Anteproyecto de Ley de Garantías de la Edificación, de 1985, el Anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 22 de febrero de 1994, el Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 28 de diciembre de 1995, el Anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación de 21 de septiembre de 1998 y el Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 15 de marzo de 1999, amplía extraordinariamente el ámbito de las personas responsables, refiriéndose el artículo 17.1 a las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación, es decir, todos los agentes que participan en el mismo.

Esta amplia legitimación pasiva está en consonancia también con el Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del Código Civil sobre los contratos de servicios y de obra, de 12 de abril de 1994, ya que el artículo 1600 del Código Civil se refiere al contratista, al que en el ejercicio de una actividad profesional hubiera promovido la obra inmobiliaria, es decir, el promotor, y a los técnicos que hubieran intervenido en la proyección o en la dirección de la obra.

En el Derecho francés, respecto a los sujetos a los que puede exigirse la responsabilidad, el artículo 1792 del Código Civil hace responsable al constructor, reputando, en el artículo 1792-1, como tal a las siguientes personas:

1.º «A todo arquitecto, contratista, técnico u otra persona vinculada al propietario de la obra por un contrato de arrendamiento de obra». En este apartado, la Ley responsabiliza a todos aquellos profesionales que, vinculados al propietario de la obra, han desarrollado una actividad de concepción, dirección o ejecución de la

TO Y GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, cit., pp. 249-250; DEL ARCO Y PONS, *Derecho de la construcción*, cit., pp. 400 y ss.; ESCUDERO ESPINOSA, «Criterios jurisprudenciales para la determinación de las competencias y obligaciones de los profesionales de la edificación», *RDP*, 1994, pp. 425 y ss.; FENOY, *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa*, cit., pp. 220-221; GARCÍA CONESA, *Derecho de la construcción*, cit., pp. 400 y ss.; GÓMEZ DE LA ESCALERA, *La responsabilidad civil de los promotores, constructores y técnicos por los defectos de construcción*, cit., pp. 208 y ss. y 287 y ss.; MARTÍNEZ AGUIRRE, «La responsabilidad decenal del artículo 1591 CC: breve repaso a la jurisprudencia de los años noventa», cit., pp. 1905 y ss.; MARTÍNEZ MAS, *La responsabilidad decenal por los defectos de construcción según la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, cit., pp. 71 y ss.; MORALES, «El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la ocsa», cit., pp. 657 y ss.; LUCAS FERNÁNDEZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XX-2, cit., pp. 320 y ss.; O'CALLAGHAN, «Contrato de obra. Responsabilidad por casa», cit., p. 1693; RAYÓN BALLESTEROS, *Régimen jurídico procesal de la responsabilidad decenal por defectos de construcción de las obras*, cit., pp. 73 y ss.; RUBIO SAN ROMÁN, *La responsabilidad civil en la construcción*, cit., p. 198; SALVADOR CODERCH, *Comentario del Código Civil*, II, cit., pp. 1194-1195.

obra. Hay que subrayar que los subcontratistas están excluidos de esta responsabilidad.

2.^º «A toda persona que vende, después de terminada, una obra, que ella ha construido o hecho construir». En virtud de este apartado (que se completa con lo dispuesto en el artículo 1646-1 respecto al vendedor de inmuebles futuros o por construir), se somete a la responsabilidad a todo constructor-vendedor de pisos o inmuebles terminados o «llave en mano».

3.^º «A toda persona que, actuando en calidad de mandatario del propietario de la obra, realiza una misión asimilable al arrendador de obra». El apartado se refiere especialmente a la figura del promotor inmobiliario, contemplado por el artículo 1831-1 del Código Civil francés, conforme al cual, el contrato de promoción inmobiliaria es un mandato de interés común por el cual una persona llamada promotor inmobiliario se obliga frente al propietario de la obra a hacer proceder, por un precio convenido, mediante contratos de arrendamiento de obra, la realización de un programa de construcción de uno o de varios edificios así como a proceder ella misma o a hacer proceder, a cambio de una remuneración convenida, todo o parte de las operaciones jurídicas, administrativas y financieras concurrentes al mismo objeto. El promotor es garante de la ejecución de las obligaciones puestas a cargo de las personas con las que ha contratado en nombre del propietario de la obra. Y es especialmente responsable de las obligaciones resultantes de los artículos 1792, 1792-1, 1792-2 y 1792-3 del presente Código. Si el promotor se obliga a ejecutar el mismo parte de las operaciones del programa, es responsable, en cuanto a estas operaciones, de las obligaciones de un arrendador de obra.

Junto a estas personas responden también:

4.^º El controlador técnico. Si bien este técnico, conforme al artículo 9 de la Ley, de 4 de enero de 1978, sólo está sometido a la responsabilidad decenal prevista en los artículos 1792, 1792-1, 1792.2 y 2270 del Código Civil, y por tanto no responde de la garantía bienal o de buen funcionamiento del artículo 1792-3.

5.^º El fabricante de la obra, de una parte de la obra o de un elemento de equipamiento concebido y producido para satisfacer, en estado de servicio, exigencias concretas y determinadas de la obra, ya que el artículo 1792-4 del Código Civil le declara responsable solidario de las obligaciones establecidas por los artículos 1792, 1792-2 y 1792-3 a cargo del arrendador de la obra que ha puesto en marcha, sin modificación y conforme a las reglas dictadas por el fabricante, la obra, la parte de la obra o el elemento de equipamiento considerado. El artículo equipara a estos efectos al fabricante, al

importador de una obra, una parte de obra o elemento de equipamiento fabricado en el extranjero, y al que presenta la obra como suya haciendo figurar sobre ella su nombre, su marca de fábrica u otro cualquiera signo distintivo⁷⁹.

El problema interpretativo que suscita la referencia tan ambigua que aparece en el artículo 17.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación, es perfectamente solucionado, ya que en otros preceptos se establece quienes son los agentes que intervienen en el proceso de la edificación, precisándose, además, tanto el concepto de cada uno como sus respectivas obligaciones.

Son agentes de la edificación todas las personas, físicas o jurídicas, que intervienen en el proceso de edificación (art. 8).

En este sentido, son considerados agentes de la edificación el promotor, definido como cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación, para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título (art. 9), el proyectista, que es el agente que, por encargo del promotor y con sujeción a la normativa técnica y urbanística correspondiente, redacta el proyecto (art. 10), el constructor, que es el agente que asume, contractualmente ante el promotor, el compromiso de ejecutar con medios humanos y materiales, propios o ajenos, las obras o parte de las mismas con sujeción al proyecto y al contrato (art. 11), el director de obra, que es el agente que, formando parte de la dirección facultativa, dirige el desarrollo de la obra en los aspectos técnicos, estéticos, urbanísticos y medioambientales, de conformidad con el proyecto que la define, la licencia de edificación y demás autorizaciones preceptivas y las condiciones del contrato, con el objeto de asegurar su adecuación al fin propuesto (art. 12), el director de la ejecución de la obra, que es el agente que formando parte de la dirección facultativa, asume la función técnica de dirigir la ejecución material de la obra y de controlar cualitativa y cuantitativamente la construcción y la calidad de lo edificado (art. 13), las entidades y los laboratorios de control de calidad de la edificación, siendo entidades de control de calidad de la edificación aquellas capacitadas para prestar asistencia técnica en la verificación de la calidad del proyecto, de los materiales y de la ejecución de la obra y sus instalaciones de acuerdo con el proyecto de edificación y la

⁷⁹ BOUBLI, *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, cit., pp. 177 y ss.; MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière*, cit., pp. 131 y ss.; SAINT-ALLARY y SAINT-ALLARY HOUIN, *Droit de la construction*, cit., p. 162.

normativa aplicable y los laboratorios de ensayos para el control de calidad de la edificación los capacitados para prestar asistencia técnica, mediante la realización de ensayos o pruebas de servicio de los materiales, sistemas o instalaciones de una obra de edificación (art. 14) y los suministradores de productos, que son los fabricantes, almacenistas, importadores o vendedores de productos de construcción (art. 15).

En relación con la legitimación pasiva del promotor, el artículo 17.4 de la Ley de Ordenación de la Edificación establece que «la responsabilidad del promotor que se establece en esta Ley se extenderá a las personas físicas o jurídicas que, a tenor del contrato o de su intervención decisoria en la promoción, actúen como tales promotores bajo la forma de promotor o gestor de cooperativas o de comunidades de propietarios u otras figuras análogas».

Esta norma se explica por la gran importancia que en el ámbito de la actividad inmobiliaria está adquiriendo el promotor de comunidades, contemplado incidentalmente por la STS de 25 de febrero de 1985, al aludir a la persona física o jurídica, privada o pública, que facilita la edificación de todo tipo de viviendas para sus asociados.

El promotor de comunidades no se propone la venta de pisos y locales construidos o en construcción, sino que se limita a organizar la construcción del inmueble por cuenta de los comuneros⁸⁰.

Como señala Del Arco y Pons⁸¹, el promotor de comunidades es la persona, preferentemente profesional de la gestión inmobiliaria, que facilita a los asociados la edificación de todo tipo de viviendas mediante la constitución al efecto de una comunidad constructora, es decir, de la integrada por más o menos miembros, con la finalidad de adquirir terrenos para su distribución horizontal en pisos y locales.

El promotor de comunidades asume la edificación por cuenta de los comuneros-asociados.

El promotor de comunidades actúa como un mandatario, que se compromete a organizar la construcción del inmueble por encargo de la comunidad. El artículo 1831-1 del Código Civil francés configura el denominado contrato de promoción inmobiliaria como mandato de interés común. La noción de mandato de interés común no cambia la naturaleza jurídica del mandato y afecta solamente a las normas aplicables en caso de revocación⁸².

⁸⁰ Sobre el significado del promotor de comunidades, DEL ARCO Y PONS, *Derecho de la construcción*, cit., p. 107; GARCÍA CONESA, *Derecho de la construcción*, cit., pp. 68 y ss.

⁸¹ DEL ARCO Y PONS, *Derecho de la construcción*, cit., p. 107.

⁸² MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière*, cit., pp.388 y ss.

La jurisprudencia atribuye la responsabilidad decenal a las sociedades de gestión inmobiliaria que actúan como promotoras.

Las sociedades de gestión inmobiliaria, cuando de hecho son auténticas promotoras según el sentido jurisprudencial, no pueden quedar excluidas de la responsabilidad decenal por el hecho de interponer, mediante un contrato de adhesión, la figura de una comunidad de propietarios, si ello además reviste la finalidad fraudulenta de evitar que se les aplique el artículo 1591 del Código Civil.

Antes de la firma del contrato por cada cliente captado por la sociedad demandada —autodenominada de gestión inmobiliaria— está determinado el solar, proyecto, arquitectos, etcétera, de manera que se pueden calcular ingresos, gastos y beneficios para la propia sociedad, que obliga a firmar el contrato de adhesión tipo que tiene confeccionado a quienes quieran formar parte de la comunidad; y, aunque después figure en los contratos como representante o mandataria de la misma, es lo cierto que todo lo tenía planeado y ha impuesto su voluntad en todo lo relativo a la edificación y personas físicas o jurídicas en ella intervenientes, lo que la configura como promotora, sin que la interposición de una comunidad civil por ella gestada, con carácter obligatorio para quienes llamados por la propaganda quieren adquirir vivienda sobre plano y en régimen de propiedad horizontal, pueda desligarla de tal círculo de intervenientes en el proceso constructivo sujetos a la responsabilidad regulada en el artículo 1591 del Código Civil, dada la jurisprudencia integradora de promotor-constructor en el citado precepto, a lo que tampoco empece la imposición de un poder omnímodo e irrevocable, pues, en realidad, la obra se realiza en su beneficio, la construcción se encamina al tráfico de venta a los terceros captados, a los que se les impone la constitución de la comunidad civil y el otorgamiento del poder, habiendo confiado en su prestigio comercial, potenciado por la propaganda, eligiendo a los técnicos dicha demandada, aunque más tarde aparezca actuando como representante, pues adoptar otro criterio significaría desamparar a los adquirentes de los pisos frente a la mayor o menor solvencia de los demás intervenientes en la construcción (Cfr. SSTS de 28 de enero y 11 de junio de 1994) (STS de 3 de octubre de 1996).

El artículo 1831-1 del Código Civil francés concibe este tipo de promotor como garante de la buena ejecución de las obligaciones que asumen las personas con las que ha contratado en nombre del dueño de la obra. Es garante en las condiciones de los artículos 1792 y 2270.

En su condición de garante, el promotor está vinculado por una obligación de resultado frente a la comunidad que le ha encargado la construcción del inmueble. Por ello, el promotor sólo puede librarse estableciendo la irresponsabilidad de los constructores por fuerza mayor o el transcurso del plazo de garantía⁸³.

La intención del legislador ha sido considerar al promotor como garante principal y no subsidiario.

La equiparación jurisprudencial entre promotores y contratistas, a efectos de la responsabilidad por ruina, no tiene lugar cuando se trata de cooperativas de viviendas⁸⁴.

La actividad constructora de las cooperativas se destina a satisfacer las necesidades de morada de los cooperativistas; no tienen el ánimo de lucro de vender pisos y locales a terceros; su propósito es reducir el coste inmobiliario a sus asociados. Por ello difícilmente pueden ostentar el carácter de promotor a efectos del artículo 1591 del Código Civil frente a los socios cooperativistas.

Reiterada jurisprudencia se ha planteado la legitimación de la cooperativa de viviendas en los litigios donde se ejercitan acciones de responsabilidad por vicios de construcción.

Se le reconoce legitimación activa frente al contratista, arquitecto y aparejador por su condición de *dominus operis*; pero se le deniega legitimación pasiva y, por tanto, su condición de promotor, a los efectos de hacerle responder conjuntamente con el que ejecuta la obra, de los defectos de su construcción.

En dicho sentido, las SSTS de 20 de febrero de 1989 y 6 de marzo de 1990, niegan respectivamente el carácter de promotor, a efectos del artículo 1591 del Código Civil, frente a los socios cooperativistas, a una cooperativa de viviendas, por entender que no se ha acreditado la intención de dedicar las viviendas y locales construidos al tráfico comercial para obtener un beneficio económico, siendo la adjudicación de las viviendas a los socios cooperativistas y la aportación de las cantidades resultantes de la distribución y derrama del coste de la construcción, operaciones a todas luces diferentes de la venta a persona ajena a la constructora, que lo ha sido la misma cooperativa.

También las SSTS de 24 de septiembre de 1991, 1 de octubre de 1991 y 8 de mayo de 1995.

⁸³ MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière*, cit., p. 398; CABANILLAS, «La configuración jurisprudencial del promotor como garante», cit., p. 236; CABANILLAS, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, cit., pp. 93-94.

⁸⁴ ALBÁCAR, *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, V, cit., p. 1572; CABANILLAS, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1990», CCJC, 1990, núm. 24, pp. 936-937; GÓMEZ DE LA ESCALERA, *La responsabilidad civil de los promotores, constructores y técnicos por los defectos de construcción*, cit., pp. 248-249.

3. LA RESPONSABILIDAD PRIVATIVA DE LOS AGENTES QUE INTERVIENEN EN EL PROCESO DE LA EDIFICACIÓN

Con anterioridad a la Ley de Ordenación de la Edificación, el artículo 1591 del Código Civil establecía un sistema de responsabilidad privativa, al disponer que el contratista de un edificio responde de la ruina por vicios de construcción, mientras que el arquitecto, responde si debe la ruina a vicio del suelo o de la dirección.

Este sistema de responsabilidad privativa que el artículo 1591 implantaba suponía la constatación legal de la diferenciación entre los distintos profesionales que en la construcción intervienen, así como también entre las distintas funciones que integran el hecho constructivo.

El sistema establecido por el Código Civil era tan claro en su enunciado, como confuso se volvía en el momento de contrastarlo con las situaciones realmente conflictivas que se pretendía resolver en base al mismo.

El enunciado del artículo 1591 respondía a un esquema ideal que actualmente se encuentra desbordado por la estructura real de la operación de construcción. La lectura del precepto sugiere una neta distinción de profesionales, una sencilla delimitación de sus respectivas competencias y, consiguientemente, una coherente imposición distributiva de responsabilidades. Fácilmente se comprenderá la problemática operatividad de un tal sistema si se tiene en cuenta el incesante proceso de división del trabajo y especialización que ha llevado a la sustitución del individuo por el equipo. Esta tendencia, general en el ámbito industrial, se evidencia de modo muy particular en el terreno de la construcción, afectando en su raíz a los profesionales tradicionalmente individuales⁸⁵.

Es evidente que en la actualidad resultaba anacrónico el texto del artículo 1591, que respondía al modo de la construcción de la época de la promulgación del Código Civil.

Como apunta la STS de 30 de septiembre de 1991, la función dinámica negocial de la construcción cada vez ofrece más complejidades, en atención a todas aquellas personas físicas y jurídicas que, en posiciones distintas, cooperan y se convierten en coautores de dicho negocio, que, precisamente, no cuenta con el ordenamiento jurídico debidamente detallado y adaptado a la realidad histórica presente.

⁸⁵ CADARSO, *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, cit., p. 257.

En este sentido, se puede establecer un amplio arco de intervenientes en las actividades de la construcción de inmuebles; desde los propietarios del solar, que constituye el soporte material necesario para levantar la edificación, los dueños de la obra, que pueden coincidir con aquéllos y con la figura del promotor-vendedor...

El referido promotor puede, asimismo, actuar como constructor o contratar la labor edificativa con quien reúne esta condición, que, a su vez, cabe realice las subcontratas parciales para las que esté autorizado.

En todo caso la actividad constructora requiere la necesaria dirección y controles técnicos, lo que supone la aparición de otros intervenientes en el negocio, cuales son los arquitectos-directores de obra... y los arquitectos técnicos o aparejadores, como profesionales encargados de la ordenación y dirección de su ejecución materializada...

Se completa el abanico de intervenientes constructivos y sin que ello suponga su cierre hermético..., a cargo de los fabricantes de los materiales empleados en la edificación y de las aseguradoras que hayan suscrito las diversas modalidades que abarca el campo de los seguros de este particular ramo.

Como subrayan Del Arco y Pons⁸⁶, lo anterior justifica ya de por sí lo difícil que será individualizar la responsabilidad en los eventos de vicios ruinógenos.

Se critica el sistema de división de responsabilidad del Código Civil, por estimarse que es inseguro y peligroso para los propietarios y terceros perjudicados por la ruina del edificio, ya que muchas veces, por no decir siempre, tendrán que mantener interminables y costosos litigios para averiguar la clase de los vicios o defectos que causan la responsabilidad por ruina del edificio sin olvidar asimismo que, tanto el contratista como el arquitecto, tratarán de quedar libres de toda responsabilidad inculpándose mutuamente, al amparo de la falta de precisión de las frases legales: «vicios de construcción», «vicios del suelo o de la dirección».

Por consiguiente, será difícil determinar la línea que permita en cada caso concretar la causa de la ruina.

Para Gómez de la Escalera⁸⁷, aparentemente la simple lectura del artículo 1591, párrafo 1.^º nos resuelve el problema de la imputación de la culpa profesional, pues su texto nos dice que los vicios de la construcción se imputan al contratista mientras que los

⁸⁶ DEL ARCO Y PONS, *Derecho de la construcción*, cit., p. 397.

⁸⁷ GÓMEZ DE LA ESCALERA, *La responsabilidad civil de los promotores, constructores y técnicos por los defectos de construcción*, cit., pp. 131, 116 y 117.

vicios del suelo y de la dirección se atribuyen al arquitecto. Sin embargo, esta aparente sencillez del problema se complica si tenemos presente, por un lado, que el precepto para imputar los vicios del suelo al arquitecto de la obra, habla del «arquitecto que la dirigiere», y por otro, que no menciona como eventuales responsables de la ruina nada más que al contratista y al arquitecto, excluyendo, al menos, *nominatim*, a toda persona o técnico que pueda intervenir en la construcción del edificio.

Dada la división del trabajo presente hoy en el seno de la actividad constructiva, y las específicas funciones y cometidos que desempeñan en ella la pluralidad de personas que intervienen en las actuales obras de edificación, la enumeración legal que contiene el artículo 1591, párrafo 1.^º (vicios de la construcción, del suelo y de la dirección), resulta insatisfactoria por diversas razones: 1.^a Porque al omitir toda referencia a los «vicios del proyecto», además de no contemplar todas las causas posibles de la ruina del edificio vinculadas a la actividad constructiva, deja sin resolver el problema de a quién deberán imputarse estos vicios, con lo que, en gran medida, se frustra la *ratio* del precepto que, precisamente, distinguió los diferentes vicios constructivos causantes de la ruina de la obra, con el objeto de separar e individualizar la culpa de cada partícipe en la construcción, haciendo responsable a cada uno de la propia impericia en que haya incurrido en el desempeño de sus respectivas misiones y cometidos en la obra; 2.^a Porque la expresión «vicio del suelo» no individualiza suficientemente la responsabilidad, pues éste puede deberse tanto a la acción de proyectar como a la de dirigir o a la de ejecutar la obra, por lo que su atribución al arquitecto no siempre será adecuada; 3.^a Porque la dicción legal «vicios de la construcción» puede ser equívoca y significar tanto vicios de la obra en sentido amplio, comprensivo de todos los vicios constructivos, como vicios de construcción en sentido estricto y propio, equivalente a vicios de ejecución material; 4.^a Porque la referencia a los «vicios de la dirección» se revela insuficiente en la actualidad para individualizar la culpa del arquitecto director, ante la preceptiva intervención en la fase de dirección técnica de toda obra de arquitectura de, al menos, dos técnicos (un arquitecto superior y un aparejador o arquitecto técnico), con atribuciones, cometidos y funciones propias y diferenciadas. Problemática que se acentúa si se tiene en cuenta que el artículo 1591, párrafo 1.^º no menciona al aparejador o arquitecto técnico entre las personas responsables.

La Ley de Ordenación de la Edificación, de acuerdo con el Anteproyecto de Ley de Garantías de la Edificación de 1985 (arts. 16 a 18), el Anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 22 de febrero de 1994 (art. 41.2), el Proyecto de Ley de Ordenación

de la Edificación, de 28 de diciembre de 1995 (art. 38.2), el Anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación de 21 de septiembre de 1998 (art. 18.2), y el Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 15 de marzo de 1999 (art. 17.2), establece de forma inequívoca un sistema de responsabilidad privativa de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación, al ser equitativo y lógico no hacer soportar a cada uno más que el peso de su propia falta, como afirmaba en 1910 Gallie⁸⁸. A tal efecto, el artículo 17.2 dispone que «la responsabilidad civil será exigible en forma personal e individualizada, tanto por actos u omisiones propios, como por actos u omisiones de personas por las que, con arreglo a esta Ley, se deba responder».

La operatividad del sistema de responsabilidad privativa por los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos, que tantas dificultades ha planteado en nuestro Derecho, es extraordinariamente facilitada por la Ley de Ordenación de la Edificación, ya que uno de sus objetivos básicos, como se advierte en su Exposición de Motivos, es enumerar las obligaciones que corresponden a cada uno de los distintos agentes que participan a lo largo del proceso de la edificación, de las que se derivan sus responsabilidades, configurándose el promotor como una persona física o jurídica que asume la iniciativa de todo el proceso y a la que se obliga a garantizar los daños materiales que el edificio pueda sufrir. Dentro de las actividades del constructor se hace mención especial a la figura del jefe de obra, así como a la obligación de formalizar las subcontrataciones que, en su caso, se establezcan. Además la Ley delimita el ámbito de actuaciones que corresponden a los profesionales, el proyectista, el director de obra y el director de ejecución de la obra, estableciendo claramente el ámbito específico de su intervención, en función de su titulación habilitante.

El sistema de responsabilidad privativa configurado por el artículo 17.2 sería escasamente operativo si la Ley de Ordenación de la Edificación no hubiese delimitado el ámbito específico de intervención de cada uno de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación, perfilando su concepto y sobre todo las obligaciones que recaen sobre el promotor, el proyectista, el constructor, el director de la obra, el director de ejecución de la obra, las entidades y los laboratorios de control de calidad de la edificación y los suministradores de productos. El capítulo III de la Ley (arts. 8 a 16) se destina a este fin esencial, que condiciona el eficaz funcio-

⁸⁸ GALLIE, *La responsabilité des entrepreneurs à l'égard des propriétaires d'inmeubles* (thèse), París, 1910, p. 88.

namiento del citado sistema de responsabilidad privativa. Evidentemente, sin una adecuada determinación legal de los cometidos y obligaciones de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación difícilmente se puede saber en qué medida cada uno de ellos es responsable, de forma personal e individualizada, de los daños materiales ocasionados en el edificio por vicios o defectos.

4. LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS CAUSADOS POR ACTOS U OMISIONES DE PERSONAS POR LAS QUE SE DEBA RESPONDER

Según la Ley de Ordenación de la Edificación, el agente que interviene en el proceso de la edificación no sólo responde por los actos u omisiones propios, sino también por los actos u omisiones de personas por las que, con arreglo a esta Ley, se deba responder. Así lo establece el artículo 17.2.

Parece evidente la conexión que existe entre el artículo 17.2, que sigue en este punto al Anteproyecto de Ley de Garantías de la Edificación de 1985 (art. 21), al Anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 22 de febrero de 1994 (art. 41.2), al Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 28 de diciembre de 1995 (art. 38.2), al Anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 21 de septiembre de 1998 (art. 18.2), al Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 15 de marzo de 1999 (art. 17.2), y los artículos 1596 del Código Civil español y 1797 del Código Civil francés. También se advierte una clara relación con el Proyecto por el que se modifica la regulación del Código Civil sobre los contratos de servicios y de obra, de 12 de abril de 1994 (art. 1589).

El artículo 1596 del Código Civil dispone que el contratista es responsable del trabajo ejecutado por las personas que ocupare en la obra.

Como hemos tenido ocasión de destacar⁸⁹, una interpretación teleológica de este precepto, de conformidad con la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicado (art. 3.1 del Título Preliminar del Código Civil), determina que dentro del término contratista quepa incluir a la gran empresa constructora, al promotor inmobi-

⁸⁹ CABANILLAS, «Las responsabilidades subsidiarias en la construcción. Las Empresas de Servicios y los Laboratorios de Control de Calidad», en *La responsabilidad en la construcción*, Zaragoza, 1987, pp. 139 y ss.; CABANILLAS, «Contrato de obra (D.^º Civil)», cit., p. 1602. También JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Madrid, 1994, pp. 328 y ss.

liario, lo cual ha sido reiteradamente afirmado por nuestra jurisprudencia⁹⁰, y no hay dificultad para entender incluidos a cualquier técnico contratado por el contratista, e incluso el subcontratista, dado la *ratio* y los términos en que se expresa el citado precepto, ya que todos ellos son personas que el contratista ocupa en la obra. Con independencia de su cualificación y autonomía a la hora de llevar a cabo su actividad profesional, todos ellos merecen el calificativo jurídico de auxiliares del contratista que los ha contratado, que cumple sus obligaciones con el auxilio o la colaboración de los mismos. Hay que tener en cuenta que dentro de la categoría de auxiliares, en sentido amplio, se incluyen tanto los auxiliares en sentido estricto o «dependientes», cuanto los «sustitutos», que se definen por la nota de la autonomía e independencia en relación al deudor con el que actúan en el actividad de cumplimiento⁹¹. Dentro de las personas que ocupó en la obra el contratista, de quienes responde (art. 1596 del Código Civil), se entienden incluidos los trabajadores dependientes del contratista y también todos los no dependientes por él contratados (STS de 30 de diciembre de 1993), como normalmente sucederá con los subcontratistas de obra, según entiende la doctrina dominante en nuestro Derecho⁹².

Atendiendo a los supuestos de mayor importancia práctica, hay que concluir que, de acuerdo con el artículo 1596 del Código Civil, el contratista responde frente al comitente de toda la obra contratada, sin perjuicio de que, a su vez, pueda accionar aquél en vía de regreso contra el subcontratista si los vicios fueron provocados por él.

⁹⁰ CABANILLAS, «La responsabilidad del promotor que vende pisos y locales defectuosamente construidos», *cit.*, pp. 878 y ss.; CABANILLAS, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 1996», *CCJC*, 1997, núm. 43, pp. 163-165; CABANILLAS, «La configuración jurisprudencial del promotor como garante», *cit.*, pp. 227 y ss.; CABANILLAS, «Ejecución defectuosa de la obra inmobiliaria», *cit.*, pp. 194 y ss.; CABANILLAS, «La evolución de las responsabilidades en la construcción», *cit.*, pp. 365 y ss.; FENOY, *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa*, *cit.*, pp. 220-221; MORALES, «El dolo como criterio de imputación de la responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa», *cit.*, pp. 677 y ss.

⁹¹ ALBÁCAR, *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, V, *cit.*, pp. 1664-1665; CABANILLAS, «Contrato de obra (D.º Civil)», *cit.*, p. 1602; DEL ARCO Y PONS, *Derecho de la construcción*, *cit.*, p. 503; GARCÍA CONESA, *Derecho de la construcción*, *cit.*, pp. 660 y ss.; GÓMEZ DE LA ESCALERA, *La responsabilidad civil de los promotores, constructores y técnicos por los defectos de construcción*, *cit.*, pp. 220-221; LUCAS FERNÁNDEZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XX-2, *cit.*, pp. 440-441; JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, *cit.*, pp. 328 y ss.; TORRALBA SORIANO, «La responsabilidad de los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones», *ADC*, 1971, pp. 1159-1160; TORRALBA, «Los vicios del suelo: reflexiones sobre el artículo 1591 del Código Civil», *cit.*, pp. 607 y ss.

⁹² CARRASCO, CORDERO LOBATO Y GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, *cit.*, p. 240.

De la tesis defendida se deduce la importante consecuencia jurídica de que la conducta negligente del subcontratista no es susceptible de exonerar de responsabilidad al contratista frente al comitente. El contratista no puede sustraerse a la responsabilidad que le incumbe, argumentando que fue el subcontratista quien realizó la parte del edificio afectada de vicios o defectos de construcción.

Un gran interés tiene el supuesto en que el arquitecto o el técnico interviene en la obra, no contratado por el comitente, sino por el contratista.

La solución propuesta determina que el contratista no pueda oponerse legítimamente a la reclamación contra él dirigida por el comitente, alegando que él único responsable es el arquitecto o el técnico a quien él mismo ha contratado. Esto implicaría eludir la aplicación del artículo 1596 del Código Civil. Naturalmente, el arquitecto o el técnico no va a quedar exonerado de responsabilidad si la obra presenta vicios que se deban a su conducta negligente. El contratista siempre podrá, en vía de regreso, repetir contra él lo que hubiese tenido que satisfacer al comitente.

Como hemos puntualizado anteriormente, la responsabilidad del subcontratista y, en general, de los técnicos que haya contratado el contratista, no es directa frente al comitente, a tenor del artículo 1596. Sin embargo, las SSTS de 23 de noviembre de 1985 y 14 de noviembre de 1988, se apoyan en el artículo 1902 del Código Civil para afirmarlo, aun reconociendo que el subcontratista no tiene relación directa con los adquirentes de los pisos (demandantes). En este sentido, Jordano Fraga⁹³ precisa que la responsabilidad contractual indirecta (frente al comitente) del contratista principal por su subcontratista deja, naturalmente, en pie la responsabilidad personal de éste, que le será exigida, bien extracontractualmente por el comitente, bien contractualmente en vía de regreso, por el deudor-contratista y contraparte contractual (subcomitente) suya en el subcontrato de obra.

Una solución análoga se acoge en el Derecho francés. La garantía prevista en el artículo 1792 del Código Civil sólo incumbe a las personas vinculadas al dueño de la obra por un contrato de arrendamiento de obra. Escapan así a la garantía el subcontratista y el técnico al que el contratista ha hecho intervenir estipulando con él los honorarios. Esta exclusión habría podido ser puesta en cuestión por la jurisprudencia si, a semejanza de la 1.^a Cámara civil, la 3.^a Cámara civil del Tribunal de Casación hubiese establecido la responsabilidad contractual del subcontratista frente al dueño de la obra; pero

⁹³ JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, cit., p. 334.

el Tribunal de Casación, decidiendo en Asamblea plenaria, ha rechazado la extensión de la responsabilidad contractual al subcontratista por sentencia de 12 de julio de 1991⁹⁴.

La no aplicación del artículo 1792 al subcontratista no impide evidentemente que su responsabilidad pueda hacerse efectiva por el dueño de la obra; pero sólo podrá serlo sobre el fundamento de los artículos 1382 y siguientes del Código Civil, lo cual supone la prueba de la culpa. Esta regla probatoria es suficientemente disuasoria para incitar al dueño de la obra para dirigir su acción contra el contratista principal o contra el arquitecto y beneficiarse así de la presunción de responsabilidad. Tal es la situación desde la sentencia de la Asamblea plenaria del Tribunal de Casación, de 12 de julio de 1991⁹⁵.

En el mismo sentido Boubli⁹⁶.

Huet⁹⁷ señala que cuando el dueño de la obra trata con un subcontratista, se admite que la responsabilidad del mismo puede ser buscada en el terreno delictual. La solución, tradicionalmente admitida por la 3.^a Cámara civil del Tribunal de Casación (Civ. 3.^a, 5 de diciembre de 1972), ha sido reafirmada solemnemente por la sentencia de la Asamblea plenaria, de 12 de julio de 1991.

No obstante, Huet⁹⁸ puntualiza que sin duda puede considerarse arbitrario no hacer jugar para los subcontratistas, empleados en la construcción de un inmueble por el contratista principal, las normas de responsabilidad que los artículos 1792 y siguientes imponen a los constructores, ya que implica un ilogismo.

Para Huet⁹⁹ los subcontratistas son deliberadamente puestos aparte, sin duda por su dependencia económica respecto al contratista principal que los emplea, aunque la jurisprudencia los trata, sin embargo, duramente, puesto que les impone una obligación de resultado por la calidad de su trabajo, cuya violación es susceptible de ser buscada transcurridos diez años después de la realización del mismo.

A nuestro juicio, la interpretación propuesta en torno al artículo 1596 del Código Civil es perfectamente aplicable al supuesto previsto en el artículo 17.2 de la Ley de Ordenación de la Edificación.

En claro desarrollo del artículo 17.2 de la Ley de Ordenación de la Edificación, el artículo 17.5 dispone que «los proyectistas

⁹⁴ MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière*, cit., pp. 132, 141 y 147.

⁹⁵ MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière*, cit., pp. 141 y 147.

⁹⁶ BOUBLI, *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeur*s, cit., pp. 179 y 163.

⁹⁷ HUET, «Les principaux contrats spéciaux», cit., pp. 1361 y 1362.

⁹⁸ HUET, «Les principaux contrats spéciaux», cit., p. 1343.

⁹⁹ HUET, «Les principaux contrats spéciaux», cit., p. 1355.

que contraten los cálculos, estudios, dictámenes o informes de otros profesionales, serán directamente responsables de los daños que puedan derivarse de su insuficiencia, incorrección o inexactitud, sin perjuicio de la repetición que pudieran ejercer contra sus autores».

El artículo 17.6 de la Ley de Ordenación de la Edificación establece que «el constructor responderá directamente de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos derivados de la impericia, falta de capacidad profesional o técnica, negligencia o incumplimiento de las obligaciones atribuidas al jefe de obra y demás personas físicas o jurídicas que de él dependan.

Cuando el constructor subcontrate con otras personas físicas o jurídicas la ejecución de determinadas partes o instalaciones de la obra, será directamente responsable de los daños materiales por vicios o defectos de su ejecución, sin perjuicio de la repetición a que hubiere lugar.

Asimismo, el constructor responderá directamente de los daños materiales causados en el edificio por las deficiencias de los productos de construcción adquiridos o aceptados por él, sin perjuicio de la repetición a que hubiere lugar».

El artículo 17.7 de la Ley de Ordenación de la Edificación afirma que «quien acepte la dirección de una obra cuyo proyecto no haya elaborado él mismo, asumirá las responsabilidades derivadas de las omisiones, deficiencias o imperfecciones del proyecto, sin perjuicio de la repetición que pudiere corresponderle frente al proyectista».

5. LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LOS AGENTES QUE INTERVIENEN EN EL PROCESO DE LA EDIFICACIÓN

La Ley de Ordenación de la Edificación, de acuerdo con sus antecedentes, el Anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 22 de febrero de 1994 (art. 41.3), el Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 28 de diciembre de 1995 (art. 38.3), el Anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 21 de septiembre de 1998 (art. 18.3), y el Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 15 de marzo de 1999 (art. 17.3), y con el Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del Código Civil sobre los contratos de servicios y de obra, de 12 de abril de 1994 (art. 1600), establece en el artículo 17.3 que «cuando no pudiera individualizarse la causa de los daños materiales o quedase debidamente probada la concurrencia de culpas sin

que pudiera precisarse el grado de intervención de cada agente en el daño producido, la responsabilidad se exigirá solidariamente».

En cambio, el Anteproyecto de Ley de Garantías de la Edificación de 1985, no alude en ningún sentido a la responsabilidad solidaria, y en el Derecho francés, con excepción del fabricante, respecto al cual el artículo 1792-4 del Código Civil precisa que responde solidariamente con el arrendador de la obra, nada se dice sobre la manera en que están obligados los otros. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia francesas¹⁰⁰ consideran que tratándose de una misma presunción de responsabilidad que recae sobre todos los constructores, ha de pensarse que responden *in solidum* cuando son coautores de un daño único, sin perjuicio de que cada uno de ellos demuestre una causa ajena.

Los Tribunales franceses son proclives a declarar que cada uno de los condenados queda sujeto a la obligación de reparar íntegramente el daño sufrido por el propietario de la obra, sobre la base de una responsabilidad *in solidum* que se justifica por la existencia de una culpa común de los intervenientes en la obra.

En relación con la garantía decenal, Huet¹⁰¹ afirma que una solidaridad liga a todos los constructores intervenientes (art. 1792-1 del Código Civil), participantes en el acto de construcción: ciertamente la ley no lo precisa, pero se acuerda admitirlo, pues esto se deduce de la idea de que ellos colaboran a la realización de la obra.

Siendo los constructores solidariamente responsables de los daños que sufre la obra, Huet¹⁰² señala que es imposible que uno de ellos pretenda exonerarse invocando la culpa del otro.

La ley no se pronuncia sobre los recursos entre los constructores, por lo que ha de aplicarse la normativa del derecho común sobre la materia.

La solución acogida por la Ley de Ordenación de la Edificación se acomoda a una reiterada doctrina jurisprudencia en torno al artículo 1591 del Código Civil.

Como hemos subrayado¹⁰³, la complejidad del entramado de los cometidos de quienes participan en el proceso edificatorio y, sobre todo, su interrelación, motiva que sea muy problemático en la prá-

¹⁰⁰ MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière*, cit., p. 131; HUET, «L'obligation *in solidum* et la solidarité dans la responsabilité des constructeurs», *Rev. dr. inmb.* 1983.11; BOUBLI, *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, cit., pp. 292 y ss.; HUET, «Les principaux contrats spéciaux», cit., pp. 1345, 1354, 1355 y 1358; LIET-VEAUX, *Le droit de la construction*, cit., pp. 327 y ss.

¹⁰¹ HUET, «Les principaux contrats spéciaux», cit., pp. 1354-1355.

¹⁰² HUET, «Les principaux contrats spéciaux», cit., p. 1358.

¹⁰³ CABANILLAS, «La evolución de las responsabilidades en la construcción», cit., pp. 363-364.

tica individualizar con el necesario rigor las distintas responsabilidades cuando tiene lugar la ruina.

Si tenemos en cuenta el cuadro de atribuciones del arquitecto (director y proyectista), del arquitecto técnico o aparejador, del ingeniero y, en general, de los técnicos que participan en las obras inmobiliarias, así como del contratista, del promotor y de sus auxiliares, observaremos que todos ellos están conjuntamente vinculados por el deber de cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de obra y, en particular, por ejecutar sus prestaciones de acuerdo con la *lex artis* de la edificación. Esto evidencia por sí solo que existe un fondo de responsabilidad común a los diversos profesionales que dificulta extraordinariamente cualquier intento de formalizar *a priori* una plena compartimentación que resultase jurídicamente eficaz¹⁰⁴. Piénsese, por ejemplo, que muy difícilmente podría alguno de ellos excusar su responsabilidad invocando simplemente obediencia debida a instrucciones de otro, manifiestamente erróneas o inadecuadas.

Estas consideraciones explican la constante doctrina jurisprudencial que afirma la responsabilidad solidaria del contratista, del promotor, del arquitecto y de los técnicos, cuando no puede precisarse la participación de cada uno de ellos en la ruina (SSTS de 20 de noviembre de 1998, 19 de octubre de 1998, 2 de junio de 1998, 4 de marzo de 1998, 22 de noviembre de 1997, 20 de noviembre de 1997, 5 de julio de 1997, 22 de marzo de 1997, 24 de septiembre de 1996, 21 de marzo de 1996, 17 de octubre de 1995, 13 de junio de 1995, 17 de marzo de 1995, 3 de abril de 1995, 20 de junio de 1995, 12 de diciembre de 1994, 2 de diciembre de 1994, 13 de octubre de 1994, 28 de junio de 1994, 2 de febrero de 1994, 13 de mayo de 1994, 29 de noviembre de 1993 y 9 de diciembre de 1993, entre otras muchas)¹⁰⁵.

¹⁰⁴ XIMENEX DE SANDOVAL, «La responsabilidad del técnico», en *La responsabilidad en la construcción*, Zaragoza, 1987, p. 113.

¹⁰⁵ Sobre esta doctrina jurisprudencial ALBÁCAR, *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, V, cit., pp. 1573-1575; CABANILLAS, «La evolución de las responsabilidades en la construcción», cit., pp. 363-364; CABANILLAS, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1995», CCJC, 1995, núm. 39, pp. 930-933; CABANILLAS, «Contrato de obra (Dº Civil)», cit., p. 1602; CADARSO, «En torno a la condena *in solidum* de los responsables ex artículo 1591 del Código Civil», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, IV, Madrid, 1996, pp. 4853 y ss.; CARRASCO, CORDERO LOBATO Y GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, cit., p. 251; DEL ARCO Y PONS, *Derecho de la construcción*, cit., pp. 447 y ss.; LUCAS FERNÁNDEZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XX-2.º, cit., pp. 349 y ss.; MARTÍNEZ AGUIRRE, «La responsabilidad decenal del artículo 1591 CC: breve repaso a la jurisprudencia de los años noventa», cit., pp. 1910 y ss.; MARTÍNEZ MAS, *La responsabilidad decenal por los defectos de construcción según la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, cit., pp. 39 y ss.; O'CALLAGHAN, «Contrato de obra. Responsabilidad por ruina», cit., p. 1694; RAYÓN BALLESTE-

Conviene remarcar, a fin de desvanecer posibles equívocos, que nuestro Tribunal Supremo se inclina prioritariamente por la responsabilidad parcialia (mancomunidad) y sólo cuando no es posible determinar la proporción en que la ruina es imputable a cada uno de los profesionales que han intervenido en la construcción, se acoge el criterio de la responsabilidad solidaria. En bastantes sentencias se declara la responsabilidad de alguno o algunos de los que han intervenido en la construcción y se exonera a los restantes (SSTS de 21 de diciembre de 1981, 5 de diciembre de 1981, 30 de abril de 1982, 22 de noviembre de 1982, 5 de junio de 1983, 5 de octubre de 1983, 7 de junio de 1984, 8 de junio de 1984, 16 de junio de 1984, 16 de octubre de 1984, 14 de diciembre de 1984, 10 de marzo de 1985, 7 de junio de 1985, 23 de noviembre de 1985, 1 de marzo de 1986, 22 de marzo de 1986, 5 de diciembre de 1986, 10 de diciembre de 1986, 12 de junio de 1987, 29 de junio de 1987, 27 de octubre de 1987, 30 de abril de 1988, 9 de diciembre de 1993, 29 de noviembre de 1993, 10 de noviembre de 1994, 2 de diciembre de 1994, 27 de abril de 1995, 2 de febrero de 1996 y 3 de octubre de 1996, entre otras).

Operando la solidaridad, no es precisa la llamada al proceso de todos los intervenientes en la obra, lo cual permite al perjudicado dirigir su acción contra cualesquiera responsables, entre los cuales no se da situación litisconsorcial (SSTS de 6 de junio de 1986, 16 de junio de 1986, 30 de octubre de 1986, 14 de junio de 1988, 10 de octubre de 1988, 13 de octubre de 1994, 17 de octubre de 1995, 20 de junio de 1995, 21 de marzo de 1996, 24 de septiembre de 1996, 5 de julio de 1997, 4 de marzo de 1998, 5 de noviembre de 1998, entre otras).

La doctrina del Tribunal Supremo se fundamenta, sobre todo, en aras de la seguridad jurídica y de la satisfacción de los derechos de los perjudicados, apuntándose la idea de garantía y aseguramiento de la reparación (STS de 1 de diciembre de 1984). Se justifica por la salvaguardia del interés social (SSTS de 5 de octubre de 1990 y 19 de junio de 1989).

La tendencia a una mayor severidad en la apreciación de la responsabilidad de los profesionales de la construcción, y paralelamente la disposición de favor hacia la víctima, son factores que contribuyen en forma considerable a legitimar la posición que, tanto en doctrina como en jurisprudencia, se muestra propicia hacia

ROS, *Régimen jurídico procesal de la responsabilidad decenal por defectos en la construcción de las obras*, cit., pp. 145 y ss.; RUBIO SAN ROMÁN, *La responsabilidad civil en la construcción*, cit., pp. 252 y ss.; SALVADOR CODERCH, *Comentario del Código Civil*, II, cit., pp. 1195-1196.

la solidaridad, cuando concurriendo varios responsables, no es posible discriminar la participación de cada uno de ellos en la causación del daño¹⁰⁶.

Que cada uno responde de los daños causados por los vicios producidos en la propia esfera de sus competencias, no hay duda. Las dudas se dan en precisar el grado de influencia que en la ruina ha tenido el correspondiente vicio.

Mantener incólume en tal caso el principio de la responsabilidad mancomunada y exigir la prueba incluso cuantitativa del daño atribuible a cada uno de ellos podría constituir en muchos casos una *probatio diabólica* y una válvula de escape a la responsabilidad por quienes de un modo u otro han hecho dejación de todo o parte de los deberes que según la *lex artis* de la construcción les corresponde cumplir¹⁰⁷.

Esta doctrina responde a un fin atendible, cual es el de suministrar un deudor a todo demandante de ruina. Pero la justa composición de intereses y el principio de economía procesal exigirían que el condenado (responsable en todo caso *ad extra*) pudiera citar y emplazar a los codeudores solidarios (art. ex art. 1084 del Código Civil) en el proceso por ruina para proceder a distribuir la responsabilidad *ad intra*¹⁰⁸.

Del Arco y Pons¹⁰⁹ afirman que, con un criterio progresista y encominable, y en aras de la seguridad jurídica y de la satisfacción de los derechos de los perjudicados (cfr. STS de 14 de julio de 1988) la doctrina jurisprudencial viene reiteradamente declarando que, en aquellos casos en que resulte imposible o de difícil discriminación separar las respectivas responsabilidades de los intervenientes en el proceso constructivo, se impone exigir su responsabilidad solidaria.

Se invoca como fundamento de esta solidaridad pasiva el interés social (cfr SSTS de 5 de octubre de 1990 y 16 de junio de 1991) al estar involucrados usualmente los adquirentes de los espacios divididos que integran la obra de edificación; la finalidad pragmática de no dejar inermes los intereses en pugna, que generalmente corresponden a la parte más débil de la cadena contractual como es el adquirente del piso o local (cfr. SSTS de 12 de diciembre de 1985 y 21 y 16 de junio de 1991).

¹⁰⁶ CADARSO, *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, cit., p. 306.

¹⁰⁷ LUCAS FERNÁNDEZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XX-2.^º, cit., p. 350.

¹⁰⁸ CARRASCO, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, cit., pp. 251-252.

¹⁰⁹ DEL ARCO Y PONS, *Derecho de la construcción*, cit., pp. 448-449.

Como declara la STS de 2 de junio de 1998, la condena solidaria es el medio de dar tutela judicial efectiva, según constante criterio de la Sala absolutamente conocido.

La aplicación del régimen de la solidaridad no impide, como subraya la STS de 6 de octubre de 1992, que en posterior litigio los condenados puedan concretar y depurar sus responsabilidades entre sí, tanto cualitativa como cuantitativamente, incluso su exención, ya que entre ellos ni se dio precedentemente situación de litisconsorcio pasivo necesario ni después de la sentencia efectiva cosa juzgada para ellos en sus relaciones como intervenientes en la construcción en la que tuvieron o no constatada participación.

Según la STS de 21 de marzo de 1996, no procede el litisconsorcio pasivo necesario, aun cuando los obligados a responder lo sean de manera solidaria, sin perjuicio de la relación interna de los deudores solidarios para reclamarse el prepago de la parte de deuda que pudiera corresponderles, si acreditan que no tuvieron responsabilidad alguna en el defecto constructivo.

Para la STS de 13 de octubre de 1994, esta responsabilidad solidaria faculta al perjudicado a dirigirse contra todos o algunos de los presuntos responsables civiles.

La STS de 20 de noviembre de 1998, señala que tras la resolución que proceda, la parte condenada puede iniciar, si lo estima conveniente, un nuevo pleito donde puede repetir lo satisfecho por la condena solidaria.

El artículo 17.3 de la Ley de Ordenación de la Edificación dispone que «en todo caso, el promotor responderá solidariamente con los demás agentes intervenientes ante los posibles adquirentes de los daños materiales en el edificio ocasionados por vicios o defectos de construcción».

Se quiere indicar que el promotor responde siempre solidariamente con los demás agentes intervenientes frente a los adquirentes por los daños materiales en el edificio producidos por vicios o defectos de construcción.

Hay que tener en cuenta que el promotor decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación (art. 9), encargándose de la recepción de la obra, es decir, de la aceptación de los trabajos ejecutados (art. 6). El proyecto es realizado por encargo del promotor (art. 10) y el constructor asume frente al promotor el compromiso de ejecutar las obras o parte de las mismas con sujeción al proyecto y al contrato (art. 11).

Como establece la jurisprudencia para justificar la responsabilidad del promotor, de acuerdo con el artículo 1591 del Código Civil, éste es quien ha elegido y contratado al contratista y a los técnicos,

como ponen de relieve las SSTS de 28 de enero de 1994 y 20 de noviembre de 1998.

El promotor es, pues, quien ha elegido al contratista y los técnicos, es él quien se vale de los mismos en su actividad empresarial, que se ve beneficiada con esta aportación personal.

Como se infiere de las SSTS de 20 de junio de 1985, 29 de junio de 1987, 1 de octubre de 1991 y 21 de marzo de 1996, el promotor determina cómo ha de llevarse a cabo la construcción del inmueble, y es el garante de la buena construcción del mismo frente a los adquirentes.

Como observan Carrasco, Cordero Lobato y Gónzalez Carrasco¹¹⁰, correctamente, el Tribunal Supremo argumenta que el promotor es garante de la construcción correcta (SSTS de 1 de octubre de 1991 y 21 de marzo de 1996).

Sin decirlo expresamente, estas sentencias parten de la base de que el promotor es el auténtico productor o fabricante del edificio, en el sentido apuntado por Morales¹¹¹ de que no es un vendedor cualquiera del piso o local, sino que se trata de un vendedor que, precisamente, lo ha fabricado.

Esta circunstancia es la que puede explicar satisfactoriamente que las sentencias citadas destaqueen que los compradores contemplan la garantía que les depara el promotor. Se viene a decir, en definitiva, que el mismo es garante de la buena construcción del inmueble frente a los adquirentes del mismo.

La afirmación de que el promotor es garante de la buena construcción del inmueble, implica que recae sobre el promotor una obligación de garantía, debiendo responder de cualquier tipo de vicio o defecto que presente el inmueble vendido.

En la mesa redonda que tuvo lugar en Zaragoza sobre el Anteproyecto de Ley de Garantías de la Edificación (9 de noviembre de 1985), Muñoz Jiménez¹¹² consideró que el promotor debe estar en primera línea de responsabilidad frente al usuario y, en definitiva, frente a quien va a disfrutar de la vivienda. El promotor es quien crea el producto, el verdadero padre de la obra, el verdadero factor en cuanto a la calidad. En cuanto a la utilidad de los servicios que va a producir esa obra. Por ello es él quien debe responder primero, sin perjuicio de que luego, por acción de repetición y sin molestar

¹¹⁰ CARRASCO, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, cit., pp. 249-250.

¹¹¹ MORALES, «El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa», cit., pp. 681 y ss.

¹¹² MUÑOZ JIMÉNEZ, *Las responsabilidades en la construcción*, Zaragoza, 1988, pp. 177-178.

ni tener que gravar la posición del perjudicado, dilucide esa responsabilidad.

La responsabilidad principal del promotor se justifica por ser el agente que decide, programa y financia las obras de edificación, adquiriendo una cierta responsabilidad global del proceso edificatorio.

En su condición de garante, hay que entender que el promotor asume una auténtica obligación de resultado, como han entendido la doctrina y la jurisprudencia francesas¹¹³, consistente en la entrega de inmuebles de acuerdo con el contenido de los contratos celebrados, construidos según la *lex artis* y exentos, por consiguiente, de vicios o defectos de construcción¹¹⁴.

Malinvaud y Jestaz¹¹⁵ ponen de relieve cómo el Tribunal de Casación francés ha instaurado un sistema de protección que reposa sobre la figura del promotor, que es considerado como el que ostenta la iniciativa y el cuidado principal de la operación. Se trata de una expresión que todas las sentencias, que son numerosas, reproducen sin la menor variación.

Así definido, el promotor asume, según una expresión también constante, una obligación de resultado, que designa una garantía legal y *cuasi* objetiva en el sentido de que el promotor no puede invocar prácticamente ninguna causa de exoneración: así poco importa que el promotor, tratándose de vicios de la construcción, no se haya inmiscuido en ningún sentido en la parte técnica. Esta garantía tiene carácter de orden público.

En la práctica, la obligación de resultado sirve para fundamentar una responsabilidad por defectos o faltas de conformidad.

La definición jurisprudencial del promotor presta eminentes servicios. La misma puede conocer una *nouvelle jeunesse* desde que se desarrolla la tendencia de considerar al que accede a la propiedad como un consumidor. En efecto, la noción de consumidor tiene consistencia por su oposición a la de profesional. Y en una perspectiva económica la pareja consumidor-promotor podría trascender los binomios clásicos tales como vendedor-comprador o constructor-dueño de la obra.

¹¹³ DENOYELLE, *Le promoteur des constructions immobilières*, París, 1965, p. 242; MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière*, cit., p. 199; LIET-VEAUX, *Le droit de la construction*, cit., p. 339.

¹¹⁴ CABANILLAS, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, cit., pp. 90 y ss.; CABANILLAS, «La configuración jurisprudencial del promotor como garante», cit., pp. 227 y ss.; CABANILLAS, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1996», *CCJC*, 1997, núm. 43, pp. 164-165; LOBATO GÓMEZ, «Responsabilidad del promotor inmobiliario por vicios en la construcción», en *Jurisprudencia práctica (Tecnos)*, Madrid, 1994, núm. 66, p. 21.

¹¹⁵ MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière*, cit., pp. 40-42.

Sin duda estas consideraciones han sido tenidas en cuenta en la Ley de Ordenación de la Edificación, y explican la norma de que en todo caso el promotor responde solidariamente con los demás agentes intervinientes ante los posibles adquirentes de los daños materiales en el edificio ocasionados por vicios o defectos de construcción.

Con toda lógica, el artículo 17.5 de la Ley de Ordenación de la Edificación dispone que «cuando el proyecto ha sido contratado conjuntamente con más de un proyectista, los mismos responderán solidariamente».

En este caso el proyecto, definido en el artículo 4 de la Ley de Ordenación de la Edificación, ha sido elaborado de manera conjunta, por lo que es una obra intelectual común, siendo problemático que la responsabilidad se pueda individualizar en tal caso, como exige el artículo 17.2 para que no opere el régimen de la responsabilidad solidaria.

A tenor del artículo 17.7 de la Ley de Ordenación de la Edificación, «cuando la dirección de la obra se contrate de manera conjunta a más de un técnico, los mismos responderán solidariamente sin perjuicio de la distribución que entre ellos corresponda».

Son reproducibles las consideraciones anteriormente expuestas a propósito del proyecto contratado conjuntamente con más de un proyectista.

La Disposición adicional séptima de la Ley de Ordenación de la Edificación establece que «quien resulte demandado por ejercitarse contra él acciones de responsabilidad basadas en las obligaciones resultantes de su intervención en el proceso de la edificación previstas en la presente Ley, podrá solicitar, dentro del plazo de que la Ley de Enjuiciamiento Civil concede para contestar a la demanda, que ésta se notifique a otro u otros agentes que también hayan tenido intervención en el referido proceso. La notificación se hará conforme a lo establecido para el emplazamiento de los demandados e incluirá la advertencia expresa a aquellos otros agentes llamados al proceso de que, en el supuesto de que no comparecieren, la sentencia que se dicte será oponible y ejecutable frente a ellos».

El origen de esta Disposición adicional se encuentra en la enmienda núm. 79 del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió¹¹⁶, actuando como portavoz Joaquim Ferrer i Roca, que fue admitida por el Grupo Parlamentario Popular. La justificación de la enmienda se encuentra en incorporar al

¹¹⁶ BOCG. Senado, serie II, núm. 148-d, de 21 de septiembre de 1999.

régimen de responsabilidad de los diferentes agentes que intervienen en el proceso de edificación la «llamada en garantía», prevista en el artículo 1482 del Código Civil para el saneamiento por evicción en los contratos de compraventa. De este modo, al establecer la posibilidad de provocar la intervención en el juicio como codemandados a otros agentes intervenientes en el proceso, facilitará el hecho de que la sentencia pueda individualizar la causa de los daños o precisar, en caso de concurrencia de culpas, el grado de intervención de cada agente en el daño producido.

VI. LOS PLAZOS DE GARANTÍA Y PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES

La responsabilidad que preveía el artículo 1591 del Código Civil alcanzaba a la ruina que tuviere lugar dentro de diez años, contados desde que concluyó la construcción. Reiteradamente, el Tribunal Supremo ha estimado que se trata de un plazo de garantía, y no de caducidad o de prescripción para ejercitar la acción: el vicio determinante de ruina debe manifestarse en el plazo de diez años y, una vez manifestado, la acción está sujeta al plazo general de prescripción de las acciones personales de quince años del artículo 1964 del Código Civil (STS de 17 de septiembre de 1996, 3 de mayo de 1996, 21 de marzo de 1996, 15 de mayo de 1995, 7 de febrero de 1995, 3 de diciembre de 1994 y 6 de abril de 1994, entre otras muchas)¹¹⁷.

Como subraya la STS de 7 de febrero de 1995, a tenor de repetida doctrina de la Sala, el plazo que establece el párrafo primero del artículo 1591 del Código Civil no es de prescripción ni de caducidad, sino de garantía, en el sentido de que para que nazca la acción de responsabilidad *ex lege*, conocida como «decenal», que dicho precepto establece, ha de producirse la ruina o exteriorizarse el vicio ruinógeno forzosamente dentro del plazo de diez años a contar desde la terminación de la obra, de modo que si transcurre sin haber ocurrido el evento, la acción ya no podrá nacer por haber precluido el expresado plazo de garantía, pero una vez nacida la acción, el plazo de prescripción es el general de quince años que para las acciones personales que no tengan señalado un término especial establece el artículo 1964 del Código Civil.

¹¹⁷ CABANILLAS, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1996». CCJC, 1997, núm. 43, pp. 153 y ss.

La STS de 3 de diciembre de 1994, afirma que la Sala *a quo* parte como hecho probado que los defectos denunciados lo fueron después de transcurrido el período decenal. Siendo así, es evidente que la acción se ejercitó fuera del plazo legal al haber transcurrido el plazo de garantía sin poner de relieve los defectos que la demanda acusa de una forma incompleta e imprecisa. Esta Sala, en numerosas sentencias, ha exigido que el vicio se exteriorice dentro del plazo de diez años y no, como ocurrió en el caso debatido, después de transcurrido. Con ello ha de estimarse que la acción no nació a favor de la recurrente contra los demandados, ni pudo por consiguiente comenzar a correr el plazo de los quince años que establece para la prescripción de las acciones personales el artículo 1964 del Código Civil.

En esta misma línea, para que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación, los agentes que intervienen en el proceso de la edificación respondan de los daños materiales ocasionados en el edificio por vicios o defectos, los daños han de producirse dentro de un determinado plazo, cuya duración varía según la gravedad de los mismos: un año, tres años y diez años a contar desde la fecha de recepción de la obra.

Se trata de plazos de garantía, dentro de los cuales ha de producirse el evento determinante de la responsabilidad. Al ser sólo plazos de garantía, no pueden confundirse con el plazo de prescripción de las acciones indemnizatorias, y en este sentido es muy claro el artículo 18.1 que después de establecer el artículo 17.1 los tres plazos de garantía, anual, trienal y decenal, dispone que «las acciones para exigir la responsabilidad prevista en el artículo anterior por los daños materiales dimanantes de los vicios o defectos, prescribirán en el plazo de dos años, a contar desde que se produzcan dichos daños».

Sentado lo anterior, los tres plazos del artículo 17.1 aparecen configurados como estrictos plazos de garantía. Representan, en este sentido, la más esencial peculiaridad de la responsabilidad aquí estudiada. Constituyen un tiempo de prueba de la buena ejecución de los trabajos de construcción. Al no ser plazos de prescripción, no son susceptibles de suspensión ni de interrupción.

Transcurrido el plazo de un año, de perfecta terminación, sin que se hayan producido daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras, no se aplicará el régimen de responsabilidad objetiva por tales daños que prevé el artículo 17.

Transcurrido el plazo de tres años, sin que se hayan producido daños materiales en el edificio por vicios o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones que occasionen el

incumplimiento de los requisitos de habitabilidad del apartado 1, letra c) del artículo 3, no se aplicará el régimen de responsabilidad objetiva de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación por tales daños que prevé el artículo 17.

Transcurrido el plazo de diez años, sin que se hayan producido daños materiales por vicios o defectos que afecten a elementos estructurales y que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio, no se aplicará el régimen de responsabilidad objetiva de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación por tales daños que prevé el artículo 17.

Lógicamente, tampoco operará el sistema de garantías que, en relación con los daños previstos por el artículo 17, establece el artículo 19, es decir, los seguros obligatorios de daños materiales o seguros de caución.

Los plazos de garantía anual de perfecta terminación, trienal y decenal que prevé el artículo 17.1 se cuentan desde la fecha de recepción de la obra, sin reservas o desde la subsanación de éstas.

Se sigue en este sentido del criterio que había que adoptar en torno al artículo 1591 del Código Civil para computar el plazo de garantía decenal, pues la obra inmobiliaria sólo puede considerarse concluida, en sentido jurídico, que es al que se refiere el citado precepto, cuando es aprobada y recibida definitivamente por el comitente (STS de 15 de octubre de 1990)¹¹⁸.

De manera expresa se refieren a la recepción de la obra los antecedentes de la Ley de Ordenación de la Edificación: el Anteproyecto de Ley de Garantías de la Edificación de 1985 (art. 14.3), el Anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 22 de febrero de 1994 (art. 51), el Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 28 de diciembre de 1995 (art. 12.4), el Anteproyec-

¹¹⁸ ALBÁCAR, *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, V, cit., p. 1567; CABANILLAS, «La recepción de la obra», ADC, 1978, pp. 307-308; CABANILLAS, «Contrato de obra (Dº Civil)», cit., p. 1601; CABANILLAS, «La evolución de las responsabilidades en la construcción», cit., p. 352; CABANILLAS, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1996», CCJC, 1997, núm. 43, p. 157; CADARSO, *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, cit., pp. 348-349; CARRASCO, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, cit., p. 253; FERNÁNDEZ COSTALES, *El contrato del arquitecto en la edificación*, cit., p. 205; HERRERA CATENA, *Responsabilidades en la construcción*, I-I, Granada, 1994, pp. 178 y ss.; LUCAS FERNÁNDEZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XX-2, cit., p. 297; MARTÍNEZ MAS, *La recepción en el contrato de obra*, Madrid, 1998, pp. 129 y ss.; MOLINA, *Ruina y seguro de responsabilidad decenal*, cit., pp. 520-521 (con referencia a la praxis aseguradora); MARTÍNEZ AGUIRRE, «La responsabilidad decenal del artículo 1591 CC: breve repaso a la jurisprudencia de los años noventa», cit., p. 1917; RAYÓN BALLESTEROS, *Régimen jurídico procesal de la responsabilidad decenal por defectos en la construcción de las obras*, cit., pp. 243 y ss., esp. p. 252; SALVADOR CODERCH, *Comentario del Código Civil*, II, cit., p. 1196; Francisco Javier SÁNCHEZ CALERO, *El contrato de obra. Su cumplimiento*, cit., p. 79.

to de Ley de Ordenación de la Edificación, de 21 de septiembre de 1998 (art. 19), y el Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 15 de marzo de 1999 (art. 17.1).

También se refiere a la recepción de la obra para computar el plazo de garantía decenal por ruina el Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del Código Civil sobre los contratos de servicios y de obra, de 12 de abril de 1994 (art. 1600).

En el Derecho francés, la garantía de perfecta terminación, la garantía bienal y la garantía decenal se computan desde la recepción de la obra (arts. 1792-6, 1792-3 y 2270 del Código Civil).

Incluso en caso de reservas, el punto de partida del plazo es inmutablemente fijado en el día de la recepción, y no en el de la realización de las reservas. La solución contraria que se defendía con anterioridad a la Ley, de 4 de enero de 1978, presentaba el inconveniente de introducir una dualidad de plazos y además una incertidumbre en cuanto al punto de partida del segundo plazo, pues sucedía a menudo en la práctica que no se procediera formalmente a la realización de las reservas. Esta solución es condenada tanto por la letra del artículo 1792-6 del Código Civil, que se refiere a una recepción con o sin reservas, como por el rechazo de una propuesta encaminada a restablecerla¹¹⁹.

Boubli¹²⁰ señala que en el sistema anterior a la Ley, de 4 de enero de 1978, se admite que las garantías legales –decenal y bienal– sólo corrían a partir del día en que se habían hecho las reservas. En adelante, esta solución es condenada. La Ley toma como punto de partida de las garantías la recepción con o sin reservas (arts. 1792-6 y 2270 del Código Civil).

Para Boubli¹²¹, el plazo de garantía comienza a correr a partir de la recepción de los trabajos. Poco importa que ésta sea definitiva o provisional. Sólo se tiene en cuenta la recepción efectiva, siguiendo un principio consagrado por la jurisprudencia y por el artículo 1792-6.

Boubli¹²² subraya que el legislador francés ha abandonado el principio de la doble recepción, la provisional y la definitiva. El principio de la recepción única resulta del artículo 1792-6 del Código Civil. El texto sólo contempla «la» recepción y los trabajos preparatorios no dejan duda alguna al respecto. El abandono de la

¹¹⁹ MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière*, cit., p. 123.

¹²⁰ BOUBLI, *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, cit., p. 165.

¹²¹ BOUBLI, *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, cit., pp. 144 y ss.

¹²² BOUBLI, *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, cit., pp. 144 y ss.

doble recepción por la Ley, de 4 de enero de 1978, evita que haya que interrogar la fecha de la recepción útil para determinar el punto de partida de las garantías legales (decenal, bienal y de perfecta terminación). En la medida en que las garantías son de orden público, no parece que las partes puedan hacer remontar las garantías legales a una fecha anterior a la recepción, es decir, a la terminación.

Huet¹²³ afirma también que la recepción de los trabajos, tal como la define el artículo 1792-6 del Código Civil, es un momento capital en la ejecución del contrato: constituye el punto de partida de todas las garantías. Con un espíritu de simplificación, la ley nueva abandona la distinción anterior, hecha en la práctica, entre dos recepciones llamadas «provisional» y «definitiva».

Gracias al hecho de que la recepción es seguida de un período de consolidación de la terminación, bajo la forma de una garantía nueva, que se extiende durante un año, la recepción es considerada como realizada en un momento único por la aceptación con o sin reservas de la obra entregada. Se trata de constatar un hecho: la terminación del inmueble, conforme a las previsiones contractuales, y la fecha de esta terminación.

Al poder hacerse reservas, la recepción no implica la aprobación total de los trabajos. Estas reservas deberán ser satisfechas ulteriormente y, a menudo, una retención como garantía en el pago del precio sirve de medio de presión.

En el Derecho español, el artículo 17.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación para computar los plazos de garantía se refiere a la fecha de la recepción de la obra sin reservas o desde la subsanación de éstas. Esto significa que si la recepción de la obra se ha producido sin reservas, a partir de este momento se computan los plazos de garantía anual de perfecta terminación, trienal y decenal. En cambio, si la recepción de la obra ha tenido lugar con reservas, no se atiende para computar los plazos de garantía a la fecha de la recepción de la obra, sino al momento de la subsanación de las reservas, es decir, al instante en que son subsanados los defectos observados al tener lugar la recepción de la obra y cuya existencia determinó que se hicieran las reservas. No existe incertezza, a la hora de computar los plazos de garantía, cuando la recepción de la obra se hace con reservas, pues el artículo 6.2 d) de la Ley de Ordenación de la Edificación dispone que una vez subsanados los defectos observados, se hará constar en un acta aparte, suscrita por los firmantes de la recepción. En rigor, la subsanación de las reservas, a la que se refiere el artículo 17.1, tiene lugar en el momento en que

¹²³ HUET, «Les principaux contrats spéciaux», cit., p. 1347.

es firmada la citada acta, que evidencia que han dejado de existir las reservas hechas en la recepción de la obra.

La recepción de la obra es definida por el artículo 6.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación como el acto por el cual el constructor, una vez concluida la obra, hace entrega de la misma al promotor y es aceptada por éste. Podrá realizarse con o sin reservas y deberá abarcar la totalidad de la obra o fases completas y terminadas de la misma, cuando así se acuerde por las partes.

El artículo 6.5 establece, en clara relación con el artículo 17.1, que el cómputo de los plazos de responsabilidad y garantía establecidos en esta Ley, se iniciará a partir de la fecha en que se suscriba el acta de recepción, o cuando se entienda ésta tácitamente producida según lo previsto en el apartado anterior: la recepción se entenderá tácitamente producida si transcurridos treinta días desde la fecha indicada el promotor no hubiera puesto de manifiesto reservas o rechazo motivado por escrito.

Al acta de recepción, que es fundamental para el inicio del cómputo de los plazos de responsabilidad y garantía, salvo que la recepción se entienda tácitamente producida, se refiere el artículo 6.2, disponiendo que la recepción deberá consignarse en un acta firmada al menos por el promotor y el constructor, y en la misma se hará constar:

- a) Las partes que intervienen.
- b) La fecha del certificado final de la totalidad de la obra o de la fase completa y terminada de la misma.
- c) El coste final de la ejecución material de la obra.
- d) La declaración de la obra con o sin reservas, especificando, en su caso, éstas de manera objetiva, y el plazo en que deberán quedar subsanados los defectos observados. Una vez subsanados los mismos, se hará constar en un acta aparte, suscrita por los firmantes de la recepción.
- e) Las garantías que, en su caso, se exijan al constructor para asegurar sus responsabilidades.

Asimismo, se adjuntará el certificado final de la obra suscrito por el director de la obra y el director de la ejecución de la obra.

Con buen criterio, no prosperó la enmienda 29 del Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) al artículo 17, inciso final del apartado 1 del Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación¹²⁴, en la que se proponía el siguiente texto: «1. Sin perjuicio de...

¹²⁴ Enmiendas. BOCG. Congreso de los Diputados. Serie A: Proyectos de Ley, 21 de mayo de 1999, núm. 163-9.

daños materiales ocasionados en el edificio dentro de los plazos indicados, contados desde la fecha de conclusión y entrega de la obra o construcción a la propiedad».

Se trató de justificar esta enmienda, diciendo que se trata de adecuar el punto temporal de referencia para el inicio del cómputo de los plazos al criterio de definición empleado por la jurisprudencia sobre el artículo 1591 del Código Civil.

En nuestra opinión, la fecha de recepción de la obra no puede constituir el punto de partida del plazo de garantía en la medida en que no estamos ante una responsabilidad contractual (se desenvuelve al margen del contrato), la práctica demuestra que muchas veces las obras se recepcionan sin que estén realmente concluidas, quedaría sin solución el supuesto en que se produzcan recepciones parciales (o al menos se complicaría enormemente) y, en definitiva, si lo que se pretende con esta Ley es proteger los intereses de los usuarios, lo más razonable es que las garantías comiencen a contar desde la fecha en que se les entrega la obra y no desde una fecha que depende de la voluntad de los hipotéticos responsables.

Los defensores de la tesis de la recepción pueden alegar la dificultad de prueba para acreditar la fecha de la conclusión y entrega de las obras, sin embargo, además del reforzamiento que supone ese doble requisito de «conclusión y entrega», está el argumento de que siempre será mucho más fácil probar un hecho físico que un acto jurídico negocial entre terceros como es la recepción.

El Grupo Parlamentario Popular ofreció una transacción en el artículo 6 perfeccionando en qué consiste exactamente el documento o el trámite de la recepción de la obra y se añade en el artículo 17 el pormenor de que la recepción se haga sin reservas o desde la subsanación de éstas en cuanto al momento de iniciar el cómputo. La señora Uría Echevarría¹²⁵ afirma que podrá perfeccionarse con el añadido del paso de la obra al propietario (en este momento estamos hablando del promotor al constructor). Aceptamos la transacción en este momento y quizás intentemos un cierre mayor en el Senado.

Cuando se produzcan los daños materiales, consecuencia de vicios o defectos de construcción, dentro de los plazos anual de perfecta terminación, trienal o decenal, los propietarios y los terceros adquirentes de los edificios o parte de los mismos, en el caso de que sean objeto de división, podrán ejercitar las correspondientes acciones para exigir la responsabilidad contra el constructor, en el

¹²⁵ Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados. Pleno, núm. 252, de 1 de julio de 1999.

supuesto de la garantía anual de perfecta terminación, y las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación, en los supuestos de garantías trienal y decenal, prescribiendo la acción en el plazo de dos años a contar desde que se produzcan los daños materiales dimanantes de los vicios o defectos, sin perjuicio de las acciones que puedan subsistir para exigir responsabilidades por incumplimiento contractual (art. 18.1).

No prosperó la enmienda núm. 1 del Grupo Socialista del Congreso¹²⁶ en la que se afirma que el régimen de responsabilidades sobre vicios ocultos derivado de los artículos correspondientes del Código Civil, conocido de forma general por la población, se sustituye en el Proyecto de forma tácita por un régimen inaceptable para los consumidores y usuarios de los edificios, pues la acción para reclamar por defectos y vicios ocultos en la construcción se inicia cuando se produce el daño y dura dos años, y no cuando el afectado lo conoce.

Tampoco prosperaron la enmienda núm. 122 del Grupo Socialista del Congreso al artículo 18.1 del Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación¹²⁷ y la enmienda núm. 61 del Grupo Socialista del Senado¹²⁸, en las que se proponía el siguiente texto: «2. Las acciones para exigir la responsabilidad prevista en el artículo anterior por daños materiales dimanantes de los vicios o defectos prescribirán en el plazo de tres años, a contar desde que sean conocidos por el afectado dichos daños, sin perjuicio de las acciones que puedan subsistir para exigir responsabilidades por incumplimiento contractual».

Se justifican estas enmiendas afirmando que el plazo de dos años previsto en el Proyecto de Ley es insuficiente para el ejercicio de las acciones que se conceden a los perjudicados, tanto más si se empiezan a contar desde que se produzcan dichos daños y no desde que sean conocidos por el afectado.

El constructor, en el supuesto de la garantía anual de perfecta terminación, y los agentes que intervienen en el proceso de edificación, cuando la garantía es trienal o decenal, responden objetivamente por los daños materiales dimanantes de los vicios o defectos en los edificios o parte de los mismos, en el caso de que sean objeto de división. Pero una vez que se haya hecho efectiva esta responsabilidad, cabe «la acción de repetición que pudiese corresponder a

¹²⁶ Enmiendas. BOCG. Congreso de los Diputados. Serie A: Proyectos de Ley, 21 de mayo de 1999, núm. 163-9.

¹²⁷ Enmiendas. BOCG. Congreso de los Diputados. Serie A: Proyectos de Ley, 21 de mayo de 1999, núm. 163-9.

¹²⁸ Enmiendas. BOCG. Senado. Serie II, núm. 148-2, de 21 de septiembre de 1999.

cualquiera de los agentes que intervienen en el proceso de edificación contra los demás, o a los aseguradores contra ellos. Prescribirán en el plazo de dos años desde la firmeza de la resolución judicial que condene al responsable a indemnizar los daños, o a partir de la fecha en la que se hubiera procedido a la indemnización de forma extrajudicial» (art. 18.2).

No prosperaron la enmienda núm. 123 del Grupo Socialista del Congreso al artículo 18.2 del Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación¹²⁹ y la enmienda núm. 62 del Grupo Socialista del Senado¹³⁰, en las que se proponía el siguiente texto: «3. La acción de repetición que pudiese corresponder a cualesquiera de los agentes que intervienen en el proceso de edificación contra los demás, o a los aseguradores contra ellos, prescribirá en el plazo de tres años desde la firmeza de la resolución judicial que condene al responsable al cumplimiento de las obligaciones previstas en esta Ley, o a partir de la fecha en la que se hubiera procedido al cumplimiento de forma extrajudicial».

Se justifica esta enmienda afirmando que se trata de una mejora técnica.

Como pusimos de relieve anteriormente, en la sesión del Pleno del Senado, de 29 de septiembre de 1999, el Senador Bris¹³¹, del Grupo Parlamentario Popular, se refiere a la preocupación del Grupo Parlamentario Socialista sobre el plazo de dos años para pedir responsabilidades. Anteriormente el plazo era de tres por defectos y vicios ocultos, que es a lo que se refería la Senadora Pleguezuelos. A nosotros nos parece un plazo (el de dos años) suficiente por varias razones. En primer lugar, porque este Proyecto de Ley protege más al usuario, mediante un sistema de responsabilidades más reglamentado y por la respuesta solidaria del promotor. Además, dispone de unas garantías de aseguramiento que antes no tenía. Por otra parte, el plazo de dos años se ajusta a lo establecido por la Ley de Contratos de Seguros. Finalmente, un aumento del plazo agravaría este tipo de daños innecesariamente, puesto que ha transcurrido más tiempo, provocaría un mayor coste de las reparaciones, traduciéndose en un aumento de la primera y, además, todos estos costes adicionales repercutirían en el consumidor final.

La Ley de Ordenación de la Edificación, al establecer los plazos de garantía anual de perfecta terminación, trienal y decenal, y un

¹²⁹ Enmiendas. BOCG. Congreso de los Diputados. Serie A: Proyectos de Ley, 21 de mayo de 1999, núm. 163-9.

¹³⁰ Enmiendas. BOCG. Senado. Serie II, núm. 148-d, de 21 de septiembre de 1999.

¹³¹ Cortes Generales. Diario de Sesiones del Senado, núm. 140, de 29 de septiembre de 1999.

plazo de prescripción de dos años, supone una importante modificación del régimen que establecía el artículo 1591 del Código Civil, que fijaba únicamente un plazo de garantía decenal por vicios del suelo, de la dirección o de la construcción en caso de ruina, que es entendida por nuestra jurisprudencia de una manera extraordinariamente amplia, comprendiendo en ella a aquellos defectos que hagan temer la pérdida del inmueble o le hagan inútil para la finalidad que le es propia, así como aquellos otros que, por exceder de las imperfecciones corrientes, configuran una violación del contrato o inciden en la habitabilidad del edificio¹³². Además, en consonancia con la naturaleza contractual de la responsabilidad decenal, a la que nos hemos referido anteriormente, la acción para hacerla efectiva, ante el silencio del artículo 1591, prescribía en el plazo de quince años (art. 1964 del código Civil), contado desde que la acción pudo ser ejercitada (art. 1969 del Código Civil), es decir, a partir del día en que el titular de la acción tuvo conocimiento del vicio determinante de ruina, que es extraordinariamente largo, siendo además susceptible de interrupción de conformidad con la regla general del artículo 1973 del Código Civil. Por este motivo Gómez de la Escalera¹³³ señala con toda razón que quizás éste sea uno de los puntos más necesitados de reforma en nuestro Derecho, para reducirlo a un plazo más breve. Cabría imaginar casos en que el vicio determinante de ruina se patentizase poco antes del transcurso de diez años de concluida la obra inmobiliaria y la acción resarcitoria se ejercitara casi quince años después, lo cual es subrayado por la STS de 17 de septiembre de 1996¹³⁴, al decir que apreciada la ruina dentro del período de garantía (los diez años), a partir de ese momento el perjudicado contará con los quince años del plazo prescriptivo general del artículo 1964 del Código Civil, que empezarán a contarse de acuerdo con la doctrina de la *actio nata*, proclamada en el artículo 1969 del mismo cuerpo legal; cómputo que en caso extremo puede prolongarse hasta veinticinco años desde la terminación del edificio, si el vicio ruinógeno se manifiesta en el último momento de la expiración del plazo de garantía.

Esta consecuencia era excesivamente gravosa para el arquitecto o el contratista; se trata de una de las críticas más fundadas que se han dirigido contra el artículo 1591 del Código Civil, partiendo,

¹³² Vid. CABANILLAS, «La evolución de las responsabilidades en la construcción», *cit.*, p. 358.

¹³³ GÓMEZ DE LA ESCALERA, *La responsabilidad civil de los promotores, constructores y técnicos por los defectos de construcción*, *cit.*, p. 283.

¹³⁴ CABANILLAS, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1996», CCJC, 1997, núm. 43, pp. 153 y ss.

lógicamente, de la naturaleza contractual de la responsabilidad decenal.

El Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del Código Civil sobre los contratos de servicios y de obra, de 12 de abril de 1994, soluciona, en parte, el problema que planteaba el artículo 1591, al mantener en el artículo 1600 el plazo decenal por vicios de la construcción que determinan la ruina de la obra inmobiliaria, computado desde la recepción; pero acorta el plazo de prescripción, que se fija en tres años, con lo que se resuelve el problema de la excesiva prolongación temporal a que podía dar lugar la acumulación de los diez años de garantía a los quince de prescripción. Sin embargo, Cadarso¹³⁵ no considera acertado que no corra la prescripción sino desde la fecha en que la ruina se haya consumado: eso no tiene sentido, o no está justificado, en los casos de ruina incipiente, o ruina potencial, o peligro de ruina, en que el perjudicado puede accionar –y debe cuando menos interrumpir– de inmediato, pues no hay razón que justifique o legitime una actitud de pasividad en espera que la ruina devenga actual y consumada.

La Ley de Ordenación de la Edificación sigue, en lo esencial, a sus antecedentes más próximos, que son el Anteproyecto de Ley de Garantías de la Edificación, de 1985 (art. 19), el Anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 22 de febrero de 1994 (art. 51), el Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 28 de diciembre de 1995 (art. 50), el Anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 21 de septiembre de 1998 (art. 19), y el Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, de 15 de marzo de 1999 (arts. 17 y 18), que se inspiran en el Derecho francés, por lo que es imprescindible exponer como la Ley, de 4 de enero de 1978, configura la garantía de perfecta terminación, la garantía bienal y la garantía decenal (arts. 1792, 1792-2, 1792-3, 1792-6 y 2270 del Código Civil), aunque debemos subrayar que existen importantes diferencias entre la Ley española de Ordenación de la Edificación y la Ley francesa, de 4 de enero de 1978, al establecer el régimen de los plazos de garantía, siendo menos complejo el insitaurado en nuestro Derecho.

La Ley, de 4 de enero de 1978, recogiendo en buena medida una práctica extendida entre ciertos contratistas que la concedían voluntariamente en sus contratos, ha establecido en el artículo 1792-6 una garantía de perfecta terminación, en virtud de la cual el contratista responde de todos los desperfectos, a excepción de los que

¹³⁵ CADARSO, «Riesgo y responsabilidad en el contrato de obra», cit., p. 130.

tengan su causa en el uso o el desgaste normal, que presente la obra que, aparecidos antes de la recepción, sean señalados por el propietario de la obra mediante las oportunas reservas en el proceso verbal de recepción, o bien que aparecidos dentro del año siguiente a la recepción, sean comunicados al contratista por medio de la correspondiente notificación escrita.

La garantía de perfecta terminación se establece en contra del contratista (*entrepreneur*), y no de las otras personas consideradas como constructores en el artículo 1792-1, y en favor del propietario de la obra.

Objetivamente, la garantía cubre todos los desperfectos que presente la obra, con tal que reúnan los siguientes requisitos:

1.º Que no tenga su origen en un uso normal o desgaste de la obra.

2.º Que siendo aparentes al tiempo de la recepción, hayan sido objeto de las oportunas reservas mencionadas en el proceso verbal de recepción, o que no siendo aparentes al tiempo de la recepción, hayan aparecido dentro del año siguiente de la misma, y sean denunciados al contratista mediante notificación escrita.

Concurriendo los requisitos necesarios, el contratista está obligado a realizar los trabajos necesarios para la reparación o subsanación de los desperfectos dentro de los plazos fijados, de común acuerdo, con el propietario de la obra. En defecto de acuerdo, o en caso de incumplimiento del plazo fijado, y una vez que el requerimiento efectuado al efecto haya sido ineficaz, los trabajos de reparación podrán ser ejecutados a cargo y riesgo del contratista incumplidor. La constatación de que los trabajos de reparación han sido debidamente ejecutados puede hacerse amistosamente entre las partes, o en vía judicial.

La garantía de perfecta terminación concierne de una parte a los daños materiales por vicios o defectos de construcción que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras que son objeto de reservas en el proceso de recepción, y que, por tanto, son aparentes, y de otra parte, a los que se revelan en el año siguiente a la recepción¹³⁶.

La garantía de perfecta terminación ha sido concebida para permitir al dueño de la obra que disponga, un año después de la recepción, de una obra tan rigurosamente conforme y correcta como era –o habría debido ser– en la fecha de la recepción. Se trata, pues, de una garantía de terminación destinada a satisfacer las reservas for-

¹³⁶ BENABENT, *Droit civil. Les contrats spéciaux*, cit., p. 315.

muladas en el momento de la recepción y a remediar las imperfecciones aparecidas en el curso del primer año.

Hasta aquí la concesión de esta garantía dependía del acuerdo o de la buena voluntad del contratista. Al devenir obligatoria, la garantía de perfecta terminación alcanza un ámbito más amplio que el convencional de antaño. En lo sucesivo, la garantía se extiende a la reparación de todos los desordenes señalados por el dueño de la obra¹³⁷.

A diferencia de las garantías trienal y decenal que recaen sobre una letanía de deudores, la garantía de perfecta terminación sólo es debida por el contratista, con exclusión de otros constructores o intervinientes (los otros agentes de la edificación).

En cuanto a su naturaleza jurídica, se trata de una garantía puramente objetiva debida por el contratista; dicho esto, es razonable pensar que el contratista podrá ejercer un recurso contra los eventuales responsables¹³⁸.

La garantía de perfecta terminación concierne a dos tipos de vicios o defectos de ejecución, que se distinguen en función de su aparición: 1) los vicios o defectos aparentes en el momento de la recepción, a condición de que hayan sido objeto de reservas, presumiéndose ocultos, según la jurisprudencia, todos los vicios salvo prueba en contrario; 2) los vicios o defectos revelados en el año de la recepción, que han sido señalados por el dueño de la obra¹³⁹.

Aunque algunos autores dudan del carácter de orden público de la garantía de perfecta terminación, a diferencia de las otras garantías, Malinvaud y Jestaz¹⁴⁰ consideran que la lógica de la ley determina que tenga carácter de orden público la garantía de perfecta terminación, pues, de otra manera, el sistema no cumpliría su fin (en este sentido *Rép. mi. Just. J.O. Déb. Sénat, 30 de octubre de 1979*). Es lo que ha establecido el legislador francés modificando el artículo 1792-5 (L. 19 de diciembre de 1990, art. 2).

Boublí¹⁴¹ subraya las tres ventajas de la garantía de perfecta terminación. Esta garantía designa como deudor al contratista. Éste debe remediar los defectos que son objeto de reservas en el proceso verbal de recepción, o que se manifiestan durante el plazo de un año a contar de la recepción. Debe asegurar la reparación *in natura*, que es así garantizada, y debe hacerlo en un breve plazo, lo que

¹³⁷ MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière*, cit., p. 110.

¹³⁸ MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière*, cit., p. 111.

¹³⁹ MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière*, cit., p. 111.

¹⁴⁰ MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière*, cit., p. 115.

¹⁴¹ BOUBLÍ, *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, cit., pp. 152 y ss.

evita los peritajes largos e inciertos. La garantía de perfecta terminación aligera el coste del seguro. Es evidente que el contratista que procede a las reparaciones puede dirigirse contra los otros arrendadores de obra para hacerles soportar la totalidad del daño si demuestra que ellos son los únicos responsables o para obtener un reparto de la deuda con ellos. La garantía de perfecta terminación presenta, en fin, la ventaja de poner al contratista en primera línea, lo que simplifica la tarea del dueño de la obra.

La garantía de perfecta terminación se extiende a la reparación de todos los desordenes señalados por el dueño de la obra sea por medio de reservas mencionadas en el proceso verbal de recepción, sea por vía de notificación escrita, para los revelados posteriormente a la recepción (art. 1792-6).

Los desordenes aparentes en el momento de la recepción, deben dar lugar a las reservas mencionadas en el proceso verbal. Los desordenes no reservados, pero aparentes, escapan a toda garantía (Cas. Civ. 16 de diciembre de 1987 y 12 de julio de 1988).

Los desordenes no aparentes en el momento de la recepción, deben ser señalados al contratista por vía de notificación escrita, si se revelan en el año de la recepción.

El plazo de garantía es de un año. Comienza a correr a partir de la recepción de los trabajos, sin importar en la ley nueva que vaya acompañada o no de reservas.

El plazo no puede ser interrumpido ni suspendido. Es un plazo fijo. Sólo concierne a los desordenes que se manifiesten en el curso del año que sigue a la recepción.

La obligación de remediar las imperfecciones que entra en el campo de aplicación de la garantía incumbe al contratista. Este debe asegurar la reparación de todos los desordenes (art. 1796-6).

La garantía tiene el interés principal de favorecer la reparación *in natura* de los defectos.

La garantía de perfecta terminación es objetiva, pues en otro caso no tendría sentido. Además, los términos de la ley son inequívocos en este sentido: «la garantía se extiende a la reparación de todos los desordenes» que entran en su campo de aplicación, lo que dispensa al dueño de establecer la culpa del contratista.

El contratista puede interponer un recurso contra los otros arrendadores de obra según las reglas establecidas por los Tribunales en la materia. La existencia de tal recurso no ofrece dudas.

Huet¹⁴² señala que la garantía de perfecta terminación es una innovación de la Ley de 4 de enero de 1978, inspirada en la prácti-

¹⁴² HUET, «Les principaux contrats spéciaux», *cit.*, pp. 1349 y ss.

ca, dirigida a solucionar el problema de las disputas constantes que se producen después de la terminación de los trabajos entre el dueño de la obra, que reclama siempre retoques y reparaciones, y el contratista que considera que su trabajo está terminado.

El artículo 1792-6 prevé que esta garantía es debida y que dura un año a contar de la recepción. La misma obliga al contratista a reparar todos los desordenes señalados por el dueño de la obra. Se trata de una obligación de resultado. Pero, en el seno de las normas del arrendamiento de obra, es una garantía que posee una naturaleza muy particular, puesto que sólo pesa sobre uno de los intervenientes en la operación de construcción, el contratista que ha realizado los trabajos cuya calidad es criticada. Nada impide que el contratista que ha llevado a cabo la reparación se vuelva contra los otros intervenientes, de tal manera que el arquitecto o incluso el subcontratista puedan ver su responsabilidad comprometida.

Esta garantía beneficia al dueño de la obra.

El mecanismo de la garantía de perfecta terminación ha sido concebido para permitir al dueño de la obra que disponga, un año después de la recepción, de una obra conforme a su esperanza legítima. Se trata de un medio para asegurarle la obtención *in natura* de las reparaciones propias para satisfacer las reservas expresadas en el momento de la recepción, o suprimir los defectos señalados después. Una retención como garantía puede ser acordada por las partes, constituyendo un medio de presión eficaz para el dueño de la obra. Su uso ha sido reglamentado por una Ley de 16 de julio de 1971, que la limita al 5% del montante del contrato y obliga al deudor a consignar esta suma, a fin de evitar reclamaciones que tengan un carácter puramente dilatorio.

A pesar del hecho de que esta garantía tenga por objeto purgar los defectos de la construcción que se revelen en la recepción o poco después, los Tribunales consideran que la garantía del artículo 1792-6 no prohíbe el recurso, por el dueño de la obra, a los otros textos que rigen la responsabilidad de los constructores, es decir, a los artículos 1792 y siguientes: por ejemplo, está fundado demandar a título de garantía decenal la reparación de desordenes que se revelan dentro del año siguiente a la recepción.

Los desordenes del artículo 1792-6 son, de un lado, los defectos aparentes en el momento de la recepción y que son objeto de reservas mencionadas en el proceso verbal establecido por los interesados, y de otro lado, los que se revelan en el año de la recepción y son señalados por escrito al contratista. A menudo se tratará de defectos de instalación (baldosas despostilladas) o de fabricación (una cisterna no funciona) o bien olvidos puros y simples (omisión de prestaciones prometidas). Alguna vez, sin

embargo, esta garantía se aplica a defectos de más graves consecuencias, pero que aparecen rápidamente (deficiente hermeticidad de la techumbre). La noción de desorden se extiende igualmente a todos los defectos de conformidad que dependen de la obligación de entrega. En la práctica, la perfecta terminación es una noción que se conecta tanto a la entrega conforme como a la garantía contra los defectos.

Siendo así de un alcance muy amplio, Huet¹⁴³ subraya que la garantía de perfecta terminación cubre toda clase de defectos de construcción que, en el pasado, difícilmente podían ser cubiertos por las garantías clásicas: así los defectos de gravedad ligera o incluso los llamados daños «intermedios», es decir, los que no son contemplados ni por la garantía bienal ni por la garantía decenal. Por este motivo, el mecanismo contribuye en una buena medida a que sea rara la necesidad de hacer jugar frente a los constructores una responsabilidad residual de derecho común, susceptible de colmar los vacíos del dispositivo legislativo.

Las condiciones de la puesta en funcionamiento de la garantía, son igualmente precisadas por el artículo 1792-6, que determina los plazos de ejecución de los trabajos de terminación o de puesta en conformidad del inmueble. El texto dispone que los plazos necesarios para la ejecución de los trabajos de reparación son fijados de común acuerdo por el dueño de la obra y el contratista. En caso de puesta en mora infructuosa por el dueño de la obra, los trabajos pueden ser ejecutados a costa del contratista rebelde. Algunos autores aprecian que existe el riesgo de colocar al contratista a merced del humor de su cocontratante que hará ejecutar los trabajos a cualquier precio, sin decisión judicial. Pero el juez puede ser siempre llamado para controlar la buena ejecución de los trabajos. Esta ejecución es constatada de común acuerdo o en su defecto judicialmente. El papel del magistrado es, aquí, el mismo que en el momento de la recepción. El efecto de la decisión judicial es evitar el litigio sobre la terminación y la conformidad del inmueble.

La garantía decenal implica que a contar de la recepción, todos los constructores, definidos en el artículo 1792-1 (arquitecto, contratista, técnicos, promotor), son responsables durante diez años de los daños que comprometan la solidez de la obra o que, afectando a uno de sus elementos constitutivos o a uno de sus elementos de equipamiento, la hacen imprópria para su destino.

La presunción de responsabilidad establecida por el artículo 1792 se extiende igualmente a los daños que afectan a la solidez

¹⁴³ HUET, «Les principaux contrats spéciaux», *cit.*, p. 1351.

de los elementos de equipamiento de un edificio, pero solamente cuando éstos forman un cuerpo indisociable con las obras de viabilidad, cimientos, estructura, de cerramiento o de cubierta.

Un elemento de equipamiento se considera que forma indisociablemente cuerpo con una de las obras mencionadas cuando su desmontaje o su sustitución no puede efectuarse sin deterioro o desprendimiento de la materia de la obra.

Los otros elementos de equipamiento del edificio son objeto de una garantía de buen funcionamiento de una duración mínima de dos años que se cuenta a partir de la recepción de la obra.

Como se señala en el Informe Spinetta, es fundamental la distinción entre las obras y los elementos de equipamiento.

A diferencia de la garantía decenal, la garantía bienal de buen funcionamiento se refiere a los elementos de equipamiento disociables de la obra. Por ello puede pensarse que para escapar a la garantía decenal, numerosos fabricantes y contratistas establecerán al máximo equipamientos disociables. Pero esta tentación no podrá ir demasiado lejos y, en caso de fraude manifiesto, podrá suscitar la reacción jurisprudencial¹⁴⁴.

Parece razonable reservar al deudor de la garantía las mismas causas de exoneración: fuerza mayor, hecho de un tercero y culpa de la víctima.

No es evidente que deba esta garantía de buen funcionamiento «todo constructor» como establecen los artículos 1792 y 1792-2 para la garantía decenal. Teniendo en cuenta la redacción diferente del artículo 1792-3, podría sostenerse que sólo son afectados los que han tenido la responsabilidad de la concepción, de la elección, de la fabricación y de la instalación del elemento de equipamiento considerado¹⁴⁵.

La garantía tiene una duración mínima de dos años, lo que da a entender que los constructores serán invitados a conceder una garantía de una duración superior. Sin embargo, esta garantía está limitada siempre a dos años¹⁴⁶.

Como observan Malinvaud y Jestaz¹⁴⁷, mientras que la garantía de perfecta terminación pesa únicamente sobre el contratista y es independiente de toda noción de responsabilidad, la responsabilidad decenal y la garantía bienal recaen sobre una cohorte de personas, constructores o reputados constructores, y reposan sobre una presunción de responsabilidad.

¹⁴⁴ MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière*, cit., p. 129.

¹⁴⁵ MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière*, cit., p. 130.

¹⁴⁶ MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière*, cit., p. 130.

¹⁴⁷ MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière*, cit., p. 115.

La garantía bienal de buen funcionamiento del artículo 1792-3 aparece como un subproducto de la responsabilidad decenal establecida por el artículo 1792.

Brevemente, si la originalidad de la garantía de perfecta terminación justifica que se la trate separadamente, la responsabilidad decenal y la garantía bienal presentan puntos comunes que aconsejan un análisis conjunto. Pero no hay que equivocarse, ya que se trata de algo totalmente diferente de la distinción entre obras mayores y menores de la Ley de 3 de enero de 1967.

La dualidad de responsabilidades –bienal y decenal– es mantenida por la Ley de 4 de enero de 1978, pero no se refiere a dos categorías de obras según su naturaleza –mayores y menores¹⁴⁸.

Según Boublí¹⁴⁹, bajo el imperio de las disposiciones anteriores a la Ley de 4 de enero de 1978, las garantías decenal y bienal se distinguían esencialmente por la sede del daño y la duración del plazo de prueba. Se conectaban a la decenal los defectos que afectaban a las obras mayores, y a la bienal, los defectos que tocaban a las obras menores.

La Ley de 4 de enero de 1978 consagra un principio diferente. El Informe de la Comisión Spinetta distingue en efecto la función de equipamiento de la función de construcción. Es a partir de esta delimitación que se opera la distinción entre las garantías decenal y bienal.

Boublí¹⁵⁰ subraya la doble función de los plazos de garantía. El plazo, ya se trate del relativo a la garantía de las obras o el relativo a la de equipamiento, es un plazo de prueba de la solidez del inmueble o del buen funcionamiento de los equipamientos. Se estima en general que la obra que no presente ningún desorden importante durante el tiempo de prueba, es de una cierta calidad y que su perennidad está asegurada a poco que el propietario lleve a cabo un mantenimiento normal.

El plazo de garantía no es solamente un plazo de prueba; es también un plazo de acción en garantía. Este sólo debería correr normalmente a partir del acaecimiento del daño y, a falta de otra disposición, estar sometido al artículo 2262 del Código Civil, es decir, ser de treinta años, ya que todas las acciones, tanto reales como personales, prescriben a los treinta años. Sin duda en virtud de las consecuencias excesivas que conlleva la aplicación de esta disposi-

¹⁴⁸ MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière*, cit., pp. 116-117.

¹⁴⁹ BOUBLI, *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, cit., p. 225.

¹⁵⁰ BOUBLI, *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, cit., pp. 250 y ss.

ción, los Tribunales han encerrado el plazo de la acción en el plazo de prueba. Dicho de otra manera, cuando la garantía es decenal y el desorden aparece seis años después de la recepción, el plazo de la acción es de cuatro años. El plazo de prueba y el plazo de la acción en garantía se confunden. Pero, ¿qué ocurre si el inmueble se hunde la víspera del vencimiento decenal? A los excesos de la prescripción treintenal han sido preferidos otros inconvenientes que son particularmente sensibles cuando la garantía es bienal.

Se sostiene que el plazo de prescripción de la acción se confunde con el de garantía, de forma que, transcurridos diez años desde la recepción de los trabajos, el contratista, el arquitecto y los técnicos no pueden ser ya demandados.

Los diez años que, en el título de la prescripción fija el artículo 2270, coinciden con los que se establecen para la producción de la ruina. El propietario no podría accionar sino durante el lapso de tiempo que va desde la manifestación del vicio hasta la expiración del plazo decenal. Esta es la teoría dominante, constantemente aplicada por la jurisprudencia y mayoritariamente defendida por la doctrina, desde que, a finales del siglo pasado, en la famosa sentencia de 2 de agosto de 1882, el Tribunal de Casación, acogiendo las conclusiones del procurador general Barbier, se decidiera en este sentido. De esta manera se consagra en Francia el sistema de plazo único. Se atribuye a este sistema ser el único conforme a la tradición histórica y también el único generalmente conforme a la razón¹⁵¹.

La ley requiere que las obras realizadas por los constructores queden sometidas a una prueba de diez años, pero también que, una vez transcurrido dicho tiempo, arquitectos y contratistas se hallen al abrigo de posibles reclamaciones. Este argumento se presenta con especial énfasis cuando se combate la teoría del plazo de prescripción treintenal, al denunciarse que éste supone una prolongación excesiva de la duración de la responsabilidad de los constructores.

El plazo decenal es un plazo de garantía, pero los plazos de garantía comprenden, en general, a la vez el plazo de aparición de los defectos y el plazo para ejercitar la acción¹⁵².

Tras la promulgación de la Ley de 4 de enero de 1978 se sigue manteniendo este sistema de plazo único. Así lo pone de relieve

¹⁵¹ Vid. CARPENTIER y FREREJOUAN DU SAINT, «Architecte», en *Répertorie Général Alphabetique du Droit Français*, dirigido por Fuzier-Herman, V, París, 1889, p. 48; ROUAST, «Contrat d'entreprise», en *Traité pratique du droit civil français*, de Planiol y Ripert, XI, París, 1954, pp. 205-206.

¹⁵² SOINNE, *La responsabilité des architectes et entrepreneurs après la réception des travaux*, II, París, 1969, pp. 558 y ss.

Boubli¹⁵³, aun destacando los inconvenientes que plantea, y Huet¹⁵⁴.

Huet¹⁵⁵ señala que la jurisprudencia califica el plazo decenal como tiempo de prueba de la solidez del inmueble, y rehusa prolongarlo más allá de los diez años, como una prescripción (Civ. 3.^a, 15 de febrero de 1989).

El problema existente en el Derecho francés, que no ha sido resuelto adecuadamente por la Ley de 4 de enero de 1978 (arts. 1792 y 2270 del Código Civil), es perfectamente solucionado en nuestro Derecho por la Ley de Ordenación de la Edificación al establecer el artículo 18.1, como hemos visto, un plazo de prescripción de las acciones por daños materiales dimanantes de vicios o defectos de construcción de dos años, a contar desde que se produzcan dichos daños, por lo que no se aplica el plazo general de prescripción de las acciones personales del artículo 1964 del Código Civil, que es de quince años, y se mantiene, con toda lógica, la distinción entre los plazos de garantía de uno, tres y diez años y el plazo de prescripción de las acciones de dos años. No se confunden los plazos de prueba o garantía y el plazo de prescripción de las acciones, lo cual, evidentemente, es un acierto, debido a la diversa función de ambos tipos de plazos.

En el régimen anterior a la Ley de 4 de enero de 1978, la sede del desorden condiciona la garantía; en el de esta Ley, es sobre todo su importancia lo que es determinante¹⁵⁶.

La Ley de 4 de enero de 1978 rechaza la antigua distinción entre obras mayores y menores, que, según el Informe de la Comisión Spinetta, reposa sobre una «partición ilógica».

Boubli¹⁵⁷ señala que es una distinción funcional la que se hace en el nuevo texto. La función de construcción engloba la infraestructura, la estructura, el cerramiento y la cubierta. Está sometida a la garantía decenal, que permite hacer la prueba por diez años de la vida del edificio.

La función de equipamiento incluye todas las disposiciones del espacio delimitado por el cerramiento y la cubierta; ella da lugar a una garantía de buen funcionamiento de dos años al menos.

La garantía está en función de la importancia del desorden.

¹⁵³ BOUBLI, *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, cit., pp. 250 y ss.

¹⁵⁴ HUET, «Les principaux contrats spéciaux», cit., p. 1343.

¹⁵⁵ HUET, «Les principaux contrats spéciaux», cit., p. 1343.

¹⁵⁶ BOUBLI, *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, cit., pp. 231-232.

¹⁵⁷ BOUBLI, *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, cit., pp. 240 y ss.

Cuando el desorden es grave, la garantía es decenal. El desorden compromete la solidez de la obra o la hace impropia a su destino. La regla es clara: toda obra que presente un desorden grave está garantizada durante diez años (arts. 1792 y 2270 del Código Civil).

Basta que el desorden sea objetivamente grave para que la garantía pueda jugar. Lo que importa es que el desorden sea grave para que la garantía pueda operar, es decir, utilizando la fórmula de la ley, que comprometa la solidez de la obra o la haga impropia a su destino.

Aunque el desorden afecte a un elemento disociable, si hace la obra impropia para su destino, opera la garantía decenal.

La garantía decenal opera cuando el desorden afecta a un elemento de equipamiento indisociable. El artículo 1792-2 extiende la responsabilidad decenal a los elementos de equipamiento indisociables de ciertas obras.

El artículo 1792-2 prevé que la garantía decenal se extiende a los elementos de equipamiento que forman cuerpo con otras obras.

Las obras que no son equipamientos son garantizadas por la garantía decenal, conforme al principio según el cual todo desorden grave que afecta a la obra da lugar a la garantía cualquiera que sea la sede. Se admite que cuando el defecto es importante y no se refiere a un elemento de equipamiento, esta condición es cumplida.

La garantía decenal sólo juega para los elementos de equipamiento que forman indisiablemente cuerpo con las obras de viabilidad, de cimientos, de estructura, de cerramiento y de cubierta (art. 1792-2 del Código Civil). La noción de elemento indisociable es definida en el párrafo 2 del artículo 1792-2: Un elemento de equipamiento es considerado como formando indisiablemente cuerpo con una de las obras mencionadas en el párrafo precedente, cuando su desmontaje o su sustitución no puede ser efectuado sin deterioro o supresión de materia de esta obra.

El desorden debe afectar a la solidez del elemento de equipamiento. El desorden debe ser suficientemente grave. Basta que el desorden se limite a un elemento de equipamiento y que afecte a su solidez.

Si el desorden no es grave, Boubli¹⁵⁸ apunta que la garantía puede ser bienal.

Cuando el desorden no es grave, en el sentido del artículo 1792, se puede pensar que debe aplicarse la garantía bienal. Se trata, sin embargo, únicamente de una interpretación posible, pues el artícu-

¹⁵⁸ BOUBLI, *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, cit., p. 247.

lo 1792-3 sólo contempla la garantía de buen funcionamiento de equipamientos disociables.

Según el artículo 1792-3, los otros elementos de equipamiento (que son contemplados por el art. 1792-3) del edificio son objeto de una garantía mínima de dos años a contar desde la recepción de la obra.

Es preciso que se trate de elementos de equipamiento que no respondan a las condiciones del artículo 1792-2. Dicho de otra manera, esta vez los elementos son disociables, ellos no forman cuerpo con una de las obras de viabilidad, cimientos, cerramiento o cubierta.

La garantía de los elementos de equipamiento disociables está limitada a su buen funcionamiento (art. 1792-3).

VII. ANÁLISIS DE LOS PLAZOS DE GARANTÍA

1. LA GARANTÍA ANUAL DE PERFECTA TERMINACIÓN

Durante un año, el constructor responde de los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a los elementos de terminación o acabado de las obras.

En el ámbito subjetivo, esta garantía sólo afecta al constructor, quedando al margen de la misma los restantes agentes que intervienen en el proceso de la edificación.

El constructor es definido en el artículo 11.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación como el agente que asume, contractualmente ante el promotor, el compromiso de ejecutar con medios humanos y materiales, propios o ajenos, las obras o parte de las mismas con sujeción al proyecto y al contrato.

Al poner el primera línea de responsabilidad al constructor, esta garantía simplifica la tarea del propietario de la obra a la hora de conseguir la reparación del daño en un breve plazo, evitando los peritajes largos e inciertos, como observa Boubli, tal como expusimos.

No obstante, nada impide que el constructor que procede a la reparación del daño que afecta a los elementos de terminación o acabado de las obras pueda dirigirse contra los otros agentes que han intervenido en el proceso de la edificación para hacerles soportar la totalidad del daño si demuestra que ellos son los únicos responsables o para obtener un reparto de la deuda con ellos.

El objeto de la garantía son los elementos de terminación o acabado de las obras.

El acabado, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua (20.^a edición), implica el perfeccionamiento o retoque de una obra o labor.

A menudo se tratará de defectos de pintura, instalación (balduosas despostilladas) o de fabricación (una cisterna no funciona) o bien olvidos puros y simples (omisión de prestaciones prometidas).

En línea con lo que señala Huet, según vimos, la garantía anual de perfecta terminación es una innovación, inspirada en la práctica, dirigida a solucionar el problema de las disputas constantes que se producen después de la terminación de los trabajos entre el dueño de la obra, que reclama siempre retoques y reparaciones, y el contratista que considera que su trabajo está terminado.

El mecanismo de la garantía anual de perfecta terminación ha sido concebido para permitir al dueño de la obra que disponga, un año después de la recepción, de una obra conforme a su esperanza legítima. Una retención como garantía puede ser acordada por las partes, constituyendo un medio de presión eficaz para el dueño de la obra.

Siguiendo a Benabent, al que anteriormente nos referimos, la garantía anual de perfecta terminación concierne de una parte a los daños materiales por vicios o defectos de construcción que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras que son objeto de reservas en el proceso de recepción, y que, por tanto, son aparentes, y de otra parte, a los que se revelan en el año siguiente a la recepción.

La garantía anual de perfecta terminación concierne a dos tipos de vicios o defectos de ejecución, que se distinguen en función de su aparición: 1) los vicios o defectos aparentes en el momento de la recepción, a condición de que hayan sido objeto de reservas, presumiéndose ocultos todos los vicios salvo prueba en contrario; 2) los vicios o defectos revelados en el año siguiente a la recepción, que han sido señalados por el dueño de la obra.

Como puntualizan Malinvaud y Jestaz, a los que también aludimos anteriormente, se trata de una garantía de terminación destinada a satisfacer las reservas formuladas en el momento de la recepción y a remediar las imperfecciones aparecidas en el curso del primer año.

Hasta aquí la concesión de esta garantía dependía del acuerdo o de la buena voluntad del contratista. Al devenir obligatoria, la garantía anual de perfecta terminación alcanza un ámbito más amplio que el convencional de antaño.

La garantía anual de perfecta terminación implica que el daño material que sufre el edificio no reviste una gravedad considerable, pues cuando ello ocurre, opera la garantía trienal o la decenal. En

función de la gravedad del daño actúan los tres tipos de garantía que configura la Ley de Ordenación de la Edificación. Los daños materiales que afectan a los elementos de terminación o acabado de las obras presuponen una gravedad muy inferior a los que afectan a la habitabilidad del edificio, cubiertos por la garantía trienal, o a la propia estabilidad del edificio, cubiertos por la garantía decenal.

2. LA GARANTÍA TRIENAL

Durante tres años, las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación responderán de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones que occasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad del apartado 1, letra *c*) del artículo 3.

El Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación de 15 de marzo de 1999, en línea con el criterio acogido en el Anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación de 21 de septiembre de 1998 (incumplimiento de los requisitos básicos de calidad del artículo 3 relativos a la habitabilidad), sólo se refería al incumplimiento de los requisitos básicos de habitabilidad. El Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) presentó una enmienda (núm. 155) al Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, a los efectos de suprimir la palabra «básicos» en el epígrafe *b*) del apartado 1 del artículo 17¹⁵⁹.

Se propone la supresión de la palabra «básicos» toda vez que la normativa reguladora de los aspectos relativos a la habitabilidad de las viviendas puede establecer diferentes denominaciones, como por ejemplo, básico, mínimo, etcétera.

Sin embargo, esta enmienda, la única presentada al texto del artículo 17.1.*b*) del Proyecto de Ley, va a determinar que la Ley de Ordenación de la Edificación, en lugar de aludir simplemente al incumplimiento de los requisitos de habitabilidad, como pretendía el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) al presentarla, tenga exclusivamente en cuenta los requisitos de habitabilidad del apartado 1, letra *c*) del artículo 3, con lo que, sin demasiado fundamento, se restringe el ámbito de aplicación de la garantía trienal. Curiosamente, en la Exposición de Motivos de la Ley de Ordenación de la Edificación, en consonancia con lo afirmado por el

¹⁵⁹ Enmiendas: BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 163-9, de 21 de mayo de 1999.

Ministro de Fomento en la presentación del Proyecto de Ley de 15 de marzo de 1999 al Congreso de Diputados, se dice que todos los agentes que intervienen en el proceso de la edificación, durante tres años, responderán por los daños materiales en el edificio causados por vicios o defectos que afecten a la habitabilidad.

En el ámbito subjetivo, esta garantía afecta a todos los agentes que intervienen en el proceso de la edificación, que son mencionados en la Ley de Ordenación de la Edificación: el promotor (art. 9), el proyectista (art. 10), el constructor (art. 11), el director de la obra (art. 12), el director de la ejecución de la obra (art. 13), las entidades y los laboratorios de control de calidad de la edificación (art. 14) y los suministradores de productos (art. 15).

El objeto de la garantía son elementos constructivos que afecten a la habitabilidad del edificio, relativos a la higiene, salud y protección del medio ambiente, de tal forma que se alcancen condiciones aceptables de salubridad y estanqueidad en el ambiente interior del edificio y que éste no deteriore el medio ambiente en su entorno inmediato, garantizando una adecuada gestión de toda clase de residuos.

Los vicios o defectos de construcción que afectan a la habitabilidad del edificio, en los términos expuestos, como por ejemplo las humedades en el mismo, se encuadran en la garantía trienal y se sustraen a la garantía decenal, rectificándose el criterio acogido por nuestra jurisprudencia en torno al artículo 1591 del Código Civil, la cual considera que, a los efectos de aplicación de este precepto, hay ruina cuando existen defectos que hacen temer la pérdida del inmueble o le hagan inútil para la finalidad que le es propia, así como aquellos otros que, por exceder de las imperfecciones corrientes, configuran una violación del contrato o incidan en la habitabilidad del edificio (SSTS de 19 de octubre de 1998, 4 de marzo de 1998, 30 de enero de 1997, 29 de mayo de 1997, 17 de diciembre de 1997, 16 de noviembre de 1996, 21 de marzo de 1996, 23 de enero de 1995, 7 de febrero de 1995, 3 de febrero de 1995, 2 de diciembre de 1994, 10 de noviembre de 1994, 13 de octubre de 1994, 29 de marzo de 1994, 25 de enero de 1993, 23 de diciembre de 1991, entre otras muchas)¹⁶⁰.

¹⁶⁰ CABANILLAS, «La evolución de las responsabilidades en la construcción», *cit.*, p. 358; CABANILLAS, «Ruina (D.^º Civil), en *Enciclopedia Jurídica Básica* (Civitas), IV, Madrid, 1995, p. 6042; CABANILLAS, «Contrato de obra (D.^º civil)», *cit.*, p. 1601; SALVADOR CODERCH, *Comentario del Código Civil*, II, *cit.*, pp. 1190-1192; FENOY, *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa (Evolución del ordenamiento español)*, *cit.*, pp. 223-225; CADARSO, «Riesgo y responsabilidad en el contrato de obra», *cit.*, pp. 119-120; CARRASCO, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, *cit.*, p. 247; DEL ARCO Y PONS, *Derecho de la construcción*, *cit.*, pp. 412 y ss.; RUBIO SAN ROMÁN, *La responsabilidad civil en la construcción*, *cit.*,

La llamada ruina funcional por nuestra jurisprudencia, al referirse a la habitabilidad del edificio, quedaría sometida básicamente al plazo de garantía de tres años, concurriendo el supuesto del apartado 1, letra c) del artículo 3.

El criterio seguido por la Ley de Ordenación de la Edificación, al desconocer la denominada ruina funcional del edificio del plazo de garantía decenal, en contra de la solución que hasta ahora ha impuesto nuestra jurisprudencia, es plenamente acertado, pues como afirma Fenoy¹⁶¹ es criticable el amplio concepto de ruina que maneja el Tribunal Supremo (ruina funcional). La forma en que el artículo 1591, párrafo 1.^º del Código se expresa, y su fin inmediato, hacen pensar en unos concretos defectos de construcción: aquéllos que afectan a la solidez y estabilidad del edificio. Ampliar el concepto de ruina a aquellos otros que implican la inutilidad del bien para su habitabilidad, y que pueden no afectar a la solidez del edificio, supone distorsionar la letra del artículo 1591, párrafo 1.^º del Código Civil. No estamos ante una posible interpretación extensiva, sino ante una ruptura con el precepto.

3. LA GARANTÍA DECENAL

Durante diez años, las personas físicas o jurídicas que intervengan en el proceso de la edificación, responderán de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y estabilidad del edificio.

Se trata de vicios que afectan a la estructura del edificio, entendiendo por tal, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (20.^a edición), la armadura generalmente de

pp. 105 y ss. y 241 y ss.; FERNÁNDEZ COSTALES, *El contrato del arquitecto en la edificación*, cit., pp. 321 y ss.; GARCÍA CONESA, *Derecho de la construcción*, cit., pp. 426 y ss.; ALBÁCAR, *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, V, cit., p. 1566; LUCAS FERNÁNDEZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XX-2, cit., pp. 283 y ss.; GÓMEZ DE LA ESCALERA, *La responsabilidad civil de los promotores, constructores y técnicos por los defectos de construcción*, cit., pp. 138 y ss.; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «La responsabilidad decenal del artículo 1591 CC: breve repaso a la jurisprudencia de los años noventa», cit., pp. 1914-1915; MARTÍNEZ MAS, *La responsabilidad decenal por los defectos de construcción según la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, cit., pp. 138 y ss.; O'CALLAGHAN, «Contrato de obra. Responsabilidad por ruina», cit., p. 1690; RAYÓN BALLESTEROS, *Régimen procesal de la responsabilidad decenal por defectos en la construcción de las obras*, cit., pp. 191 y ss.

¹⁶¹ FENOY, *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa (Evolución del ordenamiento español)*, cit., p. 229.

acero u hormigón armado y que, fija al suelo, sirve de sustentación al edificio.

La estructura junto con la cimentación son los elementos básicos de la obra.

Son los pilares de sustentación de un edificio o construcción; el esqueleto de un inmueble; en la técnica moderna de construir, metálica o de hormigón armado.

La garantía decenal se aplica al supuesto relativo a vicios o defectos constructivos de mayor gravedad que se acercan más al concepto tradicional de ruina en cuanto afectan la esencia misma de la edificación (su solidez, seguridad, estabilidad) y no su mera funcionalidad.

Se manifiesta el deseo de los redactores de limitar la garantía decenal a los daños que presentan una real gravedad, pero, como observan Malinvaud y Jestaz¹⁶², se deja una gran libertad de apreciación a los jueces. Por ejemplo, habría lugar a la garantía si las fisuras hiciesen la obra más vulnerable a la acción del tiempo. Pero, en cambio, los defectos puramente antiestéticos sólo tendrían que ver con la garantía de perfecta terminación.

En el Derecho francés, el daño que hace impropia la obra para su destino queda cubierto por la garantía decenal (art. 1792 del Código Civil), siendo equivalente al daño que compromete la solidez de la obra, mientras que en nuestro Derecho la Ley de Ordenación de la Edificación sólo se refiere a los daños que comprometen directamente la resistencia mecánica y estabilidad del edificio, por lo que los daños que hacen impropia la obra para su destino no quedarían cubiertos por la garantía decenal, sino seguramente por la garantía trienal que se refiere al incumplimiento de los requisitos de habitabilidad del edificio, en los términos anteriormente expuestos.

VIII. EL POSIBLE EJERCICIO DE LAS ACCIONES DE SANEARIENTO POR VICIOS OCULTOS EN LA COMPRAVENTA

Con independencia de las responsabilidades civiles previstas en el artículo 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación, cabe que los compradores del edificio que presenta vicios de construcción puedan dirigirse contra el promotor, que fundamentalmente lleva a cabo obras de edificación para su posterior enajenación, como se

¹⁶² MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière*, cit., p. 121.

infiere del artículo 9 de la Ley de Ordenación de la Edificación, ejercitando las acciones de saneamiento por vicios ocultos propias de la compraventa (acciones redhibitoria y *quanti minoris*, sin perjuicio de la acción de indemnización de daños y perjuicios contra el vendedor que conocía los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida y no los manifestó, si opta el comprador por la rescisión). Esta solución no ofrecía ninguna duda cuando regía el artículo 1591 del Código Civil. Precisamente el recurso por parte de nuestro Tribunal Supremo a la aplicación del artículo 1591 o a las normas generales sobre incumplimiento contractual (arts. 1096, 1098, 1101 y 1124) presuponía la posible aplicación de la normativa del Código Civil sobre el saneamiento por vicios ocultos en la compraventa (arts. 1484 y siguientes). Lo que trataba de evitar nuestra jurisprudencia al considerar aplicable el artículo 1591 o las normas generales sobre incumplimiento contractual era que, partiendo del posible ejercicio de las acciones edilicias en la compraventa, los seis meses que, como plazo de caducidad establece el artículo 1490, frustrasen el derecho de los compradores a obtener una justa indemnización cuando el edificio adolezca de vicios o defectos de construcción. En definitiva, para justificar la responsabilidad de los promotores que venden inmuebles que presentan vicios de construcción, nuestro Tribunal Supremo afirma, además de la posible aplicación de la normativa del Código Civil sobre el saneamiento por vicios ocultos en la compraventa, la del artículo 1591, que establece la responsabilidad decenal del arquitecto y del contratista, y la de las normas generales sobre incumplimiento contractual.

El problema con que se ha enfrentado el Tribunal Supremo ha sido el justificar la aplicación del artículo 1591 o de las normas generales sobre incumplimiento contractual¹⁶³, no, en cambio, la de la normativa del Código Civil sobre el saneamiento por vicios ocultos en la compraventa, que es evidente, ya que este contrato es el que vincula a los compradores del edificio que presenta vicios de construcción con el promotor.

Hay que observar que, algunas sentencias del Tribunal Supremo, como las de 20 de junio de 1986, 12 de febrero de 1988 y 17 de mayo de 1988, limitan la aplicación del artículo 1484 del Código Civil a deficiencias de menor entidad y consecuencias para la utilidad de lo construido que las que derivan de la ruina. Sin embargo,

¹⁶³ Una amplia exposición de los argumentos esgrimidos por nuestro Tribunal Supremo para justificar la aplicación del artículo 1591 o de las normas generales sobre incumplimiento contractual por CABANILLAS, «La configuración jurisprudencial del promotor como garante», *cit.*, pp. 229 y ss.

es significativo que sea un presupuesto de aplicación del artículo 1484 que los vicios sean graves, haciendo impropia la cosa para el uso que se la destina, o disminuyan de tal modo este uso que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella.

La Ley de Ordenación de la Edificación subraya, con suma claridad, que las responsabilidades civiles que prevé en caso de que el edificio esté aquejado por vicios de construcción, no obstaculiza el posible ejercicio por los compradores de las acciones de saneamiento por vicios ocultos en la compraventa, aunque sean extraordinariamente graves. A tal efecto, el artículo 17.9 dispone, en consonancia con lo afirmado precedentemente, que «las responsabilidades a que se refiere el artículo 17 se entienden sin perjuicio de las que alcanzan al vendedor de los edificios o partes edificadas frente al comprador conforme al contrato de compraventa suscrito entre ellos, a los artículos 1484 y siguientes del Código Civil y demás legislación aplicable a la compraventa».

El único problema que plantea la aplicación de la normativa sobre la compraventa es que las acciones de saneamiento por vicios ocultos han de ejercitarse en el plazo de caducidad de seis meses, de conformidad con el artículo 1490. Pero si los vicios de construcción se patentizan dentro de ese plazo, no cabe duda de que, en lugar de hacer efectivas las responsabilidades que prevé el artículo 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación, el comprador puede dirigirse contra el promotor-vendedor mediante el ejercicio de la correspondiente acción de saneamiento por vicios ocultos en la compraventa. Parece, por tanto, que existe una clara compatibilidad, reconocida legalmente, entre las responsabilidades civiles por vicios de construcción que disciplina el artículo 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación y las que prevé la normativa del Código Civil en el marco de la compraventa, contempladas básicamente por los artículos 1484 y siguientes sobre el saneamiento por vicios ocultos.

La norma contenida en el artículo 17.9 procede de una enmienda (núm. 156) presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) al Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, a los efectos de adicionar un nuevo apartado (el 9) en el artículo 17¹⁶⁴. Su justificación se encuentra en incorporar los mecanismos jurídicos precisos para proteger los derechos del comprador del inmueble que lo compra al cabo de un tiempo de finalizada su

¹⁶⁴ Enmiendas: BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 163-9, de 21 de mayo de 1999.

construcción evitando alargar excesivamente las responsabilidades de los agentes intervenientes en el proceso de la construcción.

El señor Ortiz Gómez, en representación del Grupo Parlamentario Popular¹⁶⁵, considera que la enmienda 156 es obvia, no tiene ningún riesgo, pues se remite a la normativa de la compraventa del Código Civil. Lo digamos o no en la Ley de edificación, esta normativa será aplicable. Si el señor Recoder hace *casus belli* de este asunto, aceptamos la enmienda, pero nos parece que es incurrir en una obviedad innecesaria.

A nuestro juicio, no sobra la norma contenida en el artículo 17.9, aunque si la Ley de Ordenación de la Edificación no dijera nada sobre la posible aplicación de la normativa de la compraventa, es obvio, como señala el señor Ortiz Gómez, que sería aplicable, por las razones expuestas anteriormente.

Como dice el señor Recoder, en defensa de las enmiendas presentadas por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió)¹⁶⁶, ahora estamos en una época de bonanza económica y parece que las viviendas se venden sobre plano, pero ya llegará el día en que las constructoras y los promotores tendrán viviendas en stock y una vivienda que tarda tres años en llegar a su destinatario final, al comprador, quiere decir que la mayor garantía de la ley, la de diez años, ya ha quedado en siete nada más. Ciertamente es muy difícil poder encontrar una solución que sea justa y que no complique excesivamente el sistema de garantías de la ley. Por tanto, las remisiones refuerzan las garantías ya existentes en otro lado y creo que no están de más.

IX. LOS VICIOS O DEFECTOS DE CONSTRUCCIÓN QUE OCASIONAN DAÑOS MATERIALES NO CONTEMPLADOS POR LAS GARANTÍAS ANUAL DE PERFECTA TERMINACIÓN, TRIENAL Y DECENAL Y LA POSIBILIDAD DE EJERCITAR LAS ACCIONES TÍPICAS DEL RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

Teniendo en cuenta que la garantía anual de perfecta terminación se refiere a los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afectan a elementos de terminación o acabado, la garantía

¹⁶⁵ Diario de sesiones. Congreso de los Diputados, Comisiones, núm. 709, de 15 de junio de 1999.

¹⁶⁶ Diario de sesiones. Congreso de los Diputados, Comisiones, núm. 709, de 15 de junio de 1999.

trienal alude a los vicios o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad del apartado 1, letra c) del artículo 3 y que la garantía decenal tiene que ver con los vicios o defectos que afecten a los elementos estructurales que comprometen directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio, cabe pensar en la existencia de daños materiales en los edificios por vicios o defectos de construcción que escapen a la vez a la garantía anual de perfecta terminación, a la garantía decenal y a la garantía trienal, es decir, se trata de daños que no entran en las categorías precedentes, por no ser contemplados por las mismas, y que por esta razón la doctrina francesa denomina daños intermedios (*dommages intermédiaires*)¹⁶⁷.

Benabent¹⁶⁸ señala que en estas hipótesis, la responsabilidad contractual de derecho común se ha de aplicar: la misma sólo es descartada por las garantías específicas en sus dominios respectivos, pero conserva en lo restante su vocación general de telón de fondo.

Malinvaud y Jestaz¹⁶⁹ puntualizan que refiriéndose al caso de los daños intermedios, que no son cubiertos ni por la garantía bienal, ni por la garantía decenal, el Tribunal de Casación (Sección 3.^a), en sentencia de 10 de julio de 1978, ha decidido que en semejante caso la responsabilidad de los constructores puede ser declarada no sobre el fundamento del artículo 1792, sino por aplicación del derecho común de la responsabilidad contractual, es decir, por culpa probada.

Como observan Malinvaud y Jestaz¹⁷⁰, esta sentencia ha sido pronunciada en virtud de la aplicación de la normativa anterior a la Ley de 3 de enero de 1967, pero la jurisprudencia que ha instaurado tiene vocación para aplicarse bajo el imperio de la Ley de 3 de enero de 1967 y de la de 4 de enero de 1978.

A pesar de las fuertes críticas de los anotadores de la sentencia, el Tribunal de Casación ha mantenido firmemente esta jurisprudencia.

¹⁶⁷ BENABENT, *Droit civil. Les contrats spéciaux*, cit., p. 316; COLLART DUTILLEUL y DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, cit., p. 529; SAINT-ALARY y SAINT-ALARY HOUIN, *Droit de la construction*, cit., p. 165; MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière*, cit., pp. 102 y 146; BOUBLI, *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, cit., p. 271; LIET-VEAUX, *Le droit de la construction*, cit., p. 339.

¹⁶⁸ BENABENT, *Droit civil. Les contrats spéciaux*, cit., p. 316.

¹⁶⁹ MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière*, cit., p. 103.

¹⁷⁰ MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière*, cit., pp. 103, 104 y 146.

Sin embargo, el Tribunal de Casación, teniendo en cuenta las observaciones formuladas por la doctrina, ha precisado que, a pesar de su carácter de derecho común, esta acción está encerrada en el plazo de diez años a contar de la recepción desde el momento en que los desordenes hayan tenido su sede en las obras mayores. Sólo ocurriría otra cosa diferente en caso de culpa dolosa o exterior al contrato.

A juicio de Malinvaud y Jestaz¹⁷¹, el principio de esta responsabilidad residual está justificado, así como su limitación a diez años, pues sería singular que los constructores pudiesen estar obligados durante más tiempo por los vicios menores (treinta años) que por los vicios graves (diez años).

Evidentemente, no se excluye la responsabilidad contractual por defectos de conformidad, retrasos, etc., ni la responsabilidad delictual de derecho común¹⁷².

Boublí¹⁷³ considera que la garantía bienal podría aplicarse cuando el desorden no es grave y no afecta a un elemento de equipamiento.

El inventario de las situaciones contempladas por el legislador no es completo. Como en el pasado, subsisten los desordenes intermedios. En este caso, se puede hacer de la bienal una garantía residual, si se estima aberrante mantener una responsabilidad contractual de derecho común treintenal, o inicuo decidir que estos desordenes no dan lugar a ninguna garantía.

Como señalamos anteriormente, Huet¹⁷⁴ entiende que siendo de alcance muy amplio, la garantía de perfecta terminación cubre todos los tipos de defectos de la construcción que, en el pasado, podían difícilmente ser cubiertos por las garantías clásicas: así, los defectos de gravedad ligera e incluso los llamados daños intermedios, es decir, que no son contemplados ni por la garantía bienal ni por la garantía decenal. Por esto, el mecanismo contribuye, en gran medida, a hacer rara la necesidad de hacer jugar frente a los constructores una responsabilidad residual de derecho común, susceptible de colmar las lagunas del dispositivo legislativo.

En nuestro Derecho, el artículo 17.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación da base para defender esta solución, ya que se aplica «sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales».

¹⁷¹ MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière*, cit., p. 104.

¹⁷² MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière*, cit., p. 146.

¹⁷³ BOUBLÍ, *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeur*s, cit., p. 248.

¹⁷⁴ HUET, «Les principaux contrats spéciaux», cit., p. 1351.

En la elaboración de la Ley de Ordenación de la Edificación apenas se hace referencia, a pesar de su importancia jurídica, al significado de la expresión «sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales», existiendo tan solo una enmienda de adición del Grupo Socialista del Congreso al texto del artículo 17.1 del Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, que no tuvo éxito, la cual sirve, no obstante, para evidenciar la transcendencia jurídica que tiene la citada expresión. La enmienda de adición (núm. 118) dice así: Añadir un nuevo apartado 1 al comienzo del artículo 17, con el siguiente texto: «1. El incumplimiento de las obligaciones derivadas de esta Ley podrá dar lugar a la exigencia de responsabilidad civil, sin perjuicio de la que corresponda a otros órdenes jurisdiccionales.

La responsabilidad civil, contractual o extracontractual, se regirá por lo previsto en esta Ley, el Código Civil y las leyes especiales aplicables».

La enmienda tiene como motivación el introducir los principios generales del régimen jurídico de las responsabilidades y garantías que establece la Ley. Su colocación sistemática a la cabecera del artículo producirá la numeración sucesiva de los apartados actuales¹⁷⁵.

La expresión «sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales» implica que ha de aplicarse el régimen de la responsabilidad contractual (arts. 1094 y siguientes del Código Civil) cuando los vicios o defectos ocasionen daños no contemplados en las garantías anual de perfecta terminación, trienal y decenal, los denominados por la doctrina y la jurisprudencia francesas daños intermedios, sin que opere el sistema de responsabilidad objetiva y de aseguramiento obligatorio previsto en los artículos 17 y 19 de la Ley de Ordenación de la Edificación.

También pensamos que durante los plazos de garantía previstos en el artículo 17.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación, cabe que los propietarios y los terceros adquirentes de los edificios o parte de los mismos, en caso de que sean objeto de división, puedan ejercitar las acciones típicas del régimen de la responsabilidad contractual, como, por ejemplo, la acción resolutoria del artículo 1124 del Código Civil, si se cumplen los requisitos necesarios para ello, por los daños ocasionados en el edificio por vicios o defectos de construcción, en la medida en que existe un incumplimiento contractual. Así lo han evidenciado la jurisprudencia, de la que son fiel

¹⁷⁵ Enmiendas. BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 163-9, de 21 de mayo de 1999.

reflejo las SSTS de 8 de junio de 1998, 24 de septiembre de 1996 y 21 de marzo de 1996, y la doctrina¹⁷⁶. No faltan SSTS que han aplicado el artículo 1124 del Código Civil en caso de vicios determinantes de ruina que se han manifestado durante el plazo de garantía decenal que preveía el artículo 1591 del Código Civil (SSTS de 19 de febrero de 1970 y 28 de septiembre de 1987)¹⁷⁷. La STS de 15 de marzo de 1979, aunque accedió a la reducción del precio, admite la posibilidad de la utilización de las acciones del artículo 1124 del Código Civil cuando los vicios de la obra alcancen tal grado de imperfección que la hagan impropia para satisfacer el interés del comitente.

Reproduce esta doctrina la STS de 3 de octubre de 1979¹⁷⁸ al decir que cuando los vicios de la obra revisten tal grado de imperfección que la hacen impropia para satisfacer el interés del dueño está permitido el ejercicio de la acción resolutoria con arreglo al artículo 1124 del Código Civil.

Hay que tener en cuenta que según nuestra jurisprudencia (SSTS de 15 de marzo de 1979, 3 de octubre de 1979, 23 de febrero de 1983, 29 de enero de 1991, 22 de septiembre de 1994 y 21 de octubre de 1998), en los supuestos en que no se aplica el régimen de la responsabilidad decenal, debido a que la obra adolece de defectos constructivos que no determinan su ruina (la STS de 22 de septiembre de 1994 habla de defectos constructivos menores denominados imperfecciones corrientes, que no generan la ruina del edificio construido), es aplicable el de la responsabilidad contractual, contenido en los artículos 1096, 1098 y 1101 y siguientes del Código Civil, sin que sea pertinente la aplicación por analogía de la normativa sobre el saneamiento por vicios ocultos en la compraventa, ya que estamos en presencia de un supuesto de ejecución defectuosa por no ajustarse el cumplimiento a la pericia profesional exigible; las acciones edilicias sancionan un tipo específico de incumplimiento: el de la obligación de dar cosas sin defectos ocul-

¹⁷⁶ CABANILLAS, «La evolución de las responsabilidades en la construcción», cit., p. 353; CARRASCO, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, cit., p. 237; LUCAS FERNÁNDEZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XX-2, cit., p. 366; MARTÍNEZ MAS, *La responsabilidad decenal por los defectos de construcción según la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, cit., pp. 57 y ss.; RAYÓN BALLESTEROS, *Régimen jurídico procesal de la responsabilidad decenal por defectos en la construcción de las obras*, cit., p. 223; RUBIO SAN ROMÁN, *La responsabilidad civil en la construcción*, cit., pp. 197 y 200 y ss.; SALVADOR CODERCH, *Comentario del Código Civil*, II, cit., p. 1193.

¹⁷⁷ CADARSO, «El cumplimiento defectuoso y la responsabilidad por vicios del suelo en el contrato de obra (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1970)», ADC. 1970, pp. 670 y ss.

¹⁷⁸ CABANILLAS, «Ejecución defectuosa de la obra inmobiliaria.», cit., pp. 194 y ss.

tos, mientras que la infracción del contrato de obra representa un incumplimiento diferente: el «hacer mal» lo que se debió hacer bien. No parece razonable, por tanto, la aplicación de unos preceptos (básicamente el art. 1490 del Código Civil) que no presentan similitud de *ratio*. Además, la brevedad del plazo de caducidad de seis meses establecido por el artículo 1490 del Código Civil determinaría, en la práctica, la desprotección de los perjudicados¹⁷⁹.

Como hemos puesto de relieve, aunque se aplique el régimen de la responsabilidad contractual, los vicios o defectos de construcción habrán de patentizarse dentro del plazo de diez años a contar de la recepción de la obra para que pueda hacerse efectiva la responsabilidad del contratista o técnico que ha intervenido en el proceso de la edificación, ya que no tendría sentido que para los vicios más graves, los que afectan a la estabilidad del edificio, se aplicase el plazo de garantía decenal, y para vicios menos graves no se tuviera en cuenta este plazo de garantía ni ningún otro¹⁸⁰.

Si el vicio o defecto de construcción produce un daño en el edificio que encaja en el supuesto de hecho del artículo 17.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación, manifestándose después de transcurrido el pertinente plazo de garantía previsto en este precepto, el propietario perjudicado no podrá exigir resarcimiento con arreglo a las reglas generales de la responsabilidad contractual.

El artículo 17.1, en cuanto establece los plazos de prueba o garantía, dentro de los cuales ha de producirse el evento determinante de la responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación, excluye la aplicabilidad de las reglas generales de responsabilidad civil de los artículos 1101 y siguientes del Código Civil, si el vicio o defecto de construcción productor del daño se muestra después del correspondiente plazo de garantía, y dicho daño no merece el calificativo de daño intermedio, cuyo significado expusimos anteriormente.

Esta solución se defiende, con toda razón, en torno al artículo 1591, párrafo 1.^º del Código Civil. Como observa Gómez de la

¹⁷⁹ CABANILLAS, «Ejecución defectuosa de la obra inmobiliaria.», *cit.*, pp. 208 y ss.; CABANILLAS, «Contrato de obra (D.^º civil)», *cit.*, p. 1600; CABANILLAS, «La evolución de las responsabilidades en la construcción», *cit.*, p. 353; DÍEZ-PICAZO, «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1959», en *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, II, Madrid, 1975, p. 127; GARCÍA CONESA, *Derecho de la construcción*, *cit.*, p. 559; MARTÍNEZ MAS, *La recepción en el contrato de obra*, *cit.*, pp. 128-129; RUBIO SAN ROMÁN, *La responsabilidad civil en la construcción*, *cit.*, pp. 137-138.

¹⁸⁰ CABANILLAS, «Ejecución defectuosa de la obra inmobiliaria.», *cit.*, pp. 212-213. Como observa Francisco Javier SÁNCHEZ CALERO (*El contrato de obra. Su cumplimiento*, *cit.*, p. 121), por analogía con el régimen del artículo 1591 es preciso, para que el contratista quede sujeto a responsabilidad, que el vicio se manifieste dentro de un plazo de prueba o garantía.

Escalera¹⁸¹, la virtualidad del artículo 1591 impide al propietario del edificio acudir al artículo 1101 para obtener la indemnización del daño originado por el defecto de construcción ruinógeno, aparecido después de expirado el plazo decenal.

No se escapa que esta solución puede resultar en algunos supuestos injusta, en cuanto los constructores y técnicos por cuya culpa profesional se originó el defecto de construcción desencadenante del daño, transcurridos los diez años de la terminación del edificio, quedarán exonerados de responsabilidad. Sin embargo, la solución contraria conduce a un alargamiento excesivo, casi indefinido de la responsabilidad de los profesionales de la edificación que no se corresponde, en contrapartida, con la probabilidad real y efectiva de que después de aquellos diez años, el edificio llegue a presentar defectos de construcción productores de daños indemnizables.

Este criterio armoniza con el acogido por la normativa administrativa sobre las obras públicas (art. 149 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas).

X. EL CASO PARTICULAR DE LA ACCIÓN FUNDADA EN EL DOLO DEL AGENTE QUE INTERVIENE EN EL PROCESO DE LA EDIFICACIÓN

En el Derecho francés se sostiene que el dueño de la obra puede accionar durante treinta años contra el arrendador de la obra que es considerado culpable de dolo (art. 2262 del Código Civil). La jurisprudencia ha formulado esta regla a propósito de dos hipótesis que son a menudo confundidas, pero que se basan en realidad sobre dos acepciones diferentes de la noción de dolo¹⁸².

En la primera hipótesis, el arrendador de obra ha provocado voluntariamente un defecto, no necesariamente con la voluntad de perjudicar, pero en todo caso con un perfecto conocimiento del hecho de que sus artimañas no podían dejar de producir un desorden a más o menos largo término. Se trata pues de una culpa voluntaria sino intencional.

¹⁸¹ GÓMEZ DE LA ESCALERA, *La responsabilidad civil de los promotores, constructores y técnicos por defectos de construcción*, cit., pp. 180-181.

¹⁸² MÓDERNE, «De l'incidence de la fraude et du dol sur la responsabilité des constructeurs à l'égard du maître de l'ouvrage», *Gaz. Pal.* 1976.I. *Doctr.* 297; MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière*, cit., pp. 150 y ss.

Se plantea la cuestión de saber si, conforme al derecho común, la culpa grave debe ser asimilada al dolo. Semejante asimilación podría privar de todo valor al plazo de dos o diez años en la medida en que las culpas benignas podrían ser consideradas como graves cuando los autores son profesionales. También el Tribunal de Casación exige firmemente una culpa cometida con un propósito deliberado, es decir, la culpa involuntaria, por grave que sea, no basta para excluir el plazo legal. El mismo decide, sin embargo, que la culpa grave hace perder al arrendador de obra el beneficio de las cláusulas de irresponsabilidad.

En la segunda hipótesis, el arrendador de obra que ha provocado un vicio, de manera voluntaria o no, disimula este vicio a fin de evitar que el dueño de la obra no actúe en el plazo de dos o diez años. El disimulo puede revestir la forma de un camouflage material o de un engaño intelectual apto para minimizar el vicio a los ojos del dueño de la obra. Según los casos este disimulo será concomitante o posterior a la comisión del vicio. En la práctica, la comisión voluntaria del vicio es acompañada siempre por un disimulo, pero cuando el vicio resulta de un error involuntario, es en el momento de su revelación cuando el arrendador de la obra tendrá eventualmente la idea de disimularlo.

En una y otra hipótesis, el Tribunal de Casación descarta la garantía decenal basándose en que hay dolo o culpa exterior al contrato; el Tribunal de Casación justifica la aplicación de la prescripción treintenal por la idea de que el dolo es una culpa exterior al contrato, luego de carácter delictual, y que deriva por ello del artículo 1382 del Código Civil.

Boubli¹⁸³ pone de relieve la exterioridad de la culpa dolosa. La culpa intencional o dolosa de los constructores permite al dueño de la obra ejercer contra ellos la acción de responsabilidad delictual de derecho común. La culpa dolosa es considerada como exterior al contrato.

Se justifica generalmente esta solución subrayando que la culpa voluntaria modifica la naturaleza de la responsabilidad de acuerdo con el adagio *fraus omnia corrumpit*, comportando el dolo una intención maliciosa que permite pensar que el constructor se ha situado fuera de las coordenadas normales del contrato y de las garantías.

Esta solución no puede aplicarse cuando se trata de culpa grave. Por muy grave que sea la culpa, no basta para abrir la acción de res-

¹⁸³ BOUBLI, *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, cit., pp. 313-314.

ponsabilidad delictual de derecho común. La culpa grave no es exterior al contrato.

Huet¹⁸⁴ subraya que el dolo, como el fraude, corrompe todo y justifica que sean descartados los plazos bienal y decenal. La culpa dolosa justifica una responsabilidad delictual.

Para Liet-Veaux¹⁸⁵, la responsabilidad postdecenal de un arquitecto o contratista tiene como único fundamento las maniobras dolosas cometidas por éste. Es la aplicación del viejo adagio *fraus omnia corrumpit*.

Aprobando la solución, un importante sector doctrinal critica esta motivación. Hace valer, no sin razón, que la culpa cometida en la ejecución de un contrato y frente al *partenaire* contractual no puede ser considerada como exterior al contrato por el hecho de que revista un carácter de particular gravedad. En este sentido, los autores invocan el principio de la no acumulación de los dos órdenes de responsabilidades y no dejan de recordar que el Tribunal de Casación se adhiere a su tesis cuando resuelve a propósito de un contrato diferente del de arrendamiento de obra. Así la Alta Jurisdicción se contradice sin que exista una razón válida.

Como observan Malinvaud y Jestaz¹⁸⁶, la aplicación del plazo treintenal puede justificarse sin que sea necesario abandonar el terreno de la responsabilidad contractual y recurrir al artículo 1382 del Código Civil. En caso de disimulo del vicio, es suficiente invocar la regla *contra non valentem*¹⁸⁷. En caso de defecto voluntario, se puede admitir, en virtud de una interpretación extensiva del artículo 1150 del Código Civil (equivalente al art. 1107 del Código Civil español), que la culpa voluntaria agrava la responsabilidad del contratante no solo en cuanto a su extensión –caso previsto en el artículo 1150–, sino también llegado el caso en cuanto a su duración. El autor del dolo perderá aquí, a título de sanción, el beneficio del plazo abreviado de los artículos 1792 y 2270 del Código Civil. En este sentido se ha pronunciado una sentencia (París, 28 de octubre de 1980), aunque hay que reconocer que permanece aislada.

La solución defendida por la doctrina y la jurisprudencia francesas en relación con el caso particular del dolo del constructor, difícilmente puede admitirse en el Derecho español, a fin de excluir la aplicación de los plazos de garantía establecidos en el artículo 17.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación, ya que sólo se tiene en

¹⁸⁴ HUET, «Les principaux contrats spéciaux», cit., p. 1361.

¹⁸⁵ LIET-VEAUX, *Le droit de la construction*, cit., p. 367.

¹⁸⁶ MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière*, cit., p. 152.

¹⁸⁷ CARBONNIER, «La règle «contra non valentem agere non currit praescriptio», *Rev. crit. leg. et jurispr.*, 1937.155.

cuenta la existencia de daños materiales en el edificio por vicios o defectos de construcción, sin valorar si la conducta del agente que ha intervenido en el proceso de la edificación es dolosa o culposa. El dolo ciertamente agrava la responsabilidad del deudor, en relación con la extensión de la responsabilidad (cfr. art. 1107 del Código Civil), pero no parece que existan argumentos para evitar la aplicación de los plazos de garantía previstos en el artículo 17.1, rigiendo exclusivamente el plazo general de prescripción de las acciones personales de quince años del artículo 1964 del Código Civil.

XI. LA REPARACIÓN DE LOS DAÑOS MATERIALES OCASIONADOS EN EL EDIFICIO

En el Derecho francés, la Ley de 4 de enero de 1978 no dice cuál sea el contenido de la responsabilidad decenal y de la bienal, aunque la jurisprudencia ha precisado que se traduce en la obligación de resarcir los daños causados por las deficiencias de la obra. Son indemnizables todos los daños que se deriven del hecho del constructor responsable, incluidos los perjuicios morales, cualquiera que sea su importancia. Corresponde al juez de instancia apreciar soberanamente si procede la reparación *in natura* total o parcial, o una indemnización pecuniaria, admitiéndose la demolición y reconstrucción de la obra¹⁸⁸.

El artículo 17.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación dispone que las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de edificación responderán frente a los propietarios y los terceros adquirentes de los edificios o parte de los mismos, en caso de que sean objeto de división, de los daños materiales ocasionados en el edificio por vicios o defectos.

Esta responsabilidad, de carácter contractual, como señalamos anteriormente, implica, de conformidad con los artículos 1098 y 1101 y siguientes del Código Civil y normativa concordante de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que los daños materiales deben ser reparados.

En la importante sentencia de 17 de marzo de 1995¹⁸⁹, el Tribunal de Casación afirma que el artículo 1591 del Código Civil impone primordialmente al contratista y a los técnicos (cuando todos ellos sean los responsables de los vicios ruinógenos, como aquí

¹⁸⁸ LIET-VEAUX, *Le droit de la construction*, cit., p. 331.

¹⁸⁹ CABANILLAS, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1995», CCJC, 1995, núm. 39, pp. 925 y ss.

acontece) una obligación de hacer, un *facere*, consistente en reparar los daños derivados de la ruina, y sólo en el caso de que no lo hagan en el plazo que se les señale o lo realicen defectuosamente es cuando se mandará ejecutar a su costa, con la correspondiente indemnización del importe de lo ejecutado, conforme establecen los artículos 1098 del Código Civil y 924 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

No procede condenar a los demandados, como hace la sentencia recurrida, al pago de la cantidad en que fue tasado el importe de la reparación, todavía no realizada, de los daños del edificio, sino que han de ser condenados *prima facie* a que ellos efectúen la reparación *in natura*.

En relación con la reparación del daño, nuestro Tribunal Supremo considera que es preferente la reparación *in natura* sobre el cumplimiento por equivalente, de tal manera que el comitente (acreedor) no es libre para optar entre una y otro.

A nuestro juicio, no hay duda que la regla del cumplimiento en forma específica es la general en nuestro Derecho. Como subrayan Díez-Picazo y Gullón¹⁹⁰, el cumplimiento en forma específica ha de considerarse como la pretensión que el acreedor debe ejercitar principalmente, siempre que sea posible. No tiene más derecho que el de exigir el cumplimiento de la prestación prometida, no otra que sería su equivalente porque significaría introducir en todas las obligaciones un carácter facultativo, ni el deudor puede obligarle a acoger esto último cuando el primero es posible, porque no fue la prestación pactada. Tan subsidiario es para el acreedor exigir el equivalente como para el deudor el cumplir de esta forma.

En sentencia de 24 de abril de 1973, el Tribunal Supremo estima que, en tanto sea obtenible, el acreedor a lo que tiene derecho es al cumplimiento *in natura*, y éste es el que se le debe proporcionar por la propia decisión del Tribunal, tomada en puesto de la que no tomó el deudor (que se obstina en incumplir) y a expensas de él, quedando la indemnización de daños y perjuicios sólo para el caso de que dicho incumplimiento *in natura* sea imposible.

En análogo sentido la STS de 31 de octubre de 1981.

Con amplitud, la STS de 12 de noviembre de 1990 declara que la obligación de los daños y perjuicios que impone el artículo 1591 del Código Civil a los causantes de los vicios o defectos constructivos o de dirección y del suelo, determinantes de ruina funcional de lo edificado, es exigible judicialmente a través del ejercicio de una acción de cumplimiento de contrato del artículo 1091 del citado Código, constituyendo aquélla una obligación de hacer que ha de

¹⁹⁰ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, II, Madrid, 1999, p. 208.

ser cumplida de forma específica, de acuerdo con el artículo 1098 del Código, entrando en juego el cumplimiento por equivalencia, de carácter subsidiario, cuando el deudor no realiza la prestación debida o ésta deviene imposible; en este sentido se pronuncia la doctrina de esta Sala en sentencias de 12 de noviembre de 1976, 3 de julio de 1989 y 21 de octubre de 1990, estableciendo la citada de 1989 que en las obligaciones de hacer el acreedor puede exigir que esa prestación se realice de forma específica (acción de cumplimiento), siendo esta obligación de cumplir la primera y directa consecuencia del incumplimiento imputable, que en ocasiones puede conseguirse coactivamente aun contra la voluntad del deudor; así, el artículo 1098 del Código Civil dispone que «si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere, se mandará ejecutar a su costa». Tan sólo en el caso en que no pueda conseguirse el cumplimiento voluntario o forzoso de la obligación entra en juego el principio *nemo factum cogi potest* y la pretensión primitiva se transforma en la de indemnizar.

La reparación es garantizada de manera muy eficaz por la Ley de Ordenación de la Edificación, ya que el artículo 19 establece un sistema de seguros obligatorios de daños materiales o seguros de caución para garantizar el resarcimiento de los daños materiales causados por vicios o defectos de construcción que opera en relación con la garantía de perfecta terminación, la garantía trienal y la garantía decenal.

Cuando se trate del resarcimiento de los daños derivados de la incorrecta ejecución y terminación de las obras a los que se refiere el apartado 1.a) del artículo 19 (daños por vicios o defectos de ejecución que afecten a los elementos de terminación o acabado de las obras), el seguro de daños materiales o seguro de caución podrá ser sustituido por la retención por el promotor de un 5 por ciento del importe de la ejecución material de la obra.

Hay que tener en cuenta, no obstante, lo que dispone la Disposición adicional segunda de la Ley de Ordenación de la Edificación.

Proyección en el sector del derecho aplicable de las distintas concepciones de enriquecimiento sin causa

LYDIA ESTEVE GONZÁLEZ

Profesora Titular interina de Derecho Internacional Privado
Universidad de Alicante

SUMARIO: I. *Introducción.*–II. *Génesis y desarrollo del enriquecimiento sin causa como principio general del Derecho.* A) Planteamiento. B) El Principio general del Derecho «enriquecimiento injusto» en los sistemas inspirados en el *Civil Law*. C) El enriquecimiento injusto en el ámbito del *Common Law*. D) El principio general del Derecho «enriquecimiento injusto» y derecho aplicable.–III. *El enriquecimiento sin causa como cuasicontrato y cuasidelito.* A) El cuasi-contrato en los sistemas inspirados en el Civil law y repercusión en la doctrina internacional privatista. B) La noción de cuasicontrato en los sistemas inspirados en el *Common law*. C) Crisis de la concepción del «cuasicontrato» y proyección en el sector del Derecho aplicable. D) Delimitación respecto de las obligaciones delictuales y Derecho aplicable.–IV. *El enriquecimiento sin causa como fuente sui generis de las obligaciones.* A) La teoría de la *condictio* y la *actio in rem verso*. B) Otras concepciones del enriquecimiento sin causa como institución autónoma: la teoría de la causa. C) El enriquecimiento sin causa como fuente *sui generis* de las obligaciones en la doctrina iusinternacional privatista y su proyección en el artículo 10.9.III del Código Civil español.–V. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

1. El «enriquecimiento sin causa» es una figura jurídica universal, en el sentido de que es conocida por la mayoría de los Ordenamientos, y desde la antigua Roma hasta la actualidad ha realizado un largo viaje estableciéndose por primera vez en el Código Civil español precisamente a través de la norma de Derecho Internacional Privado (en adelante, Dipr.) del artículo 10.9.III¹. No exis-

¹ Norma destinada a dar respuesta a la determinación del Derecho aplicable a las situaciones de enriquecimiento sin causa acaecidas en el tráfico jurídico externo, a cuyo tenor: «en el enriquecimiento sin causa se aplicará la ley en virtud de la cual se produjo la transferencia del valor patrimonial en favor del enriquecido».

te, sin embargo, un concepto unitario de lo que se entiende por enriquecimiento sin causa y coexisten distintas perspectivas de tratamiento, de tal suerte que su configuración y alcance nos sitúa ante un principio general del Derecho, ante un cuasicontrato, ante un medio procesal (acción) o ante una fuente autónoma y *sui generis* de las obligaciones. La importancia y la universalidad de la institución objeto de nuestro estudio se refleja no solo en el ingente y autorizado desarrollo doctrinal² sino también en el hecho de que la mayoría de los Derechos estatales³ –e incluso el Derecho Internacional general⁴ y el Derecho comunitario⁵– recurren a la acción de enriquecimiento sin causa o al principio general del Derecho que prohíbe el enriquecimiento injusto como medio de corregir un determinado desplazamiento patrimonial indebido, injusto, injusti-

² Un interesante estudio de la dogmática del enriquecimiento puede encontrarse en M. DE LA CÁMARA Y L. DÍEZ-PICAZO, *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Madrid, Civitas, 1988. *Vid.* sin ánimo de exhaustividad la doctrina sobre el enriquecimiento sin causa en nota 13.

³ *Vid.* la regulación de Derecho material de los ordenamientos alemán, suizo, austriaco, italiano y portugués: párrafo. 812-822 del BGB alemán, artículos 62-67 del Código suizo de las obligaciones, artículos 877, 1041, 1043, 1431, 1435 y 1432 del BGB austriaco, artículos 2041 y 1042 del Código Civil Italiano; y 473-482 del Código Civil portugués. Y sus respectivos sistemas de Dipr. que prevén, a través de normas de conflicto, la respuesta jurídica a las situaciones heterogéneas de enriquecimiento sin causa: en Alemania existe un Proyecto, en cuyo artículo 38 se regula el enriquecimiento sin causa, que completará a la Ley de Dipr. de 1986 (*vid.* texto en K. REBMAN y F. J. SAECKER, *Munchemer Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch*, Munich, Ch. Beck, 1988, 2.^a ed., pp. 1872 y ss.; en Suiza se regula en los artículos 127 y 128 de la ley de Dipr. de 1987 (*vid.* Texto en *Le nouveau droit international privé suisse*, F. Dessemontet (ed.), Lausanne, CEDICAC, pp. 296 y 297; y *Rev. cr. dr. int. privé*, 1988, pp. 404 y ss.); en Austria en el artículo 46 de la ley federal austriaca de Dipr. (*vid.* *Bundesgesetzblatt für Republik Österreich*, 7 julio de 1978; también puede encontrarse en E. VASSILAKAKIS, *Orientations Méthodologiques dans les codifications récentes du droit international privé en Europe*, París, LGDJ, 1987, p. 404; y *Rev. cr. dr. int. privé*, 1978, pp. 176); el Derecho italiano en el artículo 65 de la Ley de Dipr. italiana de 1995 (*Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana*, núm. 128, 3 junio 1995; y *Rev. cr. dr. int. privé*, 1996-1, pp. 174 y ss.); en fin, el Derecho portugués en el artículo 44 del Código Civil (*vid.* texto en E. VASSILAKAKIS, *Orientations Méthodologiques dans les codifications récentes*, cit., pp. 385 y ss.; y *Rev. cr. dr. int. privé*, 1968, p. 373). Aparte de en el mencionado artículo 10.9.III del Código Civil español el enriquecimiento sin causa no aparece en dicho texto legal, si se encuentra, sin embargo, en la Ley 508 de la Compilación civil foral de Navarra, en el artículo 65 de la Ley Cambiaria y del Cheque (*BOE*, núm. 172, de 19 de julio) bajo el nombre de «acción de enriquecimiento», y en el artículo 18.6.^o de la Ley de competencia desleal (*BOE*, núm. 19, de 11 de enero de 1991) con la denominación de «acción de enriquecimiento injusto».

⁴ *Vid.* A. MIJAJA DE LA MUELA, «El principio de enriquecimiento sin causa en Derecho internacional, *Symbolae García Arias*, Temis, Zaragoza, 1933-II, t. 44, pp. 569 y ss.; E. FANARA, *Gestione di affari e arricchimento senza causa nel Diritto Internazionale*, Milán, Dott. Giuff, 1966. Ch. SCHREUER, «Unjust Enrichment in international Law», *AJCL*, XXII, 1974, pp. 281 y ss.; G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, «El enriquecimiento sin causa como fundamento de la responsabilidad internacional», *REDI*, 1982, pp. 379-397; y L. ESTEVE GONZÁLEZ, *Anales de la Universidad de Alicante. Facultad de Derecho*, núm. 8 1993, pp. 229-245.

⁵ Un comentario de la aplicación de la doctrina del enriquecimiento sin causa en Derecho comunitario puede encontrarse en L. ESTEVE GONZÁLEZ, «Fundamento y ejercicio de la *condictio indebiti* en Derecho comunitario», *La Ley: Com. eur.* 28 diciembre 1993, pp. 1-7.

ficado o sin causa. El objetivo del presente trabajo es el de mostrar cómo el distinto tratamiento concedido responde, en realidad, a distintas concepciones que se desarrollan temporal y espacialmente, y se proyectan en el sector del Derecho aplicable; pudiendo, en último término, precisar cuál es la concepción reflejada en el artículo 10.9. III de nuestro Código Civil⁶.

2. Cualquier trabajo nacional y extranjero sobre «enriquecimiento sin causa» invoca la conocida regla de Pomponio *«Iure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletationem»*⁷ para a continuación enlazar el origen de la categoría moderna de enriquecimiento sin causa en la regulación romana de las *condictiones*⁸. Sin embargo, aquí se emprende una segunda vía divergente: existe doctrina que vincula también el origen del concepto de enriquecimiento sin causa al de cuasicontrato o, aunque esta doctrina es minoritaria, al quasi-delito, mientras que otros lo vinculan a la teoría de la causa⁹. El resultado de toda esta dogmática es, como tendremos ocasión de comprobar, la tensión existente entre principio general, *condictio*, cuasicontrato y fuente de las obligaciones, con el consiguiente desconcierto que la falta de unanimidad provoca a los estudiosos del tema: todo en el «enriquecimiento sin causa» es objeto de discusión y controversia.

3. Cuando se habla de «enriquecimiento sin causa» la doctrina puede estar refiriéndose a un principio general del Derecho, a un cuasicontrato, o a una fuente autónoma de las obligaciones vinculada a la teoría de la «causa»¹⁰. Sin embargo, reiteradamente hemos

⁶ Para un estudio más profundo del artículo 10.9 III del Código Civil *vid.* L. ESTEVE GONZÁLEZ, *Ley aplicable al enriquecimiento sin causa en el Derecho internacional privado español*, Madrid, Eurolex, 1998.

⁷ Texto extraído del Libro Novo *Ex variis Lectionibus*, D. 50, 17, 206. Entre los trabajos españoles que citan el texto de Pomponio, *vid., verbi gratia*: J. PUIG BRUTAU, «Obligaciones derivadas de un enriquecimiento injusto», *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, VIII, t. II, 1983, pp. 43 y ss.; J. SANTOS BRINZ, «El enriquecimiento injusto o sin causa, en *Comentarios al Código Civil y compilaciones Forales*», M. Albadaej (Dir.) t. XXIV, pp. 1 y ss.; y L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. I, 5.^a ed., Madrid, Civitas, 1996, p. 90. En la literatura extranjera, *vid.*, por todos, J. P. DAWSON, *Unjust Enrichment. A Comparative Analysis*, Boston, 1951, pp. 11 y ss.; y E. VON CAEMMERER, «Bereicherung und unerlaubte Handlung», *Festschrift für Ernst Rabel*, t. I, 1954, pp. 333 y ss..

⁸ Sobre la doctrina que sitúa los orígenes de la acción de enriquecimiento sin causa en la *condictio*, *vid.*, por todos: L. DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. II, 7.^a ed., Madrid, Tecnos, 1995, pp. 571 y ss.; L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. I, 2.^a ed. reimpresión, Madrid, Tecnos, 1986, pp. 82 y ss.; *ibidem*, 5.^a ed., Madrid, Civitas, 1996, pp. 90 y ss.; *id.* en M. DE LA CÁMARA y L. DÍEZ-PICAZO, *Dos estudios...*, *cit.*, p. 71; G. ASTUTI, «V. Arricchimento (azione di). Premesse storiche», *Encyclopedie del Diritto*, vol. III, Milán, Giuffrè Editore, 1958, pp. 52 y ss.; p. GALLO, *L'arricchimento senza causa*, Padua, Cedam, 1990, pp. 102 y ss.

⁹ *Vid.* L. DÍEZ-PICAZO, en *Dos estudios...*, *cit.*, pp. 35-67.

¹⁰ En opinión de J. A. ÁLVAREZ-CAPERCHIPI (*El enriquecimiento sin causa*, Comares, Granada, 2.^a ed., 1993, pp. 17 y 18) existen cuatro fases en la dogmática del enriquecimien-

tenido ocasión de referirnos a concepción que distingue entre principio general del Derecho y fuente *sui generis* de las obligaciones y que, a mi modo de ver, es sumamente clarificadora¹¹ y que permite afirmar que podríamos estar en presencia de dos conceptos distintos que deberían estar presididos por dos nociones diferentes, *v. gr.*, «enriquecimiento injusto» para hacer referencia al principio general del Derecho y «enriquecimiento sin causa» para rubricar la institución autónoma concebida como fuente de las obligaciones, distinta del contrato y del delito¹².

4. La presente exposición se va a centrar en el análisis del posible desarrollo histórico-jurídico de las categorías de enriquecimiento injusto y de enriquecimiento sin causa y la repercusión en el sector del Derecho aplicable de las distintas configuraciones o concepciones existentes, es decir, como principio general del Derecho (II), como fundamento de la técnica cuasicontractual y cuasi-delictual (III), como institución autónoma o fuente de las obligaciones (IV), concepciones presentes no sólo en la doctrina, legislación y jurisprudencia comparada, sino también en los autores españoles y en las construcciones de nuestro T.S. La finalidad de todo ello es la de poder comprender mejor, a través de su evolución y proyección en Dipr., la categoría «enriquecimiento sin causa», objeto de sucesivas y contrastadas interpretaciones que se desarrollan a lo largo del tiempo¹³.

to sin causa y en este sentido afirma que «...al hablar de enriquecimiento sin causa la doctrina puede referirse a cuatro realidades diversas: a un principio general del Derecho que informa el ordenamiento jurídico; en segundo lugar, a la fundamentación y ampliación de la técnica cuasicontractual; en tercer lugar, a una acción subsidiaria fundada en el principio general del Derecho; y, por último, a una acción (de enriquecimiento sin causa) que busca equilibrar el valor que de un patrimonio ha pasado a otro sin serle correctamente atribuido por el orden jurídico».

¹¹ La distinción entre principio general y acción ha sido señalada por la doctrina, *vid.*, *inter alia*, J. SANTOS BRIZ, «Las obligaciones que se contraen sin convenio», en *Comentarios al código Civil y compilaciones forales*, M. ALBADALEJO (dir.), t. XXIV, Edersa, p. 1; J. A. ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, El enriquecimiento sin causa, *cit. supra*; y de este mismo autor, *vid.* «El enriquecimiento sin causa en la doctrina del Tribunal Supremo», *cit.*, esp. p. 855. Es, en fin, M. DE LA CÁMARA (en *Dos estudios...*, *cit.*, pp. 136 y ss.) quien resalta, de forma sugestiva y clara, la diferencia entre enriquecimiento injusto y sin causa. Sobre esta distinción y su incidencia en Dipr. *vid.*, L. ESTEVE GONZALEZ «El enriquecimiento injusto y sin causa y la "calificación autónoma" del artículo 10.9.III del Código Civil español», *RDP*, octubre 1999, pp. 705-722.

¹² Afirmación que, como ha habido oportunidad de apuntar, viene avalada, entre otros, por M. DE LA CÁMARA, «Enriquecimiento injusto y Enriquecimiento sin causa», en *Dos estudios...*, *op. cit.*, pp. 137 y ss.

¹³ Entre la doctrina extranjera del ámbito del *Common Law* pueden destacarse, J. BEATSON, *The use and Abuse of unjust enrichment. Essays on the Law of Restitution*, Oxford, Calendor Press, 1991; J. p. DAWSON, *Unjust enrichment. A comparative analysis*, Boston, Little Brown, 1951; W. FRIEDMANN, «The Principle of Unjust Enrichment in English Law», *Can B. Rev.*, vol. XVI, pp. 243-273; H. C. GUTTERIDGE y J. A. DAVID, «The Doctrine of Unjustified Enrichment», *Camb. Law Journal*, vol. V, 1934, pp. 204-223; G. JONES, *Restitution in the Public and Private Law*, Londres-Bombay, Sweet y Maxwell-Tripathi Priva-

II. GÉNESIS Y DESARROLLO DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA COMO PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO

A) PLANTEAMIENTO

5. Cuando se habla del «enriquecimiento sin causa» como principio general del Derecho hay dos formas de entenderlo: la primera, alude a la idea de que esta figura no es otra cosa que un prin-

te, 1991. B. NICHOLAS, «Unjustified Enrichment in the Civil Law and Louisiana Law», *T. L. R.*, vol. XXXVI, 1962, pp. 605-646 (parte 1.^a) y vol. XXXVII, 1963, pp. 47-67; O'CONNELL, «Unjust Enrichment», *A.J.C.L.*, vol. V, 1956, pp. 2 y ss.. En el ámbito del *Civil Law*, *vid.* L. BARBIERA, *L'ingiustificato arricchimento*, Nápoles, Editore Jovene, 1964; Ph. DRAKIDIS, «La "subsidiarité" caractère spécifique et international de la action d'enrichissement sans cause», *Rev. trim. dr. civ.*, vol. LIX, 1961, pp. 613 y ss.; p. GALLO, *L'arricchimento senza causa*, Padua, Cedam, 1990; F. GORE, V.^o «Enrichissement sans cause», *Encyclopédie Dalloz dr. int.*, 1972, pp. 1-13; V. KNAPP, «Die ungerechtfertigte Bereicherung in der Rechten der europäischen sozialistischen Länder», *Zweigert-Fschr.*, 1981, pp. 465-480; H. KOCH, *Bereicherung und Irrtum. Rechtsvergleichende Untersuchungen, schweizerischen, römischen und deutschen Leistungsbereicherungsrecht*, Berlín, Duncker y Humblot, 1973; D. REUTER y M. MARTINEK, *Ungerechtfertigte Bereicherung*, Tübinben, J. C. B. Mohr, 1983; G. RIPERT y M. TEISSEIRE, «Ensayo d'une théorie de l'enrichissement sans cause», *Rev. trim. dr. civil*, vol. III, 1904, pp. 727 y ss.; p. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, Milán, Giuffrè Editore, 1962; E. VON CAEMMERER, «Bereicherung und unerlaubte Handlung», *Festschrift für Rabel*, 1954, vol. I, pp. 333 y ss.; *id.* «Grundprobleme des Bereicherungsrecht», *Gesammelte Schriften*, pp. 370 y ss. y la traducción francesa «Problèmes fondamentaux de l'enrichissement sans cause», *Rev. int. dr. comp.*, 1966, pp. 573-592; W. WILBURG, *Die Lehre des ungerechtfertigte Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht*, Granz, 1934. Entre los autores españoles: J. A. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, «El enriquecimiento sin causa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *R. D. p.*, 1977, pp. 845 y ss.; *id.*, *El enriquecimiento sin causa*, 3.^a ed., Comares, Granada, 1993; *id.* «El enriquecimiento sin causa en Derecho civil español», *RGLJ*, 1974, p. 415; *id.* «El interés, el justiprecio y el enriquecimiento sin causa», *RCDI*, 1984, pp. 1183; L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Madrid, Tecnos, 1979, pp. 65-81; *idem*, 4.^a ed., Madrid, Civitas, 1993, pp. 89-111, 5.^a ed. 1996; L. DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. II, 6.^a ed., Madrid, Tecnos, 1993, pp. 571 y ss.; M. DE LA CÁMARA y L. DÍEZ-PICAZO, *Dos estudios sobre el enriquecimiento*, *cit. supra*; J. L. LACRUZ BERDEJO, «Pago de lo indebido y transmisión de la propiedad», *Rev. Temis*, 1957, pp. 11 y ss.; *id.* «Notas sobre el enriquecimiento sin causa», *Rev. crit. d. inmobiliario*, 1969, pp. 569 y ss.; 1993; L. MOISET DE ESPANES, «Notas sobre el enriquecimiento sin causa», *RGLJ*, 1980, p. 263; R. NÚÑEZ LAGOS, *El enriquecimiento sin causa en Derecho español*, Madrid, 1934; *id.*, *El Cobro de lo indebido y el enriquecimiento sin causa*, en *Qintus Mucius Scaevola. Código Civil comentado y concordado*, t. XXX, vol. II, Madrid, Reus, 196; R. M. ROCA SASTRE y J. PUIG BRUTAU, «La gestión de negocios ajenos, Pago de lo indebido y el enriquecimiento sin causa», *Estudios de Derecho Privado*, vol. I, Madrid, 1948, pp. 449 y ss.; J. SANTOS BRIZ, «El enriquecimiento injusto o sin causa», en M. ALBADALEJO (dir.) *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, t. XXIV, Edersa, Madrid, 1984, pp. 10 y ss.; X. BASOZÁBAL ARRUE, *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Madrid, Civitas, 1998. Por otra parte, numerosas tesis doctorales han contribuido al esclarecimiento del enriquecimiento sin causa en Derecho material. *Vid. inter alia*: J. WITTMANN, *L'enrichissement sans cause den droit suisse et français*, Zúrich, 1943; J. P. BÉGUET, *L'enrichissement sans cause*, París, 1945; V. MARAVENT, *L'enrichissement sans cause en droit égyptien*, public. L'Egypte contemporaine, París, 1949; J. FÁBREGA, *El enriquecimiento sin causa*, Universidad de Panamá, 1955; F. GORE, *L'enrichissement aux dépens autrui, source autonome et générale d'obligations en droit privé français. Essai d'une construction technique*, Dalloz, París, 1949.

cipio general aplicable como tal con carácter subsidiario. La otra forma de abordar la figura del enriquecimiento sin causa –y que aquí proponemos– consiste en reconocer la virtualidad, por una parte, de un principio general del Derecho (enriquecimiento injusto) y, por otra, de una fuente o institución autónoma (enriquecimiento sin causa). Por ello, a continuación se pretende demostrar como históricamente es posible defender la existencia de tal principio general informador de la institución autónoma de enriquecimiento sin causa. Existencia que se predica no solo de los sistemas inspirados en el Derecho continental sino también en el Derecho angloamericano.

B) EL PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO «ENRIQUECIMIENTO INJUSTO» EN LOS SISTEMAS INSPIRADOS EN EL CIVIL LAW

6. Fuera de los casos previstos en la ley o, más exactamente, en las distintas legislaciones existentes en Derecho comparado, cabe preguntarse si puede admitirse la existencia de un principio general del Derecho que, explícita o implícitamente, prohíba el enriquecimiento injusto. Se trata de una cuestión que entraña con la problemática de lo que ha de entenderse por principio jurídico o principio general del Derecho y cuyo análisis escapa del presente estudio, en el que se utiliza el término principio jurídico y principio general del Derecho como sinónimos. Es cierto que la jurisprudencia del TS español ha considerado de forma generalizada la prohibición del enriquecimiento injusto como un principio general del Derecho¹⁴; no obstante, existe doctrina que critica dicha concepción «nunca demostrada y nunca cuestionada» que «resulta no fácil de admitir cuando el tema se somete a alguna dosis de reflexión»¹⁵.

¹⁴ *Vid. inter alia*, STS de 5 de marzo de 1999, *RAJ*, núm. 172, STS de 5 de mayo de 1997, *RAJ*, núm. 381; STS de 13 de noviembre de 1996, *RAJ*, núm. 918, pp. 750 y ss.; STS de 22 de marzo de 1994, *R.A.J.*, 2557, pp. 3486 y ss.; STS de 30 de marzo de 1988, *RAJ*, 2570, pp. 2474 y ss.; STS de 31 de enero de 1986, *RAJ*, 443, pp. 403 y ss.; STS de 31 de enero de 1985, *RAJ*, 210, pp. 180 y ss.; STS de 28 de octubre de 1985, *RAJ*, 5083, pp. 4303 y ss.; STS de 25 de noviembre de 1985, *RAJ*, 5898, pp. 4987 y ss.; STS de 20 de marzo de 1984, *RAJ*, 1311, pp. 997 y ss.; STS de 3 de julio de 1984, *RAJ*, 3794, pp. 2895 y ss.; STS de 29 de marzo de 1983, *RAJ*, 1652, pp. 1295 y ss.; STS de 9 de diciembre de 1983, *RAJ*, 6925, pp. 5305 y ss.; STS de 22 de noviembre de 1982, *RAJ*, 6555, pp. 4354; STS de 1 de diciembre de 1980, *RAJ*, 4732, pp. 3796 y ss.; STS de 28 de marzo de 1978, *RAJ*, 1055, pp. 920 y 921; STS de 23 de noviembre de 1977, *RAJ*, 4561, pp. 3489; STS de 8 de abril de 1976, *RAJ*, 1705, pp. 1276 y ss.; STS de 25 de junio de 1974, *RAJ*, 3373, pp. 2574 y ss.; y STS de 19 de diciembre de 1930, *RAJ*, 1361, pp. 534 y ss..

¹⁵ Cf. L. DÍEZ-PICAZO, en *Dos estudios...*, *op. cit.*, p. 35.

7. El conocido texto de Pomponio, reproducido en páginas anteriores, es la base en la que se apoya la doctrina defensora de la tesis del «enriquecimiento sin causa» como una regla moral¹⁶ y la de los que afirman que se trata de un principio general¹⁷. El valor jurídico que se otorga a dicho fragmento es la diana de distintas posiciones doctrinales: mientras un sector doctrinal niega su significación como principio general del Derecho¹⁸, otro afirma que el texto de Pomponio, junto con otros del Digesto, son un intento de

¹⁶ Este texto, concebido como una regla moral, es recibido por la doctrina canonista y Dino Mogelio lo insertó ya en sus célebres *Regulae iuris*. La régula de Pomponio queda recogida por el *Corpus iuris Canonici*, en el capítulo 48 del Título «*De Regulis iuris*» del Sexto de las Decretales. En la literatura jurídica contemporánea el carácter moral de la regla ha sido subrayado por numerosos autores, entre los que debe destacarse G. Ripert (G. RIPERT y M. TEISSEIRE, «*Essai d'une Théorie de l'enrichissement sans cause en Droit civil Français*», *Rev. trim. dr. civil*, III, 1904, pp. 726-796), quien, en un primer momento, afirma que el texto de Pomponio es una regla moral cuya observación debe ser asegurada por el legislador para el mantenimiento de las «*bonnes relations sociales*». Se trata de una de esas reglas del Derecho civil «*qui sont des applications immédiates*». Opinión que mantiene en su conocida obra: *La règle moral dans les obligations civiles* (París, 1931). Con posterioridad, se observa una evolución en el autor que, sin llegar a negar su carácter moral, se suma a la corriente que caracteriza a la acción por la falta de causa entendiendo por ésta ausencia de título (*vid.* G. RIPERT y BOULANGER, *Traité de Droit civil d'après le traité de Planiol*, t. II, París 1957; y, en el mismo sentido, M. PLANIOL y G. RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français*, 2.^a ed., París L.G.D.J., 1952-1960, esp. t. VII, 1957). En la literatura española puede verse, *per omnia*, el estudio de A. ROVIRA MOLA («Enriquecimiento injusto», *Nueva Enciclopedia jurídica*, VIII, 1956, p. 570), para quien el enriquecimiento injusto constituye «...uno de los más firmes postulados de la moral, que aquél (el Derecho) ha incorporado a su seno para revestirlo de eficacia jurídica»; y, más recientemente, J. A. ÁLVAREZ-CAPERUCHÍP («El enriquecimiento sin causa...», *op. cit.*, p. 21) afirma que el enriquecimiento injusto es indudablemente una regla moral pero su funcionalidad no debe agotarse en la moralidad ya que «la moralidad y la ética para ser jurídica deben tecnificarse, conceptualizarse». Empero, la tesis moralista que vincula el fundamento del enriquecimiento sin causa con la moral decae, en opinión de L. DÍEZ PICAZO (*Dos estudios...*, *op. cit.*, pp. 39 y ss.), desde el momento en que el Derecho permite enriquecimientos moralmente reprobables pero que, sin embargo, cumplen las condiciones de voluntariedad y libertad contractual.

¹⁷ *Vid.* por todos, H. COING, *Europäisches Privatrecht 1500-1800*, t. I, Munich, 1858, p. 493; G. B. CASTONI, «El divieto di ingiusto arrichimento come principio generale di diritto», *Riv. dir. comm.* I, 19, t.25, p. 285; entre los autores españoles, destacan R. ROCA SASTRE y J. PUIG BRUTAU («El enriquecimiento sin causa», en *Estudios de Derecho privado*, t. I, Madrid, 1948, pp. 485 y ss.) y T. ESPUNY GÓMEZ («Perfil y límites del enriquecimiento infundado», *Rev. jur. de Cataluña*, 1952, pp. 42 y ss.); C. LASARTE, *Principios de Derecho civil*, t. II, 5.^a ed., Madrid, Edigrafos, 1998, pp. 319 y ss.

¹⁸ En opinión de B. WINDSCHEID (*Lehrbuch des Pandektenrecht*, 9.^a ed., Frankfurt, 1906), el adagio de Pomponio es una de las falsas abstracciones que se encuentran en las fuentes romanas. En la literatura jurídica española el valor de la regla como principio general del Derecho ha sido cuestionado por L. DÍEZ PICAZO (*Dos estudios*, *op. cit.* p. 16) *v. gr.* al afirmar que el texto de Pomponio pertenece a la categoría de las *regulae iuris*, consideradas a veces como principios y fundamentos del Derecho –lo que, en opinión del autor, contradice la «mejor doctrina historicista»– y otras veces como simples narraciones o «...refranes jurídicos que expresan una sabiduría jurídica generalizada» y que por lo tanto «...no contiene un principio de Derecho que funcione a modo de axioma general». Este es el sentido que, según el autor, habría que otorgar a la definición que de *regula* hace el propio Digesto (D. 50,17,1) y por ende a la regla de Pomponio. Para L. DÍEZ-PICAZO, el enriquecimiento sin causa no es, en definitiva, un principio en el sentido del artículo 1.5 Código Civil español (*vid. ibidem* p. 44).

la jurisprudencia clásica por encontrar un fundamento técnico a la doctrina del enriquecimiento sin causa¹⁹ y subrayan, por tanto, su carácter de principio general del Derecho²⁰. Sea cual fuere el valor de este texto, parece –así lo afirma J. Arias Ramos– que los exégetas del Derecho común dieron a la regla de Pomponio la amplitud de un principio normativo²¹ y la Glosa lo aprecia como fundamento de determinadas instituciones del Derecho positivo²².

8. En Derecho español la recepción del Derecho romano fue determinante en la regulación del enriquecimiento sin causa: se incorporó en el Código de Alfonso X el sistema justiniano y los glosistas e ilustradores resucitaron la terminología clásica²³. La regla que recoge la mención al «enriquecimiento torcidero» se ubica en un epígrafe que alberga a un conjunto de máximas que recogen criterios generales de justicia lo que permite concluir que podríamos estar ante un principio general del Derecho²⁴ formulado expresamente²⁵. Al igual que en el Digesto, que recoge, por una parte, la técnica de las *condicione*s y, por otra, la regla de Pomponio, en las Partidas se prevé también en otro lugar, siguiendo la misma sistemática, la técnica de las *condicione*s²⁶, apareciendo el principio jurídico al final de la obra. Este dato permite sostener la afirmación de que el enriquecimiento injusto y el enriquecimiento sin causa son figuras que comienzan a desglosarse desde sus orígenes y que hacen referencia, respectivamente, al principio general del Derecho y a la obligación *sui generis* –y al medio procesal con el que se hace valer– que obliga a restituir un determinado enriquecimiento «sin causa».

¹⁹ J. ARIAS RAMOS, «En torno a la exégesis del enriquecimiento sin causa», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. II, 1946, p. 26.

²⁰ En esta línea es ilustrativa la opinión de un filósofo del Derecho S. T. AZÚA REYES (*Los Principios generales del Derecho*, México, Pourrúa, 1986, p. 2) según el cual «...la fórmula “Principios...” no existió en Roma, aunque no por ello dejaron de existir...».

²¹ J. ARIAS RAMOS, «En torno a la exégesis del enriquecimiento sin causa...», *cit.* p. 29.

²² Vid. H. COING, «Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereigerung bei Accursius», *Zeitschrift der Savigny-schriftung für Rechtsgeschichte*, 80, 1963, pp. 396 y ss..

²³ Vid. Partida 7, 34, regla XVI «E aun dixeron que ninguno non deue enriquecerse torticерamente en daño de otro». En GREGORIO LÓPEZ, *Las siete Partidas del Rey Don Alfonso el Nono*, Madrid, 1789, t. III, p. 530.

²⁴ En contra de la consideración de estas máximas como principios generales del Derecho, *vid.* Ph. Viehweg, *Tópica y Jurisprudencia*, Madrid, Taurus, 1964, pp. 67 y ss.

²⁵ En la actualidad N. BOBBIO (*Teoría general del Derecho*, trad. E. Rozo Acuña, edición castellana, Bogotá, Temis, 1987, pp. 238 y ss.) afirma que los principios generales del Derecho son normas fundamentales o generalísimas del sistema y pueden ser expresos o no expresos. Un ejemplo de un principio general del Derecho expreso puede hallarse, según el autor, en el artículo 2041 del Código Civil italiano relativo al enriquecimiento injusto. Teniendo en cuenta esta concepción de principio general del Derecho quizás sea coherente afirmar que el texto de Pomponio y el de las Partidas constituyen ejemplos históricos de estos principios positivizados.

²⁶ Partida 5, 19, reglas XXVIII-LIV.

9. En aras a una correcta interpretación histórica es necesario acudir a otra perspectiva de análisis propuesta por J. A. Álvarez Caperochípi²⁷, la que viene incardinada en el pensamiento jurídico en el que se desarrolla la teoría del enriquecimiento. En el Derecho medieval y moderno está influida por discusiones morales y teológicas sobre la justicia de las ganancias: en particular, la teoría del contrato tiene como principios informadores la justicia del precio y la prohibición de cobrar intereses, principios que son expresión de otro más amplio, el que prohíbe el enriquecimiento injusto. Frente a esto, el Derecho patrimonial liberal que surge en el siglo XIX no pone límites a la libertad de enriquecerse y da primacía a la libre iniciativa privada y a la autonomía de la voluntad: el dogma liberal según el cual: «el contrato enriquece justificadamente o con causa» parece desplazar a un segundo plano al principio que prohíbe el enriquecimiento injusto. La época codificadora inició la positivación del principio que fue recogiéndose sucesivamente en varios Códigos europeos, americanos y –por influencia de los primeros– se adopta también en algunos códigos del Magreb y de Oriente Medio²⁸. Ahora bien, este principio recogido expresamente es el fundamento en el que se sustenta la regulación de la fuente de las obligaciones que venimos denominando enriquecimiento sin causa. Pese al gran número de Ordenamientos jurídicos que reconocen expresamente dicho principio, bien a través de su legislación o bien por medio de la jurisprudencia, de este principio general del Derecho se ha criticado su escasa funcionalidad práctica y su imprecisión y, como remedio a esto, se ha predicado la necesidad de determinación de sus perfiles mediante una dosis de concreción²⁹. A mi

²⁷ Vid. J. A. ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, «El interés, el justiprecio y el enriquecimiento injusto. (Notas para una interpretación histórica)», en *Rev. crit. Derecho mobiliario*, LX, 1984-II, pp. 1182 y ss.

²⁸ Vid. artículo 812 BGB alemán; artículo 62 del Código suizo de las obligaciones del 1911; artículo 2041 del Código Civil italiano de 1942; artículo 942 Código Civil griego de 1945; artículo 473 del Código Civil portugués de 1966; y artículo 61 del Código Civil de Turquía –país donde ha sido declarado vigente el código suizo de las obligaciones ligeramente modificado–. En los códigos americanos merecen destacarse las siguientes disposiciones: el artículo 2249 del Código Civil de Guatemala de 1877 (edición oficial de 1956) regula los principios de las obligaciones entre los que se encuentra el de que «nadie debe enriquecerse con detrimento de otro»; el principio también se positiviza en el artículo 1882 del Código Civil mexicano de 1928, y en la actualidad en el artículo 101.1 del Código Civil cubano de 1987. Entre los Códigos del Magreb y de Oriente Medio pueden destacarse: los artículos 66 y 67 del Dahir de las obligaciones y contratos; el artículo 179 del Código Civil egipcio de 1949 y el artículo 141 del Código Civil libanés. El enriquecimiento injusto es un principio general del Derecho reconocido en Derecho islámico, vid. al respecto Nabil A. Saleh, *Unlawful Gain and Legitimate Profit in Islamic Law*, 2.^a ed., Londres-Boston, Graham-Trotman, 1992, pp. 11 y ss..

²⁹ Esta concreción intentó llevarse a cabo mediante el establecimiento de tipos de casos de enriquecimiento sin causa y mediante la extracción de los elementos comunes a todos ellos. Vid., Wilburg, *Die Lehrbuch der ungerechtfertigten Bereicherung nach öste-*

modo de ver, la abstracción y generalidad es una característica de la que participan todos los principios generales, y lo importante es determinar el valor y función práctica que desempeñan³⁰. La concreción debería ir dirigida, por lo tanto, a la fuente de las obligaciones o institución autónoma, ya que la generalidad es intrínseca a la idea de principio del Derecho.

C) EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO EN EL ÁMBITO DEL COMMON LAW

10. Tras haber situado los orígenes del enriquecimiento sin causa en el Derecho romano, el estudio de la figura en los sistemas pertenecientes al ámbito del *Common Law* obliga, de forma ineludible, a tener presente ciertas afinidades existentes entre el Derecho romano y el Derecho anglo-americano. La obra de W. W. Buckland y A. MacNair ha demostrado las grandes analogías existentes entre ambos Derechos³¹. En efecto, la repulsión hacia la legislación estática y la solución dada a través de casos concretos y no de principios generales, el *writ*, por una parte y el sistema de acciones, por otra, son características propias de estos Derechos y muestra de ello es, precisamente, el tratamiento de la teoría del enriquecimiento sin causa, sin olvidar que, en realidad, el Derecho de obligaciones en el *common law* se desarrolla bajo influencia de conceptos romanos análogos³². Hecha esta indicación previa hay que tener presente que el enriquecimiento sin causa es una noción general que se encuentra en la mayoría de Ordenamientos jurídicos, pero estas categorías generales pueden tener un contenido muy diferente y funciones distintas³³.

11. Varias son, en efecto, las cuestiones planteadas por la doctrina anglosajona en torno a la teoría del enriquecimiento sin causa.

³⁰ *reischischem und deutschem Recht*, Gratz, 1934; y E. VON CAEMMERER, «Grunprobleme des Bereicherungsrechts» en *Gesammelte Schriften*, pp. 370 y ss.; y su traducción «Problèmes fondamentaux de l'enrichissement sans cause», en *Rev. int. dr. Comparé*, 1966, pp. 573 y ss.

³¹ Las funciones están claramente expuestas en, M. ATIENZA y R. MANERO, «Sobre principios y reglas», *DOXA*, 10, 1991, pp. 101 y ss.

³² W. W. BUCKLAND y A. MACNAIR, *Roman and Common Law. A Comparation in outline*, 3.^a ed., Cambridge, F. M. Lawson, 1965. En relación con la analogía existente entre estos sistemas los autores afirman que «parece paradójico pero la realidad es que hay más afinidad entre los juristas romanos y los juristas del *common law* que entre los juristas romanos y sus sucesores inspirados en el sistema de Derecho civil» (*Ibidem*, pp. 147 y 148).

³³ L. J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé*, t. II, París, L.G.D.J., 1974, pp. 47, 48 y 171.

³⁴ En este sentido B. DICKSON («Unjust Enrichment Claims: A comparative overview», *Camb. Law rev.*, 1995, p. 101) afirma que el principio opera en los sistemas del *Common Law* a distinto nivel: mientras para los juristas del *Common Law* es el fundamen-

La primera ya fue formulada por H. C. Gutteridge: «*Does English Law recognize a Doctrine of Unjustified Enrichment?*»³⁴. En caso de respuesta afirmativa –y por lo que hace referencia a los antecedentes históricos–, el segundo interrogante que dicha doctrina plantea –de gran importancia en la comprensión y delimitación del instituto en estos sistemas– es si esta idea tiene sus orígenes en el Derecho romano o surge de forma autónoma en el sistema del *Common Law*³⁵. En fin, la tercera cuestión trata de resolver el interrogante de si nos encontramos ante el mismo recurso jurídico en ambos sistemas: en esta línea de análisis, el estudio de la doctrina del *Common Law* pone de manifiesto cómo las concepciones expuestas anteriormente se reproducen también en este sistema. Ni la reacción contra los desequilibrios patrimoniales injustificados ni la forma de abordarla son, por tanto, exclusivos del *Civil Law*³⁶.

La doctrina que predica el «*Unjust Enrichment*» comienza a emerger en Derecho inglés en los siglos XVI y XVII y toma gran impulso en el siglo XVIII con Lord Mansfield, que amparado en el Derecho natural afirma que la obligación de restituir un enriquecimiento injusto se funda en el concepto de «*natural justice, reason*»³⁷. Sin embargo, se producirá una tensión entre la teoría del *unjust enrichment* y la alternativa a ésta, que viene de la mano de Blackstone³⁸ al afirmar que se puede establecer una distinción entre contrato expreso y contrato implícito y que la obligación de restituir en el *Common Law* depende de este último («*implied contract*»), incluyendo aquí a la categoría del cuasicontrato³⁹. En este debate, que se dilata *in extenso*

to o razón para permitir determinadas acciones de restitución, para los juristas del *Civil law* es una figura jurídica residual que entra en juego cuando se ha agotado la posibilidad de acudir a otras categorías.

³⁴ De esta forma es como titula el autor la tercera parte de su estudio dedicado al análisis del Derecho inglés. *Vid.* H. C. GUTTERIDGE y R. J. A. DAVID, «The doctrine of unjustified Enrichment», *Camb. L. J.*, 1934, pp. 204-223.

³⁵ *Vid.* G. E. PALMER, «History of Restitution in Anglo-American Law», *Int. Enc. Comp. L.*, 1989, cap. 3, pp. 3-24. Un estudio detallado sobre el desarrollo histórico de la doctrina del enriquecimiento sin causa en el «*Common Law*» puede verse en M. MARTINEK, «Der Weg des Common Law zur allgemeiner Bereigerungsklage. Ein später Sieg des Pomponius?», en *Rabels Z.*, 1983, pp. 284 y ss., esp. p. 294.

³⁶ *Vid.* H. KNOCH, *Bereicherung und Irrtum. Rechtsvergleichende Untersuchungen zum angloamerikanischen, französischen, römischen und deutschen Leistungsbereicherungsrecht*, Berlín, Bunker y Humblot, 1973; sobre el Derecho angloamericano, *vid.* pp. 18-30.

³⁷ Afirmación que expone en el conocido asunto *Moses c. Macferlan* (1760). *Vid.* P. GALLO, *op. cit.*, pp. 64-76.

³⁸ BLACKSTONE, *Comentarios on the Laws of England*, 1765 reeditado en Chicago 1979, pp. 161 y 162. *Op. cit.*, por p. GALLO, *L'arricchimento senza causa*, *cit.* p. 48.

³⁹ La enorme influencia de esta obra tuvo como consecuencia, según L. DÍEZ-PICAZO (en *Dos estudios...*, *op. cit.* p. 68), que se incluyeran las obligaciones no contractuales en el tratamiento de los contratos dedicándoles un reducido capítulo al final. Además, muchas de estas obligaciones eran tratadas como «*trustees*» («*constructive trust*») con el resultado de que parte del Derecho de restitución quedaba explicado en los libros sobre *Trust*. Todo

durante todo el siglo XIX, Lord Summer⁴⁰ intenta influir en la opinión judicial en contra de la doctrina de Lord Mansfield y sostiene la rígida y exclusiva clasificación de las acciones en *torts* y *contracts*, reviviendo la doctrina del «*implied or hypothetical agreement*» e incluyendo todos los remedios cuasicontractuales en la clasificación contractual. Esta eventual vinculación entre la figura que nos ocupa y el contrato es un dato importante que debe tenerse presente al abordar los problemas de delimitación de un supuesto de hecho susceptible de ser calificado, según esta doctrina, como contractual.

Desde las primeras decisiones judiciales⁴¹ hasta la actualidad puede observarse, en opinión de E. Palmer, cómo existe una cierta resistencia por parte de los juristas ingleses a contemplar el «*Unjust enrichment*» como un principio general⁴². A pesar de ello la mayoría de la doctrina anglosajona del siglo XX⁴³ ha reconocido que este principio es «*the general basis of liability both in quasi contract and in the law of restitution generally*»⁴⁴.

12. Es indiscutible la influencia que en el Derecho de los EE.UU. tuvo el Derecho inglés, pero también es evidente la repercusión que –concretamente en el «*Unjust Enrichment*»– el primero ha tenido sobre este último⁴⁵. En el Derecho estadounidense no ha habido tantas reticencias en la aceptación del enriquecimiento

el lo ocasionó que el nacimiento del «*Law of Restitution*» como «*tertius genus*» diferente del contrato y del delito tuviera un carácter tardío. En la actualidad, todavía algunos autores estudian el *Quasi-contract* inglés en las obras relativas al contrato, (*vid. v. gr.* G. C. CHESHIRE y C. H. S. FIFOOT, *Law of Contract*, 10.^a ed., Londres, Butterworths, 1981, pp. 574 y ss.).

⁴⁰ *Sinclair v. Brougham*, 1941, *cit.* entre otros por G. C. CHESHIRE y C. H. S. FIFOOT, *Law of Contract*, *op. cit.*, pp. 575 y ss.

⁴¹ Los hitos jurisprudenciales en el desarrollo de este instituto son los asuntos: *Slade's Case* (1602); *Straton v. Rastall* (1788); *Moses v. Macferlan* (1760); *Sinclair v. Bougham* (1914); *in re Diplock* (1948); *Reading v. Attorney-General* (1951). *Vid.* G. E. PALMER, *cit.* pp. 9 y ss.

⁴² G. E. PALMER, *cit.* p. 5. Según H. C. GUTTERIDGE (*cit.*, p. 227) la dificultad de tratar con casos de enriquecimiento injusto nace de la consideración de que los principios del *civil law* son ajenos al moderno pensamiento legal del *common Law*.

⁴³ Como destacan G. PALMER, (*cit.* pp. 15-17) y W. FRIEDMANN, («The principle of unjust enrichment in English Law», *The Canadian Bar Rev.*, XVI, 1938, pp. 242-272 y 365-386) uno de los más influyentes juristas en este sentido fue Lord Wright (1936). Entre la doctrina actual *vid. per omnia*, Lord Goff y G. JONES, *The Law of Restitution*, 3.^o ed., Londres, Sweet y Maxwell, 1986; y p. BIRKS, *An introduction of the Law of Restitution*, ed. revisada, Londres, Oxford University Press, 1989.

⁴⁴ *Vid.* G. PALMER, *op. cit.*, p. 15. *Cfr.* también, D. p. O'CONNELL, «Unjust Enrichment», *A.J.C.L.*, 1956, pp. 1-17. Lord Summer, critica indirectamente la teoría de Lord Mansfield, al afirmar que: «Whatever may have been the case 146 years ago, we are not free in the twentieth century to administer that vague jurisprudence, which is sometimes attractively styled 'justice between man and man'» (cita extraída de W. FRIEDMANN, «The principle of unjust enrichment in English Law», *The Can. Bar. Rev.*, 1938, p. 246).

⁴⁵ En este sentido H. C. GUTTERIDGE (*Derecho comparado*, *op. cit.*, p. 245, nota 12) afirma que «el cambio de posición operado en el Derecho inglés en lo que afecta a determinados problemas como es el del enriquecimiento injusto, se debe si duda a la influencia del Derecho americano expresado en el *Restatement on Restitution*».

injusto como remedio restitutorio: en 1937 el «*Restatement of the Law of Restitution, Quasi Contract and Constructive Trust*» reconoció y positivizó el principio de enriquecimiento injusto en el ordenamiento jurídico estadounidense al afirmar en su artículo 1 que «*a person who has been unjustly enriched at the expense of another is required to make restitution to the other*». Por lo que hace referencia a los antecedentes de este artículo, su parentesco con la regla de Pomponio ha sido puesto de manifiesto por J. P. Dawson, quien opina, por otra parte, que esta última no es una regla de Derecho en sentido estricto sino un principio general válido para cualquier Ordenamiento jurídico en cualquier tiempo y lugar⁴⁶.

Probablemente ha sido la influencia del «*Restatement of Restitution*» en el Derecho inglés lo que ha provocado su cambio de posición en lo que hace referencia al «*Unjust enrichment*»: este principio gozará de un doble reconocimiento, el de principio general del Derecho y el de medio jurídico eficaz para conseguir la restitución de lo adquirido injustamente⁴⁷. El tardío «*Law of Restitution*» (Derecho de restitución) otorga unidad a toda una serie de supuestos relacionados con la doctrina del enriquecimiento injusto; pero a pesar del reconocimiento de dicho principio en el ámbito del *common law* –y al igual que ocurre en el *Civil Law*– el problema que denuncia la doctrina sigue siendo el de su abstracción y falta de concreción. En este sentido, E. Palmer subraya cómo el rechazo del «*Unjust Enrichment*» en el Derecho inglés se debe a que «*the concept is too imprecise to be an acceptable rule*»⁴⁸.

D) EL PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO «ENRIQUECIMIENTO INJUSTO» Y DERECHO APLICABLE

13. El principio general del Derecho que prohíbe el enriquecimiento injusto ha sido invocado en diferentes ocasiones no sólo como parte integrante del Derecho material que resultaría aplicable en una relación privada internacional en tanto que *lex fori*, *lex loci* o *lex causae*, sino también como uno de «los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas» (art. 38 Esta-

⁴⁶ J. P. DAWSON, *Unjust Enrichment, A Comparative Analysis*, op.cit., p. 6.

⁴⁷ Vid. H. MCGREGOR, *Contact code Proyecto redactado por encargo de la Law Commission inglesa*, trad. J. M. de la Cuesta y C. Vattier, Barcelona, Bosch, 1997, pp. 131 y ss.; y A. G. GUEST (ed.) *Chitty on Contract. General Principles*, vol. I. 1994, pp. 1392 y ss.

⁴⁸ E. PALMER, op. cit., p. 17. La pregunta sigue siendo: *unjust enrichment, concept or rule?* vid. <<http://www.law.uts.edu>> (consultada, 7 febrero 2000).

tuto del Tribunal Internacional de Justicia) y contemplado como *lex contractus* o como *The proper law*⁴⁹.

Analizando, en primer lugar, la aplicación del enriquecimiento injusto como *lex fori* o *lex loci*, se observa el reflejo de la concepción que lo contempla como principio General del Derecho y le atribuye un claro contenido de orden público⁵⁰. La jurisprudencia francesa decimonónica es un claro ejemplo de ello. Así, en el asunto Gache c. Drake del Castillo⁵¹ el Tribunal francés al pronunciarse sobre las adquisiciones realizadas en Francia por un español, incapaz según su ley nacional pero capaz según la ley francesa, proclamó que: «...c'est un principe de droit naturel et d'ordre public en France que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui...». En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia que originó el asunto Graffenried⁵² relativo a unas operaciones bancarias efectuadas por la viuda Graffenried, de nacionalidad suiza, a través del Banco de París sin la correspondiente autorización del Consejo Tutelar, autorización exigida para realizar válidamente dichos actos según su ley nacional. La *Cour de Cassation* sostuvo, entre otros argumentos, que la restitución que se solicitaba era una cuestión del artículo 1312 del Código Civil francés –que no interesaba al estatuto personal– y que era una «règle d'équité dérive du principe que nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui». Con todo, la ley francesa que termina siendo aplicada por el tribunal no se aplica a título de *lex fori* sino de *lex contractus*, ya que el lugar de celebración del con-

⁴⁹ Vid. asunto *Lena Goldfields Ltd. and the soviet Government*, decidido en Sentencia de 3 de septiembre de 1930 (*Cornell Law Quarterly*, XXXVI, 1950-51, pp. 42 y ss. Vid. además, sobre la misma decisión, A. NUSSBAUM, «The Arbitration between the Lena Goldfields, Ltd. and the soviet Goverment» *Cornell law Quartely*, cit., pp. 31 y ss.; Lord MACNAIR, «The General Principles of Law recognized by Civilized Nations», *The British Year book of international Law*, vol. XXXIII. 1957, pp. 10 y 11; y J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Curso de Derecho internacional*, 2.^a ed. Madrid, Civitas, 1993, pp. 424 y 425, (3.^a ed. 1996). El Tribunal arbitral se pronunció sobre una concesión en exclusiva de explotación minera otorgada por las autoridades soviéticas a una compañía británica, que se sintió perjudicada debido a ciertos actos administrativos de dichas autoridades. La Sentencia aceptó el argumento de la compañía británica de aplicar los «principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas» y, en especial, el de enriquecimiento injusto, como *the proper law* de la concesión. Un desarrollo de esta cuestión puede encontrarse en L. ESTEVE GONZÁLEZ, «El `enriquecimiento sin causa` en Derecho internacional y su incidencia en la determinación de la ley aplicable a las relaciones privadas internacionales», cit., pp. 229 y ss.

⁵⁰ La consideración del principio de enriquecimiento injusto como de orden público internacional y, por tanto, la aplicación lógica de la *lex fori* para resolver este tipo de situaciones fue defendido *inter alia* por J. VALÉRY (*Manuel de Droit international privé*, París, E. BOCCARD ed., 1914, pp. 970 y ss.) y F. DESPAGNET y Ch. BOECK (*Précis de Droit international privé*, París, L. Larose & L. Temis, 1909, pp. 935 y ss., esp. núm. 381 bis).

⁵¹ Sentencia Tribunal civil del Sena, sala 7.^a, de 4 julio 1886, *vid. Journ. dr. int.*, t. XIV, 1887, pp. 178 y 179.

⁵² Sentencia de 23 de febrero de 1891 de la *Cour de Cassation* francesa, *Ch. Civ.*, *Dalloz*, 1892. I. 29, *cit.*, J. P. NIBOVET, *Derecho internacional privado*, *op. cit.*, p. 573.

trato es Francia⁵³. Se está aplicando, por lo tanto, la doctrina del enriquecimiento sin causa a supuestos contractuales y ello porque cuando se contrata con incapaces el principio general del Derecho enriquecimiento injusto viene a informar toda regulación o solución tendente a evitar que dichos enriquecimientos se produzcan –así el artículo 1304 Código Civil español⁵⁴ o el artículo 1312 Código Civil francés–. La solución a estos supuestos en el ámbito de las relaciones privadas internacionales sería obviamente la misma de aplicarse, por ejemplo, el Derecho español o el Derecho francés: el contrato sería anulable y el incapaz estaría obligado a restituir tan sólo en la medida de su enriquecimiento. El problema se plantea cuando el extranjero es incapaz según su ley nacional pero capaz según la ley del lugar de celebración, en cuyo caso el contrato se considera válido⁵⁵. Parece, no obstante, que esta consecuencia jurídica sobrepasa el sentido del principio general en cuanto a su función restitutoria y declarar sin más la validez de estos contratos va más allá del alcance del principio de enriquecimiento injusto para desplazarse al ámbito de otros principios como el de la buena fe negocial o el de seguridad jurídica, a no ser que se considere que con esta solución –conceder validez al contrato– se impide el empobrecimiento de la parte que contrata de buena fe con un menor que no lo sería según la ley del lugar de celebración del contrato, lugar donde ambos se encuentran, con lo cual el principio informa a una norma que actuaría previniendo tal resultado.

14. Se acaba de comprobar como en todos los asuntos anteriores el principio de enriquecimiento injusto ha sido alegado sobre la base de una relación jurídica subyacente de origen contractual y se ha optado por la *lex fori* o *lex loci*, bien por entender

⁵³ Vid. J. p. NIBOYET *Principios de Derecho internacional privado*, trad. A. Rodríguez Ramón, Madrid, Reus, 1928, pp. 575 y ss. p. 577; p. BOUREL, *op. cit.* p. 192; H. BATIFFOL Y P. LAGARDE, *op. cit.*, núm. 564; Ph. DRAKIDIS, «Enrichissement sans cause», *Encyclopédie Dalloz, dr. int.*, vol. I, París, 1968, pp. 735 y ss., esp. núm. 6; id. «Répetition de L'indu», *Encyclopédie Dalloz, dr. int.*, t. II, 1969, pp. 759 y ss., esp. núm. 9; R. DAYANT, «Sources extracontractuelles des obligations (DIP)», *J.-Cl. dr. int.*, 1982, fasc. 553, pp. 60 y ss., esp. núm. 319; y G. HOLLEAUX, «Nota a la Sentencia del Tribunal federal suizo de 1 de noviembre de 1952», *Rev. crit. dr. inter. privé*, 1953, pp. 40-410.

⁵⁴ En opinión de M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ (en *Dos estudios...*, *op. cit.*, p. 171. nota 62) «hay aquí una interferencia de la doctrina del enriquecimiento con la de los efectos de la nulidad, que debe resultar aleccionadora».

⁵⁵ Una exposición de las legislaciones que en Derecho comparado recogen esta solución, que se ha venido denominando «interés nacional», y su clasificación de acuerdo con la técnica legislativa empleada puede encontrarse en A. L. CALVO CARAVACA, «La doctrina del interés nacional...», *cit.* pp. 89 y ss. En Dípr. español esta solución es a la que conduce el artículo 10.8 CC. Sin embargo, el artículo 11 del Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (*BOE* núm. 171 de 19 de julio de 1993, corr. err. *BOE* 189, de 9 de agosto de 1993) permite invocar la incapacidad sólo si se cumplen ciertos requisitos, desplazando al artículo 10.8 CC cuando se trate de materias incluidas en su ámbito de aplicación.

que el enriquecimiento sin causa es una institución de orden público, bien por entender que el criterio de la *lex loci* es el más adecuado para regir las obligaciones contractuales. Esto último nos sitúa ante la aplicación de la *lex loci* en tanto que *lex contractus* o *lex causae*, lo que permite, en segundo lugar, analizar la relación entre el principio general del Derecho y la *lex causae*. La aplicación del enriquecimiento injusto sobre la base de una relación subyacente de origen contractual también se ha llevado a cabo en el ordenamiento jurídico español donde no parece posible la utilización correctiva del enriquecimiento sin causa allá donde exista un contrato⁵⁶, pero nada debería impedir la aplicación del principio general de enriquecimiento injusto a este tipo de relaciones siempre y cuando tal enriquecimiento se produjese⁵⁷. En la conocida Sentencia del TS español de 19 de diciembre de 1930 que originó el asunto *Metropolitan Opera Company c. Burro Fleta*⁵⁸ por incumplimiento contractual, el Tribunal –tras reconocer que el Derecho aplicable al caso era el contenido en el contrato, que a su vez en una de sus cláusulas declaraba aplicable el Derecho del Estado de Nueva York en virtud de la autonomía de la voluntad– estimó el quinto motivo del recurso entablado por el Sr. Burro Fleta en el sentido de que «no puede estimarse que el incumplimiento de sus compromisos pueda ser total...» y como la cláusula penal es representativa de los daños y perjuicios que el tenor pudiera causar a la compañía y ésta resolvió el contrato para evitar

⁵⁶ En este sentido, *vid.* STS de 30 de octubre de 1995 (*RAJ*, núm. 929); STS de 27 de enero de 1996 (*RAJ*, núm. 733); y STS de 29 de abril de 1996 (*RAJ*, núm. 2920).

⁵⁷ Así, el TS en las Sentencias de 23 de marzo de 1966 y 1 de diciembre de 1980 aplica el enriquecimiento sin causa en supuestos en los que existía un contrato válido y a supuestos de devaluación monetaria. En opinión de M. DE LA CÁMARA (en *Dos estudios...*, *loc. cit.*, pp. 157 y 158) el Alto Tribunal aplica erróneamente la doctrina al no haber distinguido con claridad entre enriquecimiento injusto y enriquecimiento sin causa propiamente dicho pero reconoce que «no sobrepasó los límites que deben imponerse a la aplicación del principio». También recientemente, el TS español ha aplicado el principio general del Derecho para evitar un enriquecimiento injusto en relaciones jurídicas de carácter contractual: *v. gr.*, en un contrato de compraventa (STS de 23 de marzo de 1995, *RAJ*, núm. 282; y STS de 13 de octubre de 1995, *RAJ*, núm. 870). *Vid.* comentario a esta última realizado por M. p. GARCÍA RUBIO –*Rev. Dcho. Privado*, julio/agosto, 1996, p. 591– criticando la aplicación del enriquecimiento sin causa al existir como causa la disposición legal del art. 487 CC; en un contrato de arrendamiento (STS de 25 de enero de 1996, *RAJ*, núm. 318); o en un contrato de suministro (STS, sala 3.^a, de 23 marzo 1999, *RAJ*, núm. 9521). Y es cierto que el enriquecimiento del contratista tiene causa (el contrato), pero hay un enriquecimiento injusto y el principio jurídico entrará en funcionamiento como informador del ordenamiento jurídico y como principio dirigido al legislador y al aplicador del Derecho. Si no existe «causa» del enriquecimiento (lo que aunque se utiliza ahora como concepto de Derecho estricto, es distinta de la causa del contrato) surgirá la obligación de restituir.

⁵⁸ Sentencia del TS. español de 19 de diciembre de 1930, asunto *Metropolitan Opera Company c. M. BURRO FLETA*, *Juris. Civil*, 1930, núm. 126, pp. 677 y ss.; o *R.A.J.*, 1930, núm. 1361, pp. 534 y ss.

dichos daños, «una regla de interpretación de derecho, fecundada por los principios “debe darse a cada uno lo suyo” y “nadie debe enriquecerse con perjuicio de otro”...» impone la aplicación de los artículos 1152 y 1154 del Código Civil español y procede la moderación de la pena por no tratarse de un incumplimiento total del contrato, utilizando el principio en su función informadora. Es interesante el hecho de que en el motivo quinto, estimado por el TS, el recurrente afirme que el juzgador no debería haber aplicado la cláusula penal ya que el asunto no está sometido al Derecho español pero que si lo hace es porque entiende que la materia está comprendida en la excepción de orden público. Esta observación es indicativa de la evidencia de que el Tribunal debería haber aplicado la *lex causae* o *lex contractus*, pero aplica no obstante la *lex fori* para salvaguardar ciertos correctivos que, de no ponerse en funcionamiento, producirían un enriquecimiento injusto⁵⁹.

III. EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA COMO CUASICONTRATO Y CUASIDELITO

A) EL CUASICONTRATO EN LOS SISTEMAS INSPIRADOS EN EL CIVIL LAW Y REPERCUSIÓN EN EL SECTOR DEL DERECHO APLICABLE

15. La segunda concepción dogmática anunciada es la que vincula la teoría del enriquecimiento a la categoría de los llamados cuasicontratos, es decir, a aquellas obligaciones que nacen de la autoridad de la ley, de los hechos voluntarios y lícitos, cuyo origen se encuentra en un conocido texto del Digesto⁶⁰, que recoge el cuasicontrato como fuente de las obligaciones y que, como tal, ha sido

⁵⁹ Sin entrar en cuestiones sustantivas relativas al enriquecimiento sin causa, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 11.^a), de 2 de junio de 1994, *RGD*, núm. 604-605, 1995, pp. 1100-1103 (Nota de I. MILLANS DEL BOSCH PORTOLES, en *REDI*, vol. XLVII, 1995-2, pp. 370-374), conoce de la demanda establecida por una sociedad española contra una sociedad norteamericana por la existencia de un enriquecimiento injusto derivado de la resolución unilateral de un contrato de distribución sin que exista causa justificada.

⁶⁰ *Liber II aureorum*, lib. 44, tit. 7, frag. 1. Es bien sabido que Gaius, jurista del siglo II al que se atribuye este texto, agrupó las obligaciones, probablemente con fines pedagógicos, por el modo en que se perfeccionan las obligaciones y no de acuerdo con la acción que las hace exigibles, distinguiendo así entre obligaciones que nacen del contrato, del delito y *ex variis causarum figuris*. Los compiladores, recogiendo la idea, formularon la conocida clasificación cuatrimembre *ex cuasicontractu*, *cuasi ex contractu*, *ex maleficio*, *quasi ex maleficio* (*Instituciones* 13, III); pero en el Derecho bizantino los prácticos sustituyeron la frase *quasi ex contractu* por la sustantivada *ex quasi contractu*, denominación que se ha proyectado hasta la actualidad.

consagrada en numerosos ordenamientos jurídicos⁶¹: así, el Código Civil español, –influido por el francés– los define como «hechos lícitos y puramente voluntarios, de los que resulta obligado su autor para con un tercero y a veces una obligación recíproca entre los interesados» (art. 1887). En ambos Códigos esta fórmula abstracta se encuentra ilustrada por dos tipos de cuasicontratos: la gestión de negocios y el cobro de lo indebido. Nada se dice del enriquecimiento sin causa, pero la doctrina que sigue esta concepción lo estudia al abordar los cuasicontratos⁶² mediante dos caminos convergentes. Por una parte, afirmando que en la idea del enriquecimiento injusto está el fundamento de las obligaciones que nacen de los cuasicontratos⁶³; por otra, considerando el enriquecimiento sin causa como una ampliación de la categoría cuasicontractual⁶⁴. Desde esta perspectiva el enriquecimiento sin causa es un cuasicontrato que surge, con carácter subsidiario, cuando se dan ciertos requisitos –enriquecimiento, empobrecimiento y ausencia de causa– o condiciones de aplicabilidad⁶⁵.

16. La doctrina partidaria de mantener la categoría clásica cuasicontrato y que entiende el enriquecimiento sin causa como fundamento o complemento de la técnica cuasicontractual podrá repercutir este esquema en el sistema de Dipr. a través de una doble vía. En primer lugar, por medio del tratamiento y el diseño del supuesto de hecho de la norma de conflicto encargada de regular las posibles

⁶¹ Entre los europeos destacan el Código Civil francés de 1803 (arts. 1371-1381), el Código Civil belga de 1807 (arts. 1376-1381), el Código Civil español de 1889 (arts. 1887-1901) y el antiguo Código Civil italiano (art. 1140). Entre los latinoamericanos, el Código Civil de Colombia de 1873 (art. 2302 y 2303), el Código Civil de Chile de 1855 (arts. 2284 y 2285), el Código Civil de Bolivia de 1930 (arts. 960-965) y el Código Civil de Uruguay de 1868 (arts. 1312-1318), el Código Civil de Costa Rica de 1949 (arts. 1043 y 1044) y el Código Civil de Ecuador de 1950 (arts. 2303 y 2304).

⁶² Esta concepción sigue teniendo reflejo en la doctrina de nuestro TS, al afirmar, por ejemplo, que el enriquecimiento sin causa se incardina en el artículo 1887 del Código Civil como modalidad atípica de figura cuasicontractual (*vid. STS de 20 de marzo de 1995, RAJ*, núm. 9).

⁶³ En la literatura española son representativos de esta orientación: F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de derecho civil español común y foral*, 2.^a ed., Madrid, Sucesores de Rivadeneyra, 1899-1912, pp. 992 y ss.; J. M. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil español*, 6.^a ed., t. XII, Madrid, Reus, 1973, pp. 763 y ss. Entre las Sentencias del TS español cabe destacar la de 25 de noviembre de 1989 (*Rev. jurídica La Ley*, núm. 2429, 1990) en la que se indica que el cobro de lo indebido está fundado en una atribución sin causa.

⁶⁴ *Vid. STS 20 de marzo de 1995, cit., supra.*

⁶⁵ La subsidiariedad restringe el campo de aplicación de la acción y le ha otorgado un carácter residual y oscuro ya que según esta doctrina el enriquecimiento sin causa es un cuasicontrato que completa a la gestión de negocios ajenos sin mandato y al cobro de lo indebido en supuestos en que parece de justicia conceder una pretensión restitutoria. Es interesante, por otra parte, la ampliación de las figuras cuasicontractuales realizada por el TS español para dar cabida a pretensiones restitutorias que exceden del marco de los cuasicontratos típicos, los llamados cuasicontratos innominados (*vid. STS 21 junio 1945*) o atípicos (*vid. G. J. ORTEGA PARDO, «Los cuasicontratos atípicos» A.D.C, 1948, pp. 492 y ss.*).

situaciones de enriquecimiento sin causa: el supuesto de hecho podrá estar constituido por la categoría genérica de cuasicontrato o por la específica de enriquecimiento sin causa. Y, en segundo lugar, eligiendo puntos de conexión acordes con la concepción de cuasi-contrato que se pretende regular, lo que consecuentemente determinará el resultado, es decir, la consecuencia jurídica concedida o prevista por el juez o legislador⁶⁶. Pero, además, desde el punto de vista de su fundamento, el concepto de cuasicontrato puede recaer en su peculiaridad de ser un «hecho voluntario» y, por tanto, que tiene su origen en un «cuasiconcurso de voluntades», lo que desvía la atención hacia la voluntad de las partes, concediendo a las situaciones de enriquecimiento sin causa una respuesta análoga a las previstas para las relaciones contractuales, en la medida en que se trata de un «*quasi-concours de volontés*»⁶⁷ o de una «*interprétation de la volonté probable des parties*»⁶⁸, o el cuasicontrato es un «*contrat présumé*» o una «*convention tacite*»⁶⁹; o puede incidir en su cualidad de «hecho jurídico» al que la ley otorga ciertos efectos, insistiendo en su carácter legal en detrimento de la voluntad de las partes perspectivas van a incidir en las respuestas dadas a las situaciones heterogéneas de enriquecimiento sin causa. Sin embargo, la pretendida analogía entre la categoría del contrato y del cuasicontrato ha sido rebatida por un sector importante de la doctrina y en la actualidad ha sido desechada por los autores pertenecientes al ámbito del *Civil law*, ya que ella descansa sobre un punto de vista erróneo acerca del fundamento del cuasicontrato⁷⁰.

B) LA NOCIÓN DE CUASICONTRATO EN LOS SISTEMAS INSPIRADOS EN EL *COMMON LAW*

17. Más curiosa es, sin embargo, la vinculación del enriquecimiento sin causa al concepto de cuasicontrato realizada por la doctrina y jurisprudencia perteneciente al ámbito del *common law*.

⁶⁶ Vé. L. ESTEVE GONZÁLEZ, *Ley aplicable.... cit.*, pp. 57-63.

⁶⁷ *Vid.*, F. LAURENT, *Le Droit civil international*, t. VIII, Bruselas-París, Bruylants-Librarie A. Maresq, 1881, pp. 5 y ss.

⁶⁸ F. DESPAGNET y Ch. DE BOECK, *Précis de droit international privé*, París, L-Larose y L. Temis, 1909, núm. 321.

⁶⁹ A. WEISS, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, t. IV, *Le conflit des lois*, París, ed. Larose et Forcel, 1901, p. 387.

⁷⁰ *Vid. per omnia*, R. DAYANT, «Sources extracontractuelles des obligations, (D.I.P.)», loc. cit., p. 54. En el mismo sentido p. FIORE («De la loi que, d'après les principes du Droit international, doit régir les engagements qui se forment sans convention», *Journ. dr. int.*, XXVII, 1900, pp. 449 y ss., esp. pp. 456 y 457) tras profundizar sobre la historia de la noción afirma que el propio origen de la denominación excluye el argumento de la mencionada analogía.

que, adoptando la noción de cuasicontrato del Derecho romano, han denominado también al «*Law of Restitution*» «*Law of Quasi-contract*». No obstante, el concepto de «*quasicontracts*» anglosajón —que podría recordar a la idea de la doctrina defensora de la analogía entre cuasicontrato y contrato— y el de «*quasicontractus*» romano, difieren en cuanto a su significado, eficacia y ámbito de aplicación. Este concepto en el Derecho anglosajón se concibe como un «*cuaasi-contrato*» en el sentido propio de la palabra, es decir, como un acuerdo que no es idóneo para hacer surgir un verdadero vínculo patrimonial entre las partes⁷¹.

Afirma P. Gallo⁷² que el origen del «*Law of Restitution*» o «*Law of quasicontracts*» es consecuencia de la aplicación extensiva que se hizo del contrato al acuerdo que, por la falta de algún requisito, no era idóneo para generar un vínculo entre las partes. En lo referente al ámbito de aplicación y eficacia, el autor señala cómo la *conductio* era eficaz para recuperar la propiedad en ejecución de un contrato nulo y —salvo que el bien hubiera sido consumido o destruido— para restituir el bien mismo. Este remedio era, sin embargo, ineficaz para la devolución del valor de una actividad prestada en ejecución de un contrato nulo, en cuyo caso el que había prestado el servicio no disponía de hecho de mecanismo jurídico alguno. Sin embargo, el remedio inglés era eficaz tanto para conseguir la retribución del servicio cuanto para garantizar la restitución del bien entregado en ejecución de un contrato nulo; y ello debido a la extensión de la disciplina contractual al acuerdo imperfecto. En la mayoría de los casos su efecto es el de evitar un enriquecimiento injusto del que había obtenido una ventaja de una prestación (*quantum meruit, quantum valebat*) o del pago indebido («*money had and received*»). A partir de aquí dos son las características que pueden desprenderse del «*Quasi-contract*» anglosajón. En primer lugar —y al igual que en materia contractual—, es indiferente que la contraparte haya obtenido o no una ventaja⁷³; en segundo término, es preciso que el servicio haya sido encargado o aceptado. Esta última característica —también estrechamente unida a su origen «*quasi-contractual*» en el sentido literal de la palabra— ha condicionado la evolución del «*Law of Restitution*»: en los países del «*Common*

⁷¹ Recordemos que en Derecho inglés tuvo gran influencia la doctrina que califica exhaustivamente las obligaciones en *torts* y *contracts* e introduce la idea de «*implied contract*» para fundamentar la inclusión de los «cuasi-contratos» dentro del segundo grupo y el tratamiento de esta categoría como un apéndice más del Derecho de contratos. Son Lord GOFF y G. JONES (*cit. supra*) quienes otorgan al «*Law of Restitution*» o «*Law of Quasi-contract*» una autonomía propia y hablan del principio de «*unjust benefit*» o «*unjust enrichment*» como fundamento de los cuasicontratos.

⁷² *Vid. p. GALLO, op. cit., pp. 32 y ss.*

⁷³ *Vid. J. p. DAWSON, «Restitution without Enrichment», B.U.L.R., 1981, p. 563.*

Law» ha sido muy difícil llegar a configurar un instituto similar al de nuestra gestión de negocios ajenos, ya que éste es un instituto incompatible con esta última nota del originario cuasicontrato inglés que presupone un encargo o una aceptación⁷⁴.

18. En definitiva, en el ámbito del *Common Law* la doctrina que califica las obligaciones en *Torts* y *Contracts* e introduce la idea del *implied contracts* para fundamentar la inclusión del cuasicontrato dentro del segundo grupo podría también incidir en las soluciones concedidas desde la perspectiva del Dipr., traduciéndose tal incidencia en la aplicación de la misma ley que rige las obligaciones contractuales a la regulación de los cuasicontratos. No obstante, el test basado en «la presunta u objetiva intención de las partes» también comienza a ser cuestionado por la doctrina internacional privatista⁷⁵ por dos razones. La primera, porque basar en una implícita voluntad de las partes una relación que, en realidad, está anclada en la ley es completamente artificial; la segunda, porque, aunque históricamente la obligación de restituir un enriquecimiento pudiera incluirse en los cuasicontratos, ello no significa, como indican Dicey y Morris, que «*it is governed by the rules of the conflict of Laws developed by the courts for contracts which do not contain an express choice of Laws*»⁷⁶.

C) CRISIS DE LA CONCEPCIÓN DE «CUASICONTRATO» Y PROYECCIÓN EN EL SECTOR DEL DERECHO APLICABLE

19. Frente a estas posturas que mantienen el concepto y noción de cuasicontrato es posible identificar doctrina que defiende una vía divergente. Se trata de los autores que sostienen que la categoría de cuasicontrato es inútil, artificial y debe, por tanto, ser suprimida⁷⁷. Tras este primer postulado común, surgen dos líneas de pensamiento distintas. En primer lugar, la de aquellos autores que la sustituyen

⁷⁴ P. GALLO, *op. cit.*, pp. 32 y ss.

⁷⁵ *Vid.* por todos, H. C. GUTTERIDGE y D. LIPSTEIN, «Conflicts of Laws in Matters of Unjustifiable Enrichment», *Canb. L. J.*, vol. VII, 1941, p. 90.

⁷⁶ *Vid.*, DICEY and MORRIS, *The Conflict of Laws*, vol. II, 12.^a ed., Londres, Sweet & Maxwell, 1993, pp.1471-1478.

⁷⁷ La inutilidad de la noción de cuasicontrato ha sido destacada por numerosos autores, *vid.* *inter alia*: J. CARBONNIER (*Théorie des Obligations*, París, Themis, 1963, p. 451) y H. VIZIOZ (*la notion du quasi-contrat. Etude historique et critique*, tesis, Bordeaux, 1912.), quien además la adjetiva como históricamente falsa e irracional. La crisis del concepto de cuasicontrato y la revisión de las fuentes de las obligaciones también se plantea en la doctrina iberoamericana, *vid.*, por todos, A. ORAMAS GROSS, El enriquecimiento sin causa como fuente de las obligaciones, Ecuador, Edino, 1988, pp. 21 y ss. Incluso se plantea en los países inspirados en el *Common Law*, *inter alia*, H. MACGREGOR, *Contract code. Pro-*

por la de «obligaciones legales», es decir, la de aquellas obligaciones cuya fuente se encuentra en todos los casos contemplados en la ley, doctrina que por lo tanto niega toda autonomía a las obligaciones cuasicontractuales, analizándolas como obligaciones *ex lege*⁷⁸, de tal forma que las fuentes de las obligaciones se reducen a dos: el contrato y la ley⁷⁹. En segundo lugar, encontramos la tesis que sostiene que una regulación adecuada del enriquecimiento sin causa podría ahorrarnos la figura de los cuasicontratos, figura cuyo origen, utilidad y fundamento está más que cuestionado⁸⁰.

yecto redactado por encargo de la Law Commission inglesa, Barcelona, Bosch, p. 131 y ss. En nuestro país se pronuncian en el mismo sentido, *inter alia*: M. ALBADALEJO (*Curso de Derecho civil*, vol. II, 10.^a ed. 1997, p. 459) y C. LASARTE ÁLVAREZ (*cit.*, p. 300) que sitúan el origen del cuasicontrato en un error histórico; y L. DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos...*, vol. I, *op. cit.*, p. 149), al afirmar que se trata de una categoría «totalmente artificial y que debe ser suprimida». Para R. NUÑEZ LAGOS («De los cuasi-contratos en general», *Quintus Mucius Scaevola, Código Civil*, *op. cit.* p. 128), en fin, el «cuasicontrato no ha sido más que eso, una palabra, un nombre, algo que se ha pretendido, moldeandolo, adecuarlo a ese nombre».

⁷⁸ En esta línea se sitúa *v. gr.* la Sentencia del TS español de 29 de marzo de 1983 (RAJ. 1652) en la que se refiere al enriquecimiento sin causa como «doctrina legal sancionada a la luz del artículo 1089 del Código Civil... en virtud de la cual se consagra el enriquecimiento injusto».

⁷⁹ Sobre la clasificación dualista de las obligaciones, *vid.*, por todos, J. FERRANDIS VILELLA, «Una revisión crítica sobre la clasificación de las fuentes de las obligaciones», *ADC*, 1958, p. 115.

⁸⁰ La tesis que aboga por la supresión de la categoría de cuasicontrato ha sido defendida por numerosa doctrina civilista. Ya lo hizo, en 1934, J. CASTÁN TOBEÑAS, cuando prorrogó la monografía de R. Nuñez Lagos sobre enriquecimiento sin causa (R. NUÑEZ LAGOS, *El enriquecimiento sin causa en Derecho español*, Madrid 1934; *id. Cobro de lo indebido y enriquecimiento sin causa*, en MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil comentado y concordado*, t. XXX, vol. II, Madrid, Reus, 1957, p. 128) afirmando que el futuro Código Civil español habría de «...regular el enriquecimiento sin causa como fuente de las obligaciones, en sustitución de la arcaica y oscura noción de cuasicontrato, y sin perjuicio de desenvolver la materia del pago de lo indebido, como caso especial de ese enriquecimiento». En el mismo sentido *vid.* J. PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho civil*, t. I, vol. II, 2.^a ed., Barcelona, Bosch, 1976, p. 51); y L. DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. I, 1.^a ed., Tecnos, Madrid, 1970, p. 393), lo que no se afirma, empero, en ediciones posteriores, (*vid. ibidem.*, 2.^a ed. pp. 405 y ss.), donde incluye las restituciones derivadas de los pagos dentro de la «teoría del pago». Este autor critica en obras ulteriores (M. DE LA CÁMARA Y L. DÍEZ-PICAZO, *Dos estudios...*, *op. cit.*, p. 55; y L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, 4.^a ed., Madrid, Civitas, 1993, p. 95) las palabras de Castán afirmando que «no será impertinente señalar que la sustitución del Derecho de Cuasicontratos del CC por el Derecho de enriquecimiento de construcción doctrinales una tan profunda modificación que solo por ley puede hacerse». No obstante, en su obra *Sistema de Derecho civil* (L. DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN, vol. II, *op. cit.*, p. 566) afirma que «...de seguir manteniendo el arcaico tipo general de cuasicontrato, no pueda circunscribirse a la gestión de negocios o al cobro de lo indebido. Ciertamente que son los únicos regulados, pero el Código Civil no limita su número, es más, la genérica definición del artículo 1887 lo consiente. Bastará que en una situación concreta, aquellos principios de los que antes hemos hablado fundamenten la necesidad de restituir enriquecimientos o compensar ventajas obtenidas por la actuación de un tercero, pero para ello, en lugar de recurrir a la creación de cuasicontratos atípicos (porque carecen de tipicidad legal), basta la aplicación de la regulación del enriquecimiento injustificado». En fin, L. DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, 5.^a ed. Madrid, Civitas, 1996, p. 95) cuestiona la sustitución de la categoría de cuasicontrato por la de enriquecimiento sin causa porque «si bien es cierta para el pago indebido, no lo es igualmente para la gestión de negocios».

En efecto, las críticas doctrinales vertidas al amparo de los distintos sistemas jurídicos han contribuido considerablemente a que la noción de cuasicontrato haya sido y esté siendo abandonada por la mayoría de los Códigos modernos⁸¹. En definitiva, el cuasicontrato está sufriendo una profunda crisis que quiebra la clasificación clásica de las fuentes de las obligaciones y abre una nueva concepción del Derecho patrimonial⁸², que no pasará desapercibida en la doctrina iusinternacional-privatista y se va a reflejar de forma muy sensible en los diferentes sistemas nacionales de Dipr.

20. Atendiendo al supuesto de hecho de una eventual norma de Dipr. susceptible de regular las situaciones heterogéneas de enriquecimiento sin causa, H. Batiffol⁸³ entiende que una regulación adecuada del enriquecimiento sin causa podría ahorrarnos la figura de los cuasicontratos y reduciría las fuentes de las obligaciones extracontractuales a la responsabilidad civil y al enriquecimiento sin causa⁸⁴; mientras que en opinión de R. Dayant y Ph. Drakidis la

⁸¹ El BGB alemán, el Código de las obligaciones suizo, el Código Civil portugués y el Código Civil griego, incluyen el cobro de lo indebido dentro del capítulo o sección dedicado al enriquecimiento sin causa. No se hace lo mismo con la gestión de negocios sin mandato cuyas conexiones con el enriquecimiento sin causa son evidentes, pero existiendo completa autonomía en su funcionamiento. La noción de cuasicontrato también desaparece del Código Civil italiano, donde el cobro de lo indebido y la gestión de negocios ajenos son regulados en títulos diferentes al del enriquecimiento sin causa. El cuasicontrato es sustituido por el enriquecimiento indebido en el CC cubano de 1987 (arts. 100-103); y tampoco se recoge en el CC holandés de 1992 que sí regula, sin embargo, el enriquecimiento injustificado (art. 212 del Libro VI). En esta línea, también debe ser destacada la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra, aprobada por Ley 1/1973, que recoge el enriquecimiento sin causa en la Ley 508.

⁸² En opinión de J. A. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI (*El enriquecimiento..., op. cit.*, pp. 29-33) esta crisis hay que vincularla a la aparición de una nueva dogmática del Derecho patrimonial. Según este autor, cuando se pretende fundamentar todo el Derecho patrimonial en la autonomía de la voluntad (contratos) o en la culpa (responsabilidad), los cuasicontratos surgen, como ya se ha apuntado, como una categoría residual –y con un afán meramente sistemático– que acoge a otras fuentes de las obligaciones que no pueden reconducirse ni al contrato ni al delito. El voluntarismo comienza a entrar en crisis lo que se manifiesta en una ampliación de la categoría de los cuasicontratos pero este cajón de sastre no puede ocultar su falta de identidad dogmática y sustancial. La crisis del voluntarismo coincide con la crisis del cuasicontrato, que es también una crisis de la sistemática patrimonial y la acuñación de nuevas formas de clasificar las fuentes de las obligaciones. Los cuasicontratos pierden identidad dogmática y son absorbidos por nuevas figuras y, muy especialmente, por la del enriquecimiento sin causa.

⁸³ H. BATIFFOL, *Droit international privé*, t.II, 6.^a ed., París, LGDJ, 1976, p. 223, núm. 562.

⁸⁴ E. G. H. GLIENKE (*Die internationalprivatrechtliche Behandlung von Ausgleichansprüchen wegen ungerechtfertigter Vermögensverschiebungen*, Tesis, Stuttgart, Kleinoffset-Photodruck Digion, 1956, pp. 16 y 26) apunta como es difícil encontrar en las normas de conflicto el supuesto de hecho obligación cuasicontractual. Excepcionalmente puede encontrarse la denominación «Legalobligationen» o «Quasikontrakte» en la obra de E. FRANKENSTEIN (*op.cit.*, pp. 391 y ss.). Y en la actualidad la obra de P. DEGNER (*Kollisionsrechtliche Probleme zum Quasikontrakt*, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1984), ubicada en un sistema –el alemán– que no ha acogido dentro de su Ordenamiento jurídico la categoría cuasicontractual, constituye un paradigma en la doctrina internacional-privatista.

gestión de negocios y el pago de lo indebido no son más que aplicaciones particulares de la noción más general de enriquecimiento sin causa: tanto la obligación característica de la gestión de negocios cuanto la del cobro de lo indebido se explican por la idea de que nadie debe enriquecerse a expensas de otro⁸⁵. En el mismo sentido, K. Zweigert y D. Müller-Guindullis⁸⁶ señalan que lo deseable sería descartar la inútil noción de cuasicontrato y regular el enriquecimiento sin causa y la «*negotiorum gestio*» como obligaciones «*sui generis*» que nacen de la ley y que deben diferenciarse del contrato y del delito. En fin, una vez reconocido el carácter autónomo de la obligación, la alternativa, en cuanto al tratamiento del supuesto de hecho, oscila entre conceder uniformidad a todas las obligaciones derivadas de un enriquecimiento sin causa o darle un tratamiento específico a cada una de ellas, lo que –si se procede a su regulación en Dipr.– se traducirá en la creación de una norma general aunque específica para el «enriquecimiento sin causa» o varias normas especializadas para los distintos supuestos multiformes que el enriquecimiento sin causa es susceptible de acoger⁸⁷.

E) DELIMITACIÓN RESPECTO DE LAS OBLIGACIONES CUASIDELICTUALES Y DERECHO APLICABLE

21. La delimitación del enriquecimiento sin causa respecto de la categoría del delito o del cuasidelito se convierte en una cuestión crucial, por cuanto también va a afectar directamente a las respuestas que se prevean en Dipr. Según M. Planiol⁸⁸, la obligación del enriquecimiento sin causa se vincula al concepto de responsabilidad delictual: enriquecerse sin causa a expensas de otro no es otra cosa que cometer un delito o, al menos, un cuasidelito. La consecuencia de ello es su inclusión en el estatuto delictual: el enriquecimiento sin causa no sería entonces una fuente autónoma de las obligaciones sino una subdivisión de la gran fuente de las obligaciones que es el delito o el ilícito civil y que procede de la idea de que todo daño

⁸⁵ Vid., R. DAYANT, «Sources extracontractuelles des obligations (DIP)», *cit.*, pp. 53 y ss.; Ph. DRAKIDIS, V. «Répétition de l'indu», *loc. cit.*, p. 762; *idem*. «Quasi-contract», *Encyclopédie Dalloz dr. int.*, *loc. cit.*, pp. 709 y 710, núms. 11 y 12. La adquisición de esta noción por parte de los juristas ingleses ha sido criticada por M. WOLF (*Derecho internacional privado*, Traducido por A. Marín López, Barcelona, Bosch, 1958, p. 473) afirmando que estos juristas han hecho aún peor ya que han adoptado esta categoría romana para identificar los «cuasi-contratos» con los «contratos implícitos».

⁸⁶ Vid., K. ZWEIGERT y D. MÜLLER-GUINDULLIS, «Quasi-contracts», *Inter. Enc. Comp. L.*, vol. III, ch. 3, (1973), p. 3.

⁸⁷ Vid. L. ESTEVE GONZÁLEZ, *Ley aplicable...*, *cit.* pp. 66-71.

⁸⁸ M. PLANIOL, «Classification des causes des obligations», *Rev. crit. leg. et juris.*, 1904, p. 224.

debe ser evitado o reparado⁸⁹. En la actualidad se mantiene, sin embargo, que lo «injusto» del enriquecimiento es el resultado mismo independientemente de los medios que hayan dado lugar a la producción de un resultado determinado⁹⁰. Por todo ello autores como G. Ripert entienden que esta noción de riesgo está más conforme con la equidad que la antigua noción de falta y además tiene las ventajas de ser una noción objetiva⁹¹. No obstante, y como apunta L. Díez-Picazo, esta teoría no es adecuada, ya que es necesaria una razón particular tanto para atribuir o impugnar el daño causado como para permitir la restitución: si bien es cierto que el riesgo puede fundar la responsabilidad por daños de carácter objetivo o no culposo, este razonamiento no se puede trasladar a los beneficios que se crean para un tercero pues una pretensión restitutoria de enriquecimiento requiere una fundamentación especial⁹².

22. Entre la doctrina internacional privatista también se ha planteado la conexión existente entre el enriquecimiento sin causa y las obligaciones delictuales⁹³. Así, P. Lerebours-Pigeonnière subraya que el cuasicontrato se fundamenta en la idea de equidad y de equilibrio que traduce una cierta concepción de falta, en la medida en que la realización de un enriquecimiento sin causa crea un desorden y la moral invoca la intervención de una sanción, con lo que se justifica, en lo referente a la consecuencia jurídica, el tratamiento análogo a la obligación delictual o cuasidelictual⁹⁴. En consecuencia, la opción por un régimen uniforme en Dipr. se hace muy atractiva⁹⁵. Desde una perspectiva de política legislativa, esta

⁸⁹ *Vid., inter alia*, STS. 14 y 24 de mayo 1867. Un estudio de la jurisprudencia decimonónica puede encontrarse en A. M. BORRELL y SOLER, «L'enrichissement indegut», *Rev. jur. cat.*, 1926, pp. 10 y ss. Esta denominación, que nos recuerda al «tort» latino, también puede encontrarse en la actualidad, (*vid.*, por todas, STS de 31 de enero de 1986, *RAJ*, núm. 443, p. 403; y STS de 4 de octubre de 1995, *RAJ*, núm. 9686). La expresión «enriquecimiento ilícito» podría ser también una huella de esta concepción que permanece en Sentencias del TS español tan recientes como la de 22 de marzo de 1994 (*RAJ*, núm. 2567), aunque el propio TS en Sentencia de 5 de octubre de 1985 (*RAJ*, núm. 4840, 1985) ha reconocido la autonomía e independencia del enriquecimiento sin causa respecto de la acción de daños y perjuicios.

⁹⁰ *Vid.* A. WEILL y F. TERRÉ, *op. cit.* p. 907; J. L. LA CRUZ BERDEJO, «Notas sobre el enriquecimiento sin causa», *RCDI*, 1969, pp. 570 y ss.

⁹¹ G. RIPERT y M. TEISSEIRE, «Essai d'une Théorie de l'enrichissement sans cause en Droit français», *Rev. trim. dr. civil.*, vol. III, 1904, pp. 754 y ss.

⁹² L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, *op. cit.*, vol. I, p. 98.

⁹³ *Vid.*, por todos, T. M. C. ASSER y A. RIVIER, *Eléments de droit international privé...* *cit.*, p. 87, nota 1, donde destaca la analogía existente con los delitos.

⁹⁴ P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Précis de droit international privé*, 10.^a ed. París, Dalloz, 1933, pp. 256 y 257. En el mismo sentido, *vid.*, Y. LOUSSOUARN y p. BOUREL, *Droit internacional privé*, París, Dalloz, 1980, 2.^a ed. p. 239, núm. 181, no obstante, en ediciones posteriores (*idem.*, *Droit internacional privé*, 3.^a ed., 1988, p. 643) los autores reconocen ciertos límites a la ley local en materia de enriquecimiento sin causa.

⁹⁵ E. PICARD «De la valeur et de l'effet des actes passés en pays étranger, d'après la législation belge», *Journ. dr. int.*, 1881, pp. 461 y ss. esp. núms. 67 y ss.; p. ESPERSON «Le

concepción explica tanto la inclusión o acumulación del enriquecimiento sin causa –o de los cuasicontratos en general– dentro del supuesto de hecho previsto para las obligaciones cuasidelictuales⁹⁶ cuanto la inclusión en el supuesto general de la norma de conflicto que regula bajo el cajón de sastre de «obligaciones extracontractuales o no contractuales» de todo este complejo de relaciones jurídicas⁹⁷, concediéndoles el mismo tratamiento. No obstante, el elemento diferencial entre el enriquecimiento sin causa y la responsabilidad civil, que descansa fundamentalmente sobre el concepto de daño y la fijación de la responsabilidad, ha servido de referencia para rechazar la posibilidad de incluir al enriquecimiento en el supuesto de las obligaciones delictuales, subrayando su carácter autónomo⁹⁸. Defender la conexión entre el enriquecimiento y el ilícito civil conducirá, en definitiva, a la consideración preferente de la conexión territorial que dará lugar igualmente a la aplicación de la *lex loci* tradicionalmente admitida como la más adecuada para regir las cuestiones incardinadas en obligaciones delictuales o no contractuales⁹⁹. Y en este sentido la doctrina llega a hablar de la aplicación de la *lex loci delicti commissi*¹⁰⁰ a las obligaciones nacidas de un enriquecimiento sin causa o de la aplicación de la ley del lugar donde el hecho se ha producido¹⁰¹. Si bien su consideración

droit international privé dans la législation italienne», *Journ. dr. int.*, 1882, pp. 270 y ss., esp. p. 287, núm. 100.

⁹⁶ *Verbi gratia*, el artículo 11 de la ley japonesa de 1898 (*Journ. dr. int.*, 1901, p. 637) cuyo supuesto de hecho versa sobre los quasi-contratos, delitos y quasi-delitos a los que se les aplica la ley del lugar donde se ha producido el hecho.

⁹⁷ Tesis materializada en el artículo 20 de la ordenanza núm. 75-58 de 26 de septiembre de 1975, sancionadora del Código Civil de Argelia (*Rev. crit. dr. int. privé*, 1977, p. 381); el artículo 81 del Proyecto de Código árabe unificado (*Rev. crit. dr. int. privé*, 1984, p. 385); y el antiguo artículo 25. 2 CC italiano.

⁹⁸ *Vid.*, por todos, G. F. BALASTER, *Die ungerechtfertigte Bereicherung im Internationalen Privatrecht*, Winterthur, Verlag P. G. Keller, 1955, p. 71.

⁹⁹ Aunque la justificación de esta regla tradicional, como apunta M. AMORES CONRADI (en J. D. González Campos y otros, *Derecho internacional privado*, cit., p. 313), nunca haya resultado del todo obvia y radique más en el carácter subsidiario de la norma que en la ausencia de vínculos más estrechos con otras leyes. Sobre la oportunidad de otras conexiones *vid.*, por todos, p. BOUREL, *Du rattachement de délits spéciaux en droit international privé*, *Rec. des cours*, 1989-II, t. 124, pp. 255-398.

¹⁰⁰ *Vid.* por todos, SAVATIER, *cit.* por G. F. BALASTER, *Die ungerechtfertigte...*, op. cit., p. 55; y A. BORRÁS, en su nota a la Sentencia del TS. de 25 de junio de 1982, *cit.*, p. 545.

¹⁰¹ Vr. gr., E. VON CAEMMERER, «(Bereicherung und unerlaubte Handlung», *Zeitschrift für E. Rabel*, 1954; y *Gesammelte Schriften*, vol. I, J. C. H. Mohr, Tübingen, pp. 209 y ss.) somete cierto tipo de obligaciones de enriquecimiento (*Eingriffserwerb*) a la *lex loci* (*Rechts des Tatorts*) alegando su analogía con los delitos. C. L. VON BAR, *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, vol. II, 2.^a ed. Hannover, 1889, pp. 115, 123; *idem*, *Lehrbuch des internationalen Privat- und Strafrechts*, Stuttgart, 1892, p. 126; H. FRITSCH, «Die örtliche Rechtsanwendung auf dem Gebiete des Obligationenrechts», *Zeitschrift für schweizerisches Rechts*, vol. 44, 1925, pp. 220-269; y G. SUSER-HALL, «Le droit applicable aux obligations en droit international privé», *Zeitschrift für schweizerisches Rechts*, vol. 44, 1925, p. 270-320. p. FIORE, («De la loi qui...», *cit.*, pp. 458 y ss.), A. CAVAGLIERI, (*Lezioni di Diritto internazionale privato*, 2.^a ed., Nápoles, Casa editrice Rondinella, 1929,

no siempre es exclusiva sino que frecuentemente aparece en combinación con otras leyes y la óptica que examina la obligación comunitaria propia de las obligaciones delictuales se entremezcla con consideraciones que localizan el origen de las obligaciones no contractuales en los «hechos jurídicos voluntarios»¹⁰².

IV. LA FUENTE SUI GENERIS DE LAS OBLIGACIONES «ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA»

A) LA TEORÍA DE LA *CONDICTIO* Y LA *ACTIO IN REM VERSO*

23. Que el enriquecimiento sin causa es una fuente *sui generis*¹⁰³ o autónoma de las obligaciones parece una realidad indudable¹⁰⁴ pero compleja en la medida en que aparezca el problema técnico de la enumeración de las fuentes y el sistemático de su clasificación¹⁰⁵. Con todo, la concepción de enriquecimiento sin causa como fuente de las obligaciones es acogida por numerosos ordenamientos jurídicos¹⁰⁶ y, como veremos, la recogida en el artículo 10.9.III del Código Civil español.

24. El fundamento del enriquecimiento sin causa como institución autónoma se pretende alcanzar también buscando una unidad en la teoría de las *condictiones*¹⁰⁷. Sin embargo, a pesar de que son

p. 187.), M. UDINA, (*Elementi di diritto internazionale privato italiano*, Roma, A.R.E., 1933, pp. 216 y ss.), p. FEDOZZI, *Il diritto internazionale privato. Teorie generale e diritto civile*, en FEDOZZI y ROMANO, *Trattato di diritto internazionale*, vol. IV, 2.^a ed., Padua, Cedam, 1939, p. 765), G. MORELLI (*Elementi di diritto internazionale privato italiano*, 10.^a ed. Nápoles, Jovena, 1982, pp. 169 y ss.), R. MONACO, *L'efficacia della legge nello spazio (Diritto internazionale privato)*, 2.^a ed., Turín, Unione tipografico-ed. Torinesse, 1964, p. 305.), A. PILLET-J. P. NIBOYET (*Manuel de droit international privé*, París, Sirey, 1924, p. 610), F. SURVILLE (*Cours élémentaire de Droit international privé*, 7.^a ed., París, Librairie Arthur Rousseau, 1929, p. 373 y ss.); y p. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE (*Précis de droit international privé*, cit., pp. 256 y 257).

¹⁰² En este sentido, F. SURVILLE (*Cours élémentaire*..., op., cit., pp. 373 y ss.) pone el acento en la distinción respecto al delito pero aboga por la *lex loci* en defecto de autonomía de la voluntad.

¹⁰³ Vid. K. ZWEIGERT y D. MULLER-GUINDULLIS, «Quasi-contracts», *Int. Enc. Comp. L.*, ch. 30 vol. III, 1973, p. 1.

¹⁰⁴ En este sentido M. ALBADALEJO (*Derecho civil*, op. cit., p. 474) afirma que el enriquecimiento sin causa es una fuente de las obligaciones ya que nace a cargo de enriquecido la obligación de reparar el daño causado al empobrecido.

¹⁰⁵ Una exposición del problema y reconstrucción del mismo puede verse, *inter alia*, en L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*..., cit., pp. 131 y ss.

¹⁰⁶ Vid. BGB alemán, CC austriaco, el CC suizo, el CC holandés y el CC cubano. Este último recoge el enriquecimiento indebido como una de las causas que genera la relación jurídica (art. 47).

¹⁰⁷ Un estudio sobre el fundamento, origen y evolución de la acción general de enriquecimiento sin causa puede encontrarse en R. ZIMMERMANN, «A Road Through the enrichment-forest? Experiences with a general action», *Comparative and International Law*

muchos los autores que no dudan en situar en la *condictio* el origen remoto de la categoría moderna de enriquecimiento sin causa¹⁰⁸, otros opinan que la vinculación de este último a la *condictio* es relativa¹⁰⁹.

Las aportaciones fundamentales en la configuración del enriquecimiento sin causa como institución autónoma a partir de la teoría de la *condictio* se deben a la doctrina alemana del siglo XIX. Por una parte, a la labor de la Escuela histórica –y su máximo representante F. C. Savigny–, que tras el estudio de las *condiciones* delimitó los requisitos comunes a todas ellas, es decir, el aumento de un patrimonio debido a la disminución de otro y el hecho de que o bien se ha producido sin causa o bien se ha perdido su causa originaria¹¹⁰; y, por otro lado, al desarrollo de los argumentos anteriores por la pandectística alemana de la mano de B. Windscheid¹¹¹, que criticó la extensión injustificada que esta figura había adquirido en el Derecho común y comenzó a restringir el ámbito de aplicación del enriquecimiento sin causa en Alemania¹¹² a partir de los casos particulares de aplicación de la teoría del enriquecimiento injustificado. Todo ello tuvo gran influencia en la codificación alemana que, en la materia que nos ocupa, se encuentra presidida por la tensión –que ya no se apartará del «Derecho de enriquecimiento»– entre cláusulas generales (parágrafo 812.1 BGB) y casuismo (parágrafos 812.2-822 BGB)¹¹³. Esta regulación que positiviza por una parte el principio general del Derecho y recoge, por otra, la técnica de las *condiciones*, ha tenido gran influencia en los códigos suizo, italiano, griego, turco y portugués. En fin, –y al margen de las Partidas– la falta de

Journal of Southern Africa, 1985, pp. 1-20. Entre nosotros, el origen del enriquecimiento sin causa en la *condictio* ha sido destacado, *inter alia*, por L. PUIG I FERRIOL y otros, *Manual de Derecho civil*, II, Marcial Pons, p. 49.

¹⁰⁸ Vid. L. DÍEZ-PICAZO, en *Dos estudios...*, op. cit., p. 71.

¹⁰⁹ J. ARIAS RAMOS («En torno a la exégesis... cit.», p. 26) afirma que la historia de este instituto como fuente de las obligaciones no es exactamente la historia de la *condictio*, aunque ambas son nociones estrechamente unidas. Pero es que, además, la cuestión se complica si se tiene en cuenta que tanto el origen cuanto el fundamento de la *condictio* son oscuros y todavía hoy es objeto de discusión por la doctrina romanista (*ibidem*, pp. 29 y ss.). En el mismo sentido, vid. G. Astuti, «Arricchimento (azione di)», cit., pp. 53 y ss.

¹¹⁰ L. DÍEZ-PICAZO, en *Dos estudios...*, op. cit., pp. 85 y 86.

¹¹¹ Vid. B. WINDSCHEID, *Lehrer Buch der Pandektenrechts*, 9.^a ed., Frankfurt, 1906; id., *Zwei Fragen aus der Lehre von der Verpflichtung wegen ungerechtfertigter Bereicherung*, Leipziger Programm, 1878.

¹¹² En el manual de B. Windscheid puede observarse cómo al estudiar los derechos de crédito derivados de causas similares a las contractuales se sitúa como una más de ellas al «enriquecimiento injustificado» que refunde la teoría de las *condiciones*. Según L. DÍEZ-PICAZO (*Dos estudios...*, op. cit., p. 68), esto demuestra que la figura del enriquecimiento injustificado no absorbe la totalidad de las obligaciones cuasicontractuales.

¹¹³ Esta tensión puede deberse a que la segunda comisión para el proyecto del BGB decidió, por influencia de Savigny, incorporar la acción general de enriquecimiento. Vid. R. ZIMMERMANN, cit., p. 8.

regulación expresa no ha desplazado del Derecho español la idea de la *condictio* que también se refleja, en la actualidad, en la jurisprudencia de TS español¹¹⁴.

25. En algunos Derechos materiales –sobre todo en Derecho francés– la figura del enriquecimiento sin causa se ha vinculado a la *actio in rem verso*, cuyos orígenes, desarrollo y perfiles son diferentes a los de la acción de enriquecimiento sin causa. Ya el Derecho romano había previsto, junto a la *condictio*, la *actio in rem verso*, otorgada para restablecer el equilibrio patrimonial que una atribución indirecta había aniquilado. El origen de dicha acción parece ser el siguiente. En el Derecho romano, las personas sometidas a la potestad del pater familias podían intervenir en sus negocios, pero no se generaba ninguna obligación ni para el *servus* ni para el *filius* porque ambos carecían de capacidad. Posteriormente, los esclavos y los *filii* pudieron tener un pecunio por lo que los terceros podían resarcirse a cargo de éste (*actio de pecunio*) aunque fuera propiedad del *pater familias* (*peculio profecticio*); pero el remedio no era efectivo si el pecunio no existía o era insuficiente. Para paliar esta injusticia –hacia finales del período republicano– el pretor concedió una acción –la *actio in rem verso*– al tercero contra el señor que se había enriquecido como consecuencia de los contratos celebrados con las personas que se encontraban bajo su potestad¹¹⁵.

26. La esfera de esta acción se fue extendiendo en cuanto a los sujetos y en cuanto al objeto¹¹⁶. En cuanto a los primeros, en el Digesto quedó plasmada su extensión a las personas *alieni iuris*. Respecto al objeto –y por lo que hace referencia a la época imperial–, hay dos corrientes contrarias: una extensiva, que concedía la acción con el fin de repetir toda *versio* advenida en el patrimonio de una persona en daño de otra y prescindía de toda analogía con la *negotiorum gestio*, y, otra restrictiva, que exigía como fundamento de la acción la gestión de negocios. En el Derecho justiniano, esta acción tuvo un ámbito de aplicación tan amplio que vino a sustituir a la *condictio sine causa* –incluso en los desplazamientos directos–

¹¹⁴ Por todas, la STS de 12 de marzo de 1987 (*RAJ*, núm. 1434) en la que se dice que «la *condictio* basada en el enriquecimiento injusto que, como es sabido, y ante su falta de regulación legal, ha sido configurada por la jurisprudencia encontrándola con raíces del Derecho romano y del Derecho natural y que desde el punto de vista procesal se configura como acción subsidiaria». *Vid.* también la Sentencia del TS de 20 de marzo de 1989 (*RAJ*, núm. 6323).

¹¹⁵ *Vid.* A. DE ROVIRA MORA, «V. Enriquecimiento injusto», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, Francisco Seix, 1956, p. 582.

¹¹⁶ Se discute entre los romanistas que esta extensión tuviera lugar en el Derecho romano bajo la forma de una *actio in rem verso utilis*. Sin embargo, tal procedimiento de generalización fue un hecho en la codificación justiniana. *Vid.* R. NÚÑEZ LAGOS, *op. cit.*, p. 873.

y a la *actio negotiorum gestio* contraria tendiendo a advenir una acción general. Prosiguiendo con su desarrollo histórico, el ámbito de aplicación de la *actio in rem verso* fue adquiriendo tal amplitud en el Derecho común que algunos autores la llaman «*actio in rem verso* del Derecho común» ya que ésta es diferente y más amplia que la que hemos descrito del Derecho romano. En los siglos XVII y XVIII, ahora por obra de la doctrina iusnaturalista, la *condictio* es el instrumento válido para repetir las atribuciones patrimoniales directas, mientras que la *actio in rem verso* permite la restitución o el resarcimiento por lo obtenido indirectamente. No obstante, existe también otra tesis que acaba confundiendo la acción *in rem verso* y la *condictio sine causa* de carácter general¹¹⁷.

27. La identificación de la acción de enriquecimiento y la *actio in rem verso* por parte de la doctrina y jurisprudencia francesa ha sido criticada por numerosos autores, para quienes ello demuestra un claro desconocimiento de los orígenes y funcionamiento de la misma. En esta línea R. Núñez Lagos –refiriéndose a la labor de la jurisprudencia francesa– afirma que la *actio in rem verso* ha servido «de camino y trampolín para llegar a proclamar el principio general. Pero una vez proclamado debe quedar reservada para lo que técnicamente sirvió en Derecho común: para la esfera de las atribuciones indirectas. Las atribuciones directas deben reservarse a la *condictio sine causa generalis*»¹¹⁸. Nos encontramos, de nuevo, ante otro error histórico.

B) OTRAS CONCEPCIONES DOCTRINALES DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA COMO INSTITUCIÓN AUTÓNOMA: LA TEORÍA DE LA CAUSA

28. Muchos estudios sobre el enriquecimiento sin causa sitúan en la jurisprudencia francesa y, más concretamente, en el *Arrêt Boudier* (1892), el origen de la teoría del enriquecimiento sin causa como institución autónoma¹¹⁹, autonomía que se promulga respecto del principio general. En dicho asunto, la *Cour de Cassation* se refiere a la *actio in rem verso* (utilizada como sinónima a la acción de enriquecimiento sin causa) como aquélla «que deriva del principio de equidad que prohíbe enriquecerse en detrimento de los demás».

¹¹⁷ L. DÍEZ-PICAZO, en *Dos estudios..., op. cit.*, p. 84.

¹¹⁸ R. NÚÑEZ LAGOS, *op.cit.*, p. 883.

¹¹⁹ F. GORÉ y C. SAUJOT (Vº «*Enrichissement sans cause*», *Ency. Dalloz. Civil*, -V) afirman que a finales del siglo XIX el enriquecimiento sin causa es considerado como una fuente autónoma y general de las obligaciones, sancionada a través de la *actio in rem verso* o acción de enriquecimiento sin causa.

mento de otro...». Esta Sentencia fue criticada por su excesiva vaguedad por lo que la Cour de Cassation en Sentencia de 15 de marzo de 1915 –y aconsejada por Aubry y Rau, a su vez influenciados por la doctrina alemana– se dispuso a configurar los elementos precisos para que pudiera darse la acción; en términos generales: enriquecimiento, empobrecimiento y ausencia de causa¹²⁰. Y es precisamente en este último requisito en el que descansa la tercera importante configuración, la que relaciona al enriquecimiento sin causa con la teoría de la causa, configuración que, por otra parte, debe abordarse de forma diferenciada según las distintas concepciones de «causa». La primera concepción, en un principio unitaria, se diversifica materialmente en una serie de supuestos según la causa sea ilícita, inexistente, inmoral o de otro tipo. La segunda concepción de «causa» es la elaborada por Domat y Pothier, es decir, la teoría de la causa como elemento constitutivo y esencial para la validez del contrato. La aparición de la causa como elemento del contrato ha sido un factor fundamental en la doctrina del enriquecimiento sin causa y, según F. Goré¹²¹, ello fue el motivo de que la teoría de las *condiciones* se apartara del Derecho francés.

29. La introducción de este concepto en el Código Civil francés y en los distintos ordenamientos jurídicos pertenecientes a la tradición francesa es la razón por la que la noción «causa» aplicada al «enriquecimiento sin causa» es confusa y requiere una previa aclaración¹²². No es lo mismo causa del contrato (causa de influencia francesa) que causa de los desplazamientos patrimoniales (causa de influencia germana)¹²³. En este último sentido, la causa

¹²⁰ Vid. A. WEILL y F. TERRÉ, *Droit civil. Les obligations*, op. cit. pp. 905 y ss.; y J. CARBONNIER, *Théorie des Obligations*, op. cit., p. 469. Estos mismos requisitos son reiteradamente expuestos por numerosas Sentencias de TS español, vid., por todas, y entre las más recientes: STS de 21 de diciembre de 1984 (*RAJ.*, núm. 6291); STS de 7 de julio de 1989 (*Rev. jurídica La Ley*, núm. 2340, 1989); STS de 4 de junio de 1993 (*RAJ.*, núm. 1803); STS de 31 de octubre de 1994 (*RAJ.*, núm. 8007), y STS de 16 de marzo de 1995 (*RAJ.*, núm. 2659).

¹²¹ Vid. F. GORÉ, *L'enrichissement aux dépens d'autrui, source autonome et générale d'obligations en droit privé français. Essai d'une construction technique*, París, Dalloz, 1949, pp. 23 y ss.

¹²² Sobre las distintas acepciones de la noción de causa, vid. por todos, G. BONET, Rouast, «L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile», *Rev. trim. dr. civil*, 1922, p. 35; y p. ROUBIER, «La position française en matière d'enrichissement sans cause», *Traavaux de la Assotiation H. Capitant*, t. IV, 1948, p. 56 y ss. Entre la literatura más reciente, vid. J. FLOUR y J. p. AUBERT, *Droit civil*, op. cit., p. 51; y J. CARBONNIER, op. cit., p. 466. Según este último autor –y recogiendo las ideas de los autores anteriores– la causa puede entenderse subjetivamente como la intención liberal del empobrecido, contraprestación o interés personal y, desde una perspectiva más objetiva, como justo título.

¹²³ L. DÍEZ-PICAZO, en *Dos estudios...* (op. cit., pp. 65 y 67) distingue causa de la atribución, causa de la obligación y causa del negocio. La distinción entre causa de la obligación y causa del negocio jurídico ya fue planteada por J. L. DE LOS MOZOS, «La causa del

del enriquecimiento es tan variada como las operaciones jurídicas que lo han provocado¹²⁴. En los Derechos de influencia francesa, la noción «causa» hace referencia a la causa de la obligación y del contrato. Los contratos sin causa o con causa ilícita o torpe son nulos y la restitución se produce como consecuencia de la nulidad, no siendo necesario construir una pretensión restitutoria o de resarcimiento independiente. La creación de la teoría de la causa apartó la teoría de las *condictiones* del Derecho francés. En los Derechos de influencia germana, sin embargo, se produce el proceso inverso: la falta del concepto de causa –en el sentido que le otorga la variante francesa– provocó la supervivencia de las *condictiones* que serán las que se encarguen de solucionar los problemas de falta de causa, causa ilícita, causa torpe, etc. Por tanto, si utilizamos el término causa en el sentido atribuido por Domat y Pothier, fácilmente se puede concluir que la institución del «enriquecimiento sin causa» sería un remedio idóneo tan solo en los Derechos que sigan el sistema de la abstracción: el enriquecimiento sin causa sería el instrumento apropiado para evitar las consecuencias injustas que puedan derivarse de dichos actos. Sin embargo, ¿qué sentido tendría en un sistema causalista en el que si no hay causa no hay adquisición patrimonial y, por tanto, no hay auténtico enriquecimiento? La cuestión se plantearía en términos completamente distintos si «causa» en el enriquecimiento sin causa tuviera un significado distinto¹²⁵.

30. La doctrina que fundamenta el enriquecimiento sin causa en la teoría de la causa no ha estado exenta de críticas porque desplaza el problema hacia una noción –la de causa– ya de por sí oscura y que no es inherente a la acción de enriquecimiento sin causa. En opinión de Ph. Drakidis¹²⁶, la denominación de enriquecimiento sin causa aparece en el lenguaje jurídico después de la *actio in rem verso*, después del enriquecimiento ilícito, injusto o a expensas de otro. ¿Por qué, entonces, la discusión se centra en esta noción?¹²⁷.

negocio jurídico. Notas para una reconstrucción jurídica de su concepto», *Rev. de Derecho Notarial*, 1961, pp. 283 y ss.

¹²⁴ *Vid. L. ENNECERUS, Derecho de obligaciones*, trad. B. Pérez González y J. Alguer, 3.^aed. Vol. II, Barcelona, Bosch, 1966, pp. 969 y ss.

¹²⁵ M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ (en *Dos estudios...*, p. 166 y ss) entiende que causa en el Derecho de enriquecimiento es «el supuesto de hecho al que el Derecho objetivo vincula el efecto jurídico en que el enriquecimiento consiste», es decir, la causa eficiente.

¹²⁶ *Vid. Ph. DRAKIDIS, «La ‘subsidiarieté’, caractère spécifique et international de l’action d’enrichissement sans cause»*, *Rev. trim. dr. civil*, LIX, 1961, p. 594.

¹²⁷ La noción de causa también ha sido considerada como la fundamental de la doctrina del enriquecimiento por el TS español. *Vid. v. gr.*, la Sentencia de 8 de junio de 1995 (*RAJ*, núm. 531), donde se indica que «la base jurídica del enriquecimiento injusto ha de

C) EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA COMO FUENTE
SUI GENERIS DE LAS OBLIGACIONES EN LA DOCTRINA IUSINTERNACIONAL-PRIVATISTA Y SU PROYECCIÓN EN EL ARTÍCULO 10.9.III DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

31. El Dipr. ofrece una alternativa a la regulación de la categoría del cuasicontrato: por un lado, a través del supuesto de hecho obligación legal, bien sea general («obligaciones legales») o específicos para cada una de dichas obligaciones y, por otro, a través del diseño del supuesto de hecho específico y autónomo «enriquecimiento sin causa» como fuente de las obligaciones. Pero este supuesto autónomo está sin embargo vinculado a una relación jurídica subyacente, lo que ha llevado a la doctrina comparada a la búsqueda de dicha relación y a la aplicación de la *lex causae*¹²⁸, es decir, de la ley reguladora de la relación principal¹²⁹. En consecuencia, se aplicará la *lex rei sitae* si se trata de una cuestión relativa a bienes inmuebles, o se aplicará la ley personal si se trata, por ejemplo, de una relación vinculada al régimen del matrimonio, o la *lex loci* si se trata de la producción de un hecho dañoso, y así sucesivamente¹³⁰. En definitiva, la concepción que defiende el carácter de obligación legal puede conducir a la aplicación tanto de la *lex causae* –o la reguladora de la relación principal– cuanto de la *lex loci*¹³¹.

referirse necesariamente al desplazamiento patrimonial de una parte a otra, careciendo de toda causa que lo pueda amparar o justificar...»

¹²⁸ L. FERRARI BRAVO, *Rapports entre contracts et obligations delictuelles*, Rec. des Cours, vol. 146, 1975-III, pp. 146 y ss., esp. pp. 365 y ss. Un antecedente de esta teoría puede encontrarse en p. ARMINION, *Précis de droit international privé*, vol. II, París, Librairie Dalloz, 1929, pp. 267 y ss.

¹²⁹ En el mismo sentido M. AMORES CONRADI (en J. D. González Campos y otros, *loc. cit.*, p. 212) afirma que las obligaciones legales deben quedar «sometidas al Derecho que rige la particular relación en que aquellas nacen y están destinadas a desenvolverse».

¹³⁰ Para L. FERRARI BRAVO (*loc. cit.*, p. 365) la norma de conflicto que, bajo el supuesto de hecho «obligaciones no contractuales», rige las obligaciones legales –como es el caso del anterior artículo 25.2 CC italiano– debe entenderse necesariamente como una regla residual «destinée à opérer pour les situations qui n'ont pas une base socio-économique les rattachant à d'autres règles de conflit». La aplicación de la *lex loci* es, por tanto, una más de las respuestas previstas para estas obligaciones. (Vid. L. FERRARI BRAVO, *Aspetti generali della Disciplina della responsabilità per fatto illecito nel diritto internazionale privato*, Annali della Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Bari, Bari, 1962, pp. 14, 15, 37). En el mismo sentido, E. VITTA, *Diritto international privato*, vol. III, Turín, UTET, 1975, pp. 467 y ss.; *idem*, *Corso de Diritto internazionale privato e Processuale*, 3.^a ed., Turín, UTET, 351 y ss.; y T. BALLARINO, «L'arricchimento senza causa nel diritto internazionale privato», *Dir. inter.*, XVII, 1963, pp. 341 y ss.

¹³¹ Y es precisamente esta última la respuesta prevista en la actual reforma del sistema italiano de Dipr. (art. 61 de la Ley italiana de Dipr. 31 de mayo de 1995, *Gazzetta Ufficiale*, núm. 128, de 3 de junio de 1995), que bajo el epígrafe «obbligazioni nascendi dalla legge», regula «la gestión de negocios ajenos, el pago de lo indebido, el enriquecimiento sin causa y otras obligaciones legales no reguladas expresamente en la ley» sometiéndolas a la ley del

32. El énfasis en la relación jurídica subyacente ya fue resaltado por K. Zweigert y G. F. Balaster¹³². Para estos autores las situaciones privadas de enriquecimientos sin causa se resuelven tras contestar a la pregunta de si existe alguna relación jurídica subyacente de carácter negocial o, por el contrario, el enriquecimiento se produce al margen de tal relación (*rechtsgeschäftlicher versus nichtrechtgeschäftlicher Bereicherung*). Ambos autores coinciden en que la ley que va a regir el enriquecimiento sin causa debe ser la ley que rige esa relación principal, es decir, la *lex causae condictionis*. Ahora bien, según K. Zweigert, en defecto de tal relación jurídica subyacente la norma general es la aplicación de la *lex loci*, si bien expresada bajo distintas formas: *lex rei sitae*, ley del lugar del enriquecimiento, etc.¹³³; para G. F. Bälaster, la aplicación de estas últimas leyes se hace en concepto de *lex causae*¹³⁴. En el ámbito del Common Law esta tesis también ha sido defendida, entre otros, por Dicey y Morris¹³⁵, afirmando que al enriquecimiento sin causa debe aplicarse su *proper Law*, es decir, la ley con la que mantiene «*the closest and most substantial connection*».

33. El diseño de un único supuesto de hecho y la aplicabilidad de la *lex causae* como también único criterio elegido ha sido la fórmula seguida por el artículo 44 del Código Civil portugués de 25 de noviembre de 1966¹³⁶; por el artículo 27 de la Ley de Derecho internacional privado de la antigua Yugoslavia¹³⁷ y, en fin, por el artículo 10.9.III del Código Civil español. La aplicación de la ley de la relación de base a través del recurso a la ley de la «relación más significativa» también es la prevista en el parágrafo 221 del *Restatement of Conflicts of Law*. La opción por dos o más supuestos

Estado en el que se ha producido el hecho del que deriva la obligación. El texto y su comentario puede encontrarse también en M. PANEBIACO y G. MARTINO (*La reforma italiana di Diritto internazionale privato*, Salerno, Elea Press, 1992, pp. 67 y 68). Vid. también, T. BALLARINO, *Diritto Internazionale Privato*, 3.^a ed. Cedam, Padua, 1999, p. 757.

¹³² Vid. G. F. BALASTÈR, *Die ungerechtfertigte Bereicherung im Internationalen Privatrecht*, Winterthur, Verlang p. G. KELLER, p. 91 y ss.; y K. ZWEIGERT, «Bereicherungsansprüche im internationales Privatrechts», *Bereicherungsansprüche im internationalem privatrecht*, JZ, 1947, pp. 247 y ss. Un estudio comparativo de las tesis de estos autores puede encontrarse en el trabajo de P. BOUREL sobre conflictos de leyes en materia de obligaciones extracontractuales (*op. cit.*, pp. 34 y ss.). Una parte importante de la doctrina francesa se muestra favorable a la aplicación de la *lex causae* cuando se trata de la restitución de los pagos indebidos o cuando el enriquecimiento sin causa deriva de la ejecución de un contrato nulo (*vid. inter alia*, G. DE LA PRADELLE, *Les conflits de lois en matière de nullités*, París, Dalloz, 1967, pp. 198 y ss.; P. MAYER, *op. cit.*, p. 428; y H. BATIFFOL y P. LAGARDE, *op. cit.*, p. 254).

¹³³ K. ZWEIGERT, «Bereicherungsansprüche im internationales Privatrechts», *loc. cit.*, pp. 247 y ss.

¹³⁴ Vid. G. F. BALASTÈR, *op. cit.*, pp. 91 y ss.

¹³⁵ DICEY y MORRIS, *The conflict of law*, 12.^a ed., vol. II, Sweet & Maxwell, 1993, pp. 1471 y ss.

¹³⁶ *Cit. supra*, nota 3.

¹³⁷ Vid. texto de la ley en *Rev. crit. dr. int. privé*, 1983, pp. 353 y ss.

de hecho distinguiendo el enriquecimiento que deriva de una relación jurídica del que se produce por un hecho aislado y combina la aplicación de la *lex causae* y de la *lex loci* según haya o no relación jurídica subyacente ha sido recogida por diversas legislaciones recientes: el artículo 46 de la Ley austriaca de Derecho internacional privado de 15 de junio de 1978¹³⁸, el artículo 26 de la Ley turca de Derecho internacional privado de 20 de marzo de 1982¹³⁹ y es el criterio seguido por el artículo 128 de la Ley suiza de Derecho internacional privado de 18 de diciembre de 1988¹⁴⁰.

Acabamos de comprobar, por tanto, cómo la *lex loci* es la que resulta competente según varias de las concepciones estudiadas: la que adopta una calificación de la norma sobre enriquecimiento sin causa como «ley de policía y seguridad»¹⁴¹, la que indaga en la «voluntad presunta» de las partes¹⁴², la que defiende su analogía con la obligación delictual¹⁴³, o con la obligación contractual y entiende que la *lex loci* es expresión de la *lex domicilii debitoris*¹⁴⁴ y, por último, a través de la concepción del enriquecimiento sin causa como una fuente de las obligaciones o como obligación legal¹⁴⁵, aplicando la *lex loci* en tanto que *lex causae* o en defecto de relación subyacente de carácter negocial. No obstante, la elección de la *lex causae* se vincula más a la concepción que entiende que el enriquecimiento sin causa es una fuente *sui generis* de las obligaciones y la *lex loci* es un criterio residual solo aplicable en caso de que no exista una relación jurídica subyacente¹⁴⁶.

¹³⁸ *Cit. supra*, nota 3.

¹³⁹ *Vid.*, *Rev. crit. dr. int. privé*, 1983, pp. 141 y ss.

¹⁴⁰ *Vid.*, el texto de la Ley suiza, en *Rev. cr. dr. int. privé*, 1988, pp. 409 y ss.

¹⁴¹ *Vid.*, C. BROCHER, *Cours de droit international privé*, t. II, París, Ginebra, E. Thorin-Librarie H. Georg, 1883, pp. 138 y ss.; y R. SAVATIERE, *Cours de droit international privé*, París, LGDJ, 1953, pp. 309 y ss.

¹⁴² *Vid.*, por todos, F. DESPAGNET y Ch. BOECK, «Le droit international privé dans la législation italienne», *Journ. dr. int.*, 1882, p. 270, nota 100; F. Laurent, *cit.* p. 9; y A. Weiss, *cit.*, p. 387.

¹⁴³ *Vid. inter alia*, T. M. C. ASSER y A. RIVIER, *cit.* p. 87; y p. Lerebours-Pigeonnière, *cit.* pp. 256 y 257.

¹⁴⁴ K. COSACK, *Lehrbuch des deutchen bürgerlichen Rechts*, I, 3. A, Jena, 1900, p. 628, y I, 3. A, Jena, 1922, p. 31; y F. K. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VII, Berlín, Bei Deit und Comp., 1851, pp. 201 y ss.

¹⁴⁵ *Vid.*, además del mencionado artículo 61 de la Ley italiana, el artículo 3125 del nuevo CC de Québec de 18 de diciembre de 1991 (el texto y el comentario puede encontrarse en J. G. GASTEL, «Commentaire sur certaines dispositions du Code civil du Québec se rapportant au droit international privé», *Journ. dr. int.*, 1992, pp. 625 y ss.) que recoge como otras fuentes de las obligaciones las fundadas en la gestión de negocios ajenos, en el cobro de lo indebido y en el enriquecimiento sin causa y las somete a la *lex loci*.

¹⁴⁶ *Vid.*, por todos, entre la doctrina italiana, T. Ballarino, «L'arricchimento senza causa...», *cit.* p. 341 y ss. y comentario a la ley italiana de Derecho internacional privado (art. 61) por A. MALATESTA, *Riv. dr. int. priv. proc.* 1995-4, pp. 1204 y ss. Entre los autores alemanes vid. K. ZWEIGERT (*cit. supra*), G. KEGEL, *Internationales privatrecht*, Munich, 1995, pp. 390 y ss., p. SCHLECHTRIM «Bereicherung in IPR», en E. VON CAEMMERER,

34. El análisis del supuesto de hecho y la consecuencia jurídica a la que conduce la aplicación del artículo 10.9.III del Código Civil español permite afirmar sin reservas que el legislador ha recogido la concepción del enriquecimiento sin causa como fuente de las obligaciones y ello por varias razones que ya hemos tenido ocasión de señalar¹⁴⁷ pero que nos parece necesario volver a destacar. La primera razón, porque la reforma del Título Preliminar del Código Civil español¹⁴⁸ que introduce por primera vez una norma de Dipr. reguladora del supuesto de hecho «enriquecimiento sin causa» (art. 10.9.III), pretende introducir un concepto que no debe ser calificado *lege fori*. En efecto, la inclusión de este precepto en el Título Preliminar —que ha sido criticada por la falta de coherencia con las disposiciones que el Código Civil establece en materia de cuasicontatos, puesto que el Código Civil sólo regula expresamente el cobro de lo indebido y la gestión de negocios ajenos¹⁴⁹— debe concebirse con una «axiología y una teleología internacionales, porque la comunidad que va a regir es más amplia; porque el bien común que va a proteger es distinto, y porque el legislador interno, al elaborar su propio sistema de conflicto de leyes, hace de legislador internacional»¹⁵⁰. En consecuencia, el supuesto de hecho que pretende regular el legislador no es el concepto tomado del derecho de producción estatal y entendemos que no debe ser calificado *ex lege fori*. La segunda razón, porque la categoría de cuasicontato está en «crisis» y es relevada en la mayoría de los Ordenamientos jurídicos estudiados por el enriquecimiento sin causa, concebido como fuente de las obligaciones, que incluye al cobro de lo indebido y desplaza a la gestión de negocios, aunque guarda

Vorschläge und Gutachten zur reform des deutsche internationalen Privatchets der ausservertraglichen Schuldverhältniss, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1983, pp. 29-79. En la doctrina suiza además de Balaster (*cit supra*) puede verse A. C. IMHOFF-SCHEIER y PATOCCHI, «Les actes illicites et l'enrichissement ilégitime», en *Presentación de la loi Federale sur le droit international privé* (policopiado) 1988, pp. 32 y ss. Entre los autores franceses *vid.* G. LEGIER «Les conflits..., cit., pp. 167-197, y H. BATTIFOL y p. LAGARDE, *Droit International Privé*, II, 7.^a ed., París, LGDJ, 1983. entre los autores del ámbito del *Common Law* que se pronuncian en el mismo sentido *vid.* J. BLAKIE «Unjust enrichment in conflit of law», *Juridical Rev.* 1984, pp. 112-132.

¹⁴⁷ *Vid.* L. ESTEVE GONZÁLEZ, *Ley aplicable..., cit.*, pp. 210 y ss.

¹⁴⁸ Ley 3/1973, de 17 de marzo (BOE núm. 69, de 21 de marzo) de Bases para la modificación del Título Preliminar; y Decreto 1836, de 31 de mayo (BOE núm. 163 de 9 de julio de 1974), sancionador con fuerza de ley del nuevo Título Preliminar del CC.

¹⁴⁹ *Vid.*, J. L. IGLESIAS BUHIGUES, «Le nouveau système de règles de conflit du droit international privé..., loc. cit., p. 418; *id.*, «Las obligaciones extracontractuales en el anteproyecto de convenio CEE y el Derecho conflictual español» en *Estudios de Derecho internacional* (homenaje al prof. A. Miaja de la Muela), Madrid, Tecnos, 1979, p. 1142. En el mismo sentido L. DÍEZ-PICAZO (*Dos estudios sobre..., op. cit.*, p. 46) afirma que el precepto que nos ocupa es una importación de otros ordenamientos jurídicos.

¹⁵⁰ *Vid.* J. ESPERABÉ DE ARTEAGA GONZÁLEZ, en *Diario de Sesiones del Pleno*, Sesión plenaria 14 marzo 1973, BOCE, X Legislatura, núm. 8, p. 14.

entre ambas figuras cierto grado de conexión. La lectura de la Exposición de Motivos del Decreto de 31 mayo de 1974, sancionador del Texto articulado del Título Preliminar del Código Civil, permite afirmar que la intención del legislador es acercarse a la concepción del enriquecimiento sin causa como fuente de las obligaciones y ello porque al pronunciarse sobre las notas características de las normas de Dipr. que la reforma introduce, expresa que «...en el enriquecimiento sin causa –reconocido *aquí* de modo expreso como fuente de las obligaciones– es preferida la ley productora de la transferencia patrimonial»¹⁵¹. Frase que reproducimos porque constituye una de las claves de la calificación autónoma del supuesto de hecho enriquecimiento sin causa en Dipr., calificación que permite acoger a todas las situaciones de enriquecimiento sin causa y reenviar a la competente norma de conflicto¹⁵². Es cierto que en la Exposición de Motivos no se pretende agregar una nueva fuente al artículo 1089 Código Civil sino reflejar la concepción que se proyecta en el supuesto de hecho de la norma de Dipr., que está especialmente diseñada para dar respuesta a las situaciones heterogéneas de enriquecimiento sin causa y a todas las pretensiones de restitución acaecidas en el tráfico jurídico internacional, susceptibles de ser calificadas como enriquecimiento sin causa *ex lege causae*, aunque quizá no lo sean *ex lege fori* y viceversa¹⁵³. En fin, la tercera razón, porque la técnica legislativa utilizada por el legislador español y, en definitiva, la elección de la «ley en virtud de la cual se produjo la transferencia del valor patrimonial en favor del enriquecido» (*lex causae*) es también reflejo de la concepción seguida por el legislador español: la del enriquecimiento sin causa como fuente de las obligaciones, distinta del contrato, del delito, y del principio general del Derecho. Este último podrá apli-

¹⁵¹ A. MIAJA DE LA MUELA (*Derecho internacional privado, Introducción y parte general*, t. I, 8.^aed., Madrid, Atlas, 1979, pp. 528-529). *Vid. ibidem*, 10.^a ed., 1987, pp. 393 y ss., revisión al capítulo realizada por N. Bouza) manifestó su asombro sobre que el adverbio gramatical «*aquí*» aludiese a la norma de conflicto, considerando que resulta una maniera insólita de dar entrada en nuestro ordenamiento jurídico a una fuente de las obligaciones que agregar al artículo 1089 CC. E. PÉREZ VERA (*Derecho Internacional Privado. Parte especial*, Madrid, Tecnos, 1980, p. 359) se pronuncia en el mismo sentido cuando afirma que «... extraer tal consecuencia del tenor literal de la norma de conflicto –llamada, por hipótesis, a aplicarse sólo a las relaciones de tráfico jurídico externo– me parece, desde luego, desorbitado...».

¹⁵² *Vid. L. ESTEVE GONZÁLEZ, Ley aplicable..., cit.* pp. 266-290.

¹⁵³ En este sentido es muy ilustrativa la STS español de 1 de febrero de 1989 (*RAJ.*, núm. 654) sobre cobro indebido de cheques por quien no es titular. A pesar de que se trata de una relación de tráfico jurídico externo, como el propio TS reconoce al afirmar que se trataba de «operaciones fraudulentas de más altos vuelos de carácter internacional», se resuelve como si fuera una relación interna acudiendo directamente a los preceptos del CC relativos al cobro de lo indebido. El tribunal español, declarado competente, tendría que haber aplicado el artículo 10.9. III del CC y subsumir la situación de cobro de lo indebido en el supuesto de hecho de dicha norma para determinar cuál es el Derecho aplicable.

carse, en todo caso, como principio reconocido por la *lex fori*, *lex causae* o como «principio general del Derecho reconocido por las naciones civilizadas»¹⁵⁴.

35. La ausencia de la categoría de enriquecimiento sin causa en el Código Civil, a excepción del artículo 10.9.III, ha provocado que en la práctica judicial y ante supuestos meramente internos el TS recurra a dicho precepto como fundamento del «enriquecimiento injusto o sin causa como fuente de las obligaciones»¹⁵⁵, o que las partes sustenten en dicha norma el fundamento de un motivo que alega «la aplicación indebida del enriquecimiento injusto» y, por tanto, la infracción del mencionado artículo¹⁵⁶. Se está utilizando, en consecuencia, esta categoría normativa al margen de la función para la que fue prevista –la regulación de las situaciones privadas internacionales de enriquecimiento sin causa– y ello se debe a una doble circunstancia: la primer, a que el artículo 10.9.III del Código Civil es el único que recoge el «enriquecimiento sin causa» en el Código Civil español; la segunda, al reconocimiento expreso como fuente de las obligaciones realizado en la Exposición de Motivos del mencionado Decreto¹⁵⁷. El propio TS cae en la cuenta de la «innecesaria remisión a los reglas de aplicación de las normas jurídicas» inoperantes en supuestos internos¹⁵⁸, y es que estamos ante uno de los casos en que el Dipr. se ha adelantado a la reforma del Derecho material interno¹⁵⁹, sólo este hecho puede justificar la aplicación errónea del precepto a supuestos que no tienen carácter internacional.

V. CONCLUSIONES

36. El presente estudio permite extraer las siguientes conclusiones:

1. Es posible corroborar, atendiendo a la andadura histórico-jurídica de la doctrina del enriquecimiento, la existencia de distin-

¹⁵⁴ La STS de 7 de febrero de 1989 (*Rev. jur. La Ley*, núm. 2218, 1989), que se pronuncia sobre un contrato de venta internacional con pacto de retro, aplica la norma de conflicto del artículo 10.5 CC relativa a la ley aplicable a las obligaciones contractuales y, para evitar el desequilibrio patrimonial que pudiera producirse, aplica también como *lex fori* el principio general del Derecho de enriquecimiento injusto vedado –así lo indica el propio Tribunal– en la Ley de Usura de 1908.

¹⁵⁵ *Vid.* Sentencia del TS (Sala 1.^a) de 21 de diciembre de 1984, núm. 6290, *R.A.J.* 1984, pp. 4987 y ss.; y *Jurisprudencia Civil*, núm. 754, 1985, pp. 5604 y ss.; y STS de 17 de febrero de 1994, *RAJ*, núm. 1620, pp. 2164 y ss.

¹⁵⁶ Sentencia del TS (Sala 1.^a) 12 diciembre 1987, núm. 9427, *R.A.J.*, 1987, pp. 8793 y ss.

¹⁵⁷ *Cit supra*, BOE, 9 julio 1974 núm. 163, p. 1917.

¹⁵⁸ *Vid.* Sentencia del TS. (Sala 1.^a) de 22 mayo 1989, núm. 3874, *R.A.J.*, 1989, pp. 4396 y ss.

¹⁵⁹ E. PÉREZ VERA, *Derecho internacional privado. Parte especial*, Madrid, Tecnos, 1980, p. 358.

tas concepciones que se desarrollan temporal y espacialmente, tanto en los sistemas del *civil law* cuanto del *common law*: como principio general del Derecho, como cuasicontrato, como institución o fuente autónoma de las obligaciones. Y es igualmente posible afirmar la existencia de un principio general del Derecho, el de enriquecimiento injusto, que desde sus orígenes puede distinguirse del enriquecimiento sin causa como fuente de las obligaciones. El principio general del Derecho que prohíbe el enriquecimiento injusto se proyecta en Dipr. en sus dos perspectivas: por un lado, la que permite distinguirlo del contenido de la institución de enriquecimiento sin causa; por otro, la que entiende que el enriquecimiento sin causa no es otra cosa distinta del principio general del Derecho. Esta última concepción justificará la concepción de la institución estudiada como de «orden público» y la elección de una técnica legislativa tendente a la aplicación de la *lex fori* e incluso de la *lex loci* tal y como entendió la doctrina francesa. La concepción que distingue entre enriquecimiento injusto y sin causa permitirá acudir al enriquecimiento injusto como principio informador del orden público cuando se produzca una clara vulneración del mismo y se inclinará hacia criterios tales como la *lex causae* para regular el enriquecimiento sin causa, criterio seguido por el legislador español. La distinción impide la aplicación indiscriminada de la *lex fori* para regir una determinada situación propia del Derecho de enriquecimiento. Defender, por otra parte, la conexión entre el enriquecimiento y el ilícito civil conducirá a la consideración preferente de la conexión territorial que dará lugar igualmente a la aplicación de la *lex loci* tradicionalmente admitida como la más adecuada para regir las cuestiones incardinadas en obligaciones delictuales o no contractuales. Y en este sentido la doctrina llega a hablar de la aplicación de la *lex loci delicti commissi* a las obligaciones nacidas de un enriquecimiento sin causa o de la aplicación de la ley del lugar donde el hecho se ha producido. Superada la vinculación del enriquecimiento al ilícito civil o al delito este tratamiento no debería mantenerse.

2. La denominada «crisis del cuasicontrato» ha significado el impulso del enriquecimiento sin causa como institución autónoma y fuente *sui generis* de las obligaciones. No obstante, la proyección de la categoría de cuasicontrato se ha dejado sentir tanto en la doctrina cuanto en la legislación de diversos ordenamientos jurídicos. La doctrina partidaria de mantener el cuasicontrato y que concibe el «enriquecimiento sin causa» como fundamento o complemento de la técnica cuasicontractual podrá repercutir este esquema en el sistema de Dipr. a través de una doble vía. En primer lugar, por medio del tratamiento y el diseño del supuesto de hecho de la

norma de conflicto encargada de regular las posibles situaciones de enriquecimiento sin causa: el supuesto de hecho podrá estar constituido por la categoría genérica de cuasicontrato –e incluso por la de contrato si se defiende *ad extremis* la analogía entre ambas categorías– o por la específica de enriquecimiento sin causa. Y, en segundo lugar, eligiendo puntos de conexión acordes con la concepción de cuasicontrato que se pretende regular, lo que consecuentemente determinará el resultado, es decir, la consecuencia jurídica concedida o prevista por el juez o legislador. Según esta perspectiva, la obligación jurídica que se genera debe tener su localización natural por su fuente, es decir, por el hecho jurídico que la fundamenta. Por ello el criterio elegido por esta concepción es el de la *lex loci actus* bajo el imperio de la cual la obligación se forma. Sin embargo, la crisis del cuasicontrato se ha hecho incluso más significativa desde el punto de vista del Dipr., donde se refleja la alternativa a través de dos caminos encontrados: por un lado, la regulación de este tipo de obligaciones bajo categorías normativas que recojan las obligaciones legales, mediante un único supuesto de hecho general o varios específicos para cada una de las obligaciones; por otro, la regulación del enriquecimiento sin causa como fuente de las obligaciones en sustitución del cuasicontrato y, por tanto, la configuración de un supuesto específico y autónomo de enriquecimiento sin causa. En fin, una vez reconocido el carácter autónomo de la obligación, la alternativa, en cuanto al tratamiento del supuesto de hecho, oscila entre conceder uniformidad a todas las obligaciones derivadas de un enriquecimiento sin causa o darle un tratamiento específico a cada una de ellas, lo que –si se procede a su regulación en Dipr.– se traducirá en la creación de una norma general para el «enriquecimiento sin causa» o varias normas especializadas, según haya o no una relación jurídica subyacente, para los distintos supuestos multiformes que la expresión engloba. La primera alternativa es la materializada en la legislación suiza, austriaca, turca o en el Proyecto alemán que prevén como consecuencia jurídica la aplicación combinada de la *lex causae* y de la *lex loci*; la segunda es la prevista en el Derecho portugués y español que responde a estas situaciones a través de la aplicación de la *lex causae*.

3. La categoría normativa elegida por casi todos de los ordenamientos jurídicos que regulan el enriquecimiento sin causa en Dipr. es la norma de conflicto multilateral, presidida por un supuesto de hecho general (el «enriquecimiento sin causa») o por dos o tres supuestos redactados con cierta generalidad («las pretensiones de enriquecimiento sin causa derivadas de una relación jurídica subyacente» o de «las derivadas un hecho aislado»). El legislador español ha previsto, sin embargo, un supuesto de hecho único capaz de

acoger todas las situaciones de enriquecimiento sin causa. En definitiva, el método de reglamentación utilizado por el legislador español y la consecuencia jurídica a la que conduce la aplicación de ese método, informa sobre cuál es la concepción proyectada en la norma, pudiéndose afirmar que se está regulando el enriquecimiento sin causa como fuente de las obligaciones pero no el principio general, el cual entrará en juego, en todo caso, como informador de la excepción de orden público.

Deudas de un solo cónyuge y responsabilidad ganancial según la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo (*)

FÁTIMA YÁÑEZ VIVERO

Universidad San Pablo-CEU

SUMARIO: I. *Introducción: Delimitación del supuesto de hecho.*–II. *Calificación jurídica del supuesto: Deuda y responsabilidad en la sociedad de gananciales.* A) Código Civil. B) La Doctrina de los autores. C) La Jurisprudencia del Tribunal Supremo.–III. *Carácter de la obligación contraída por un solo cónyuge:* La presunción de ganancialidad pasiva. A) Código Civil. B) La Doctrina de los autores. C) La Jurisprudencia del Tribunal Supremo.–IV. *Ánalisis de la cuestión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo desde 1990 hasta 1998:* A) Aval, fianza o garantía prestados por un cónyuge. B) Deuda derivada de relaciones comerciales o profesionales de un cónyuge. Adquisición de bienes para el ejercicio del comercio. C) Adquisición de bienes gananciales por un cónyuge. D) Obligación extracontractual de un cónyuge. E) Deuda laboral de un cónyuge. F) Deuda fiscal de un cónyuge. G) Otras deudas de difícil clasificación. H) Deudas contraídas en la denominada comunidad postganancial.–V. *Recapitulación.*

I. INTRODUCCIÓN: DELIMITACIÓN DEL SUPUESTO DE HECHO

El objeto del presente estudio es el de examinar el carácter privativo o ganancial de aquellas obligaciones que, contraídas por un solo

(*) Encontrándose en imprenta el presente trabajo, se ha modificado el artículo 144 del Reglamento Hipotecario (RD 1867/1998, de 4 de septiembre) y se ha publicado la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero). Si bien la citada LEC no afecta de modo directo al contenido de este estudio, introduce novedades significativas en materia de ejecución de bienes gananciales, la alusión que se hace en la Recapitulación de este trabajo al artículo 545 del Anteproyecto de LEC habrá que entenderla parcialmente modificada, ya que el artículo 541 de la LEC amplía el ámbito subjetivo del proceso de ejecución permitiendo que quien no es directamente ejecutado (cónyuge no deudor) pueda intervenir en el proceso a través del incidente de oposición a la ejecución.

cónyuge casado en régimen de sociedad de gananciales, vinculan de manera directa el patrimonio ganancial¹. Se trata, pues, de deudas de un cónyuge, de las que son responsables los bienes comunes: son todas las que se contraen por alguna de las causas contempladas en los artículos 1365² y 1368 del Código Civil, y por las del artículo 1366, si de obligaciones extracontractuales se tratase.

Ahora bien, estas deudas no plantean, en principio, especial dificultad para determinar el patrimonio responsable de las mismas, pues si consta uno de los motivos establecidos en el Código Civil, la responsabilidad directa del patrimonio ganancial es indiscutible. El problema surge cuando nos encontramos ante débitos de un solo cónyuge en los que no consta ninguna de las causas mencionadas y cuyo carácter ganancial o privativo no ha sido acreditado en los procedimientos de instancia.

Ante esta situación, la primera cuestión que nos proponemos estudiar es la de determinar si estamos ante un supuesto de deuda, cargo, responsabilidad interna o responsabilidad definitiva, de acuerdo con el artículo 1362 del Código Civil; o si, por el contrario, se trata de un caso de simple responsabilidad externa o provisional en virtud del artículo 1365 Código Civil; o si, en definitiva, carece de sentido realizar tal distinción por la gran similitud existente entre los tenores literales de los dos artículos citados, además de por otras muchas razones que veremos.

Anticipemos, ya, que esta distinción que tanto éxito ha tenido en una gran parte de nuestra doctrina, apenas tiene relevancia para el Tribunal Supremo, como luego tendremos ocasión de comprobar.

La segunda cuestión que trataremos, es la de si se puede presumir que la deuda de un cónyuge, cuyo origen y finalidad se desconoce o cuyo carácter consorcial no se ha probado, tiene naturaleza ganancial y de ella responden, en primer lugar, los bienes gananciales. Cuestión ésta que puede tener importante eficacia práctica.

Vamos a realizar el análisis de ambas cuestiones a la luz de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de la década de los años noventa. No va a ser fácil extraer unas conclusiones claras sobre la postura de nuestro Tribunal en esta materia, dada la multiplicidad y variedad de supuestos de hecho contemplados, como tendremos

¹ Observemos, pues, que quedan excluidas aquellas deudas que contraídas por un cónyuge, son exclusivamente personales y afectan sólo de forma subsidiaria el patrimonio ganancial.

² El artículo 1365 del Código Civil, precepto clave en esta materia, establece que «Los bienes gananciales responderán directamente frente al acreedor de las deudas contraídas por un cónyuge: 1.º en el ejercicio de la potestad doméstica o de la gestión o disposición de gananciales, que por ley o por capítulos le corresponda. 2.º En el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio o en la administración ordinaria de los bienes propios. Si el marido o la mujer fueren comerciantes, se estará a lo dispuesto en el Código de Comercio».

ocasión de examinar. Se observa, sin embargo, una tendencia a hacer de la presunción de ganancialidad pasiva la fórmula habitual de tratamiento de los débitos de un solo cónyuge.

II. CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL SUPUESTO: DEUDA Y RESPONSABILIDAD EN LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

A) CÓDIGO CIVIL

En nuestro Código Civil, deudas de un cónyuge de las que responden directamente los bienes gananciales son, en principio, las enumeradas en los artículos 1365, 1366 y 1368 del Código Civil³.

¿Qué ocurre, entonces, con las denominadas cargas o gastos a cargo de la sociedad de gananciales, señalados en el artículo 1362 del Código Civil? ¿Debe entenderse en tales casos, como cree la mayor parte de los autores, que no hay responsabilidad del patrimonio ganancial? ¿Por qué el legislador de 13 de mayo de 1981 realiza esta distinción entre ambas expresiones? ¿Por qué el Código Civil establece esa diferencia para las obligaciones derivadas de contratos y no para las extracontractuales? Éstos son algunos de los interrogantes a los que trataremos de buscar respuesta en las páginas que siguen.

La regulación del pasivo de la sociedad de gananciales en el Código Civil antes de la Ley 11/1981 de 13 de mayo, recogía en un mismo precepto, el 1408.1, la responsabilidad por las cargas y deudas del marido y de la mujer en el ámbito que la ley le permitía⁴.

El legislador de 13 de mayo de 1981, como señala Torralba Soriano⁵, «con una mayor preocupación sistemática» que su precedente y que el de otros países de nuestro entorno como Italia, «ha

³ Los preceptos citados recogen el denominado criterio objetivo del pasivo ganancial, pues con independencia de quiénes contraigan la obligación, si ésta se contrae por algunas de las causas legales, queda vinculado el patrimonio ganancial. El criterio objetivo de determinación del pasivo ganancial junto con el subjetivo son formulados, entre otros, por GORDILLO CAÑAS («El pasivo de la sociedad de gananciales: un ensayo de sistematización», *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*. Universidad de Murcia. Secretariado de Publicaciones, 1989, pp. 352 y ss.) y VELA SÁNCHEZ («La sistematización del pasivo ganancial y el artículo 1370 del Código Civil». *R.D.P.*, 1993, pp. 552 a 555).

⁴ La redacción del artículo 1408.1.^º procede de la Ley de 24 de abril de 1958. Su tenor literal era el siguiente: «Serán de cargo de la sociedad de gananciales: 1.^º Todas las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por el marido, y también las que contraiere la mujer en los casos en que pueda legalmente obligar a la sociedad...».

⁵ TORRALBA SORIANO: «Comentario de los artículos 1344 a 1374 del Código Civil», en *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*. Vol. II. Editorial Tecnos. Madrid, 1984, p. 1661.

procurado acertadamente separar la cuestión relativa a las realizaciones internas de los cónyuges de aquellas otras referentes a la responsabilidad frente a terceros».

Si atendemos al tenor literal de los artículos del Código Civil destinados a regular las cargas de la sociedad de gananciales (arts. 1362, 1363 y 1366) y al de aquellos que establecen la responsabilidad de estos bienes por deudas de un solo cónyuge (arts. 1365, 1366), nos encontraremos con que las diferencias son apenas perceptibles. Todos los supuestos de cargo o deuda interna son supuestos de responsabilidad, excepto la adquisición de bienes comunes. Sin embargo, entendemos que los gastos de adquisición de bienes gananciales a los que se refiere el artículo 1362.2 CC son los pagos procedentes de una adquisición de un bien a plazos, adquisición que regula expresamente el artículo 1370 del CC y ésta es una norma de responsabilidad frente a terceros.

De la misma forma, los supuestos de responsabilidad externa coinciden con los de cargas de la sociedad, a excepción de la disposición de bienes gananciales⁶. Sería interesante analizar –aun cuando no podemos hacerlo en este estudio– por qué para nuestro legislador la disposición de un bien ganancial no genera responsabilidad definitiva del patrimonio ganancial, respondiendo, por tanto, el patrimonio del cónyuge disponente. La intención del legislador no se entiende fácilmente si pensamos que se trata de un acto realizado individualmente por un cónyuge pero para el que está legitimado por ley o por capitulaciones, razón suficiente –parece– para que el patrimonio ganancial responda, también internamente, del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la disposición de los gananciales.

En el ámbito de las obligaciones extracontractuales, en un mismo precepto, el 1366, se recoge el cargo y responsabilidad del patrimonio ganancial cuando aquellas se llevan a cabo por el cónyuge en la administración de los bienes o en beneficio del consorcio. No encontramos la justificación de esta diferencia de tratamiento que hace nuestro Código entre las obligaciones contractuales y las extracontractuales. En cualquier caso, y teniendo en cuenta que esta diferencia existe, porque si no fuera así no tendría sentido la norma de los reembolsos del artículo 1364 del Código Civil, es insostenible que los supuestos de gastos o cargas

⁶ Incluso, algunos autores, como GIMÉNEZ DUART, salvan esta diferencia entre la *adquisición de bienes gananciales* a la que se refiere el artículo 1362 del Código Civil y la *disposición* de los mismos contemplada en el artículo 1365 del Código Civil, argumentando que la adquisición de bienes gananciales es una disposición de dinero ganancial y que, de esta manera, ambos supuestos son asimilables. *Vid.* «Cargas y obligaciones del matrimonio». *R.D.Pr. Junio*, 1982, p. 546.

de la sociedad, también denominados de responsabilidad definitiva no lo sean de responsabilidad provisional y que, por tanto, frente a acreedores respondan los patrimonios privativos para que, finalmente, lo haga el patrimonio ganancial. Llevar la distinción a estos extremos es, creemos, desnaturalizar la filosofía del pasivo de la sociedad de gananciales.

Finalmente, podemos apuntar un argumento más a favor de la escasa importancia que el legislador del Código Civil concede a la distinción entre responsabilidad definitiva y responsabilidad provisional. Se trata de la expresión utilizada en el artículo 1398 del Código Civil, precepto destinado a regular la composición del pasivo de la sociedad de gananciales en liquidación. En su primer apartado, el artículo 1398 recoge las «*deudas pendientes a cargo de la sociedad*». Una lectura literal de esta locución parece que nos conduce a pensar que el legislador se refiere únicamente a las denominadas cargas de la sociedad (responsabilidad definitiva, para algunos autores; deudas, para otros), quedando excluidas las obligaciones que contraídas por un cónyuge generan la responsabilidad directa del patrimonio ganancial. Teniendo en cuenta que estas *deudas de un cónyuge que además son deudas de la sociedad*, son parte integrante del pasivo ganancial porque la ley así lo establece (art. 1369 CC), hemos de entenderlas incluidas en la expresión deudas a cargo de la sociedad, y, en consecuencia, quedan equiparados ambos conceptos (responsabilidad definitiva y responsabilidad provisional), al menos en la fase liquidatoria de la sociedad de gananciales.

B) LA DOCTRINA DE LOS AUTORES

En el ámbito doctrinal, la cuestión que analizamos es, además de poco pacífica, bastante confusa. No parece oportuno en un trabajo como éste, centrado en el examen de la Jurisprudencia, realizar un examen exhaustivo de las opiniones doctrinales sobre esta materia que además carece de mayor alcance práctico. Vamos a limitarnos a exponer brevemente las dos principales opiniones, así como la tesis que, a la vista de esa discusión, nos parece más aceptable.

La mayor parte de los autores sostienen que la sociedad de gananciales no puede contraer deudas por carecer de personalidad jurídica y sólo puede ser responsable el patrimonio ganancial de las deudas contraídas por ambos cónyuges o por uno, en determinados casos⁷. Estos autores coinciden también, amparándose en la

⁷ Así se manifiestan DE LOS MOZOS, PEÑA, TORRALBA, entre otros muchos autores.

inexistencia de personalidad jurídica de la sociedad de gananciales, en trazar una línea divisoria entre los supuestos de carga, responsabilidad interna o definitiva de la sociedad de gananciales (arts. 1362, 1363, 1366 CC) englobados bajo la denominación común de *deuda* y los supuestos de responsabilidad externa o provisional (arts. 1365, 1366 CC) denominados, genéricamente, *responsabilidad*⁸.

Consideramos que estas dos cuestiones son distintas e independientes la una de la otra. Se puede dudar de la existencia de personalidad jurídica de la sociedad de gananciales. Ahora bien, con independencia de que sea o no deudora la sociedad de gananciales, no hay duda de que existen deudas «gananciales», «consorciales», «comunes» o como quiera llámárselas, que generan la responsabilidad del patrimonio ganancial⁹. Se trata de deudas que, aun contraídas por uno de los cónyuges, legalmente pueden y deben pagarse con dinero ganancial. Estas deudas, como elemento pasivo del patrimonio ganancial en el cual se integran por ministerio de la ley, disminuyen el haber líquido de dicho patrimonio. Aun cuando participa de la tesis mayoritaria ya apuntada, De los Mozos señala que: *El patrimonio común (...) no puede por sí mismo contraer deudas, (...) aunque por las deudas comunes responderá, en primer término, el patrimonio ganancial*¹⁰. No se puede dudar, por tanto, de que existen deudas de las que son responsables los bienes

⁸ En este sentido, se manifiestan ABELLÓ MARGALEFF, «Notas sobre las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales». *R.D.Pr.*, 1982, p. 803; DE LOS MOZOS, «La nueva sociedad de gananciales». *R.D.N.*, núm. 117-118, julio-diciembre, 1982, pp. 189 y ss; y del mismo autor, «Comentario de los artículos 1315 a 1343 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo XVIII. Vol. 1.^º Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1982, pp. 234 y ss; FERNÁNDEZ VILLA, «El pasivo de la sociedad de gananciales: en torno al artículo 1369 CC». *ADC*, XLVI-II, abril-junio, 1993, pp. 645 y ss.; GUILARTE GUTIÉRREZ, *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*. Lex Nova, Valladolid, 1991, pp. 343 y ss.; GIMÉNEZ DUART, *op. cit.*, p. 542; LÓPEZ PÉREZ, «Aspectos externo e interno de responsabilidad en la sociedad de gananciales: interés del acreedor y de los cónyuges». *ADC*, XLVI-II abril-junio, 1993, p. 748; MANRIQUE PLAZA, «Responsabilidad por deudas en la sociedad de gananciales». *Academia Sevillana del Notariado*, 1987, pp. 19-20; MARTÍNEZ SÁNCHEZ, «Influencia del Derecho Público sobre el Derecho de Familia». *R.D.N.*, núm. 132, abril-junio, 1986, pp. 266 y 271 y ss.; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, *Responsabilidad patrimonial de la sociedad de gananciales*. Civitas, 1995, p. 16; REBOLLEDO VARELA, «Deuda y responsabilidad en la sociedad de gananciales». *La Ley*, 1986, p. 597; RUEDA PÉREZ, «Notas sobre la nueva regulación de las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales tras la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981». *R.D.Pr.*, junio, 1982, pp. 576 y ss.

⁹ El artículo 1369 del Código Civil es muy claro regulando la responsabilidad de las *deudas de un cónyuge que sean, además, deudas de la sociedad*.

¹⁰ DE LOS MOZOS, (No es la obra de comentarios)., nota a pie de p. núm. 109, p. 244. El mismo autor, en otra obra, hace una afirmación que parece discutible. Sostiene que la deuda tiene carácter definitivo, mientras que la responsabilidad puede ser provisional o definitiva, «Comentario de los artículos 1362 y 1363 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*. Tomo XVIII. Vol. 1.^º Dirigidos por M. ALBALADEJO. Segunda Edición. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1982, pp. 240 y 242.

gananciales y, en consecuencia, deuda y responsabilidad se presentan como los dos elementos configuradores de un mismo vínculo obligacional.

Por otra parte, un grupo muy reducido de autores se muestra contrario a la distinción deuda-responsabilidad en la sociedad de gananciales o evita hacer alusión a la misma. Se trata de Gordillo Cañas¹¹, Vela Sánchez¹² y Álvarez Caperochipi¹³.

Como hemos anticipado más arriba, no podemos dudar de la existencia de una responsabilidad definitiva (art. 1362) y una responsabilidad provisional (art. 1365) porque sin esa distinción no tendría sentido la norma de los reembolsos del artículo 1364 del Código Civil. Ahora bien, en ambos casos hay deuda y responsabilidad y, por ello, parece bastante cuestionable la dissociación que hacen algunos autores, al considerar que el artículo 1362 del Código Civil recoge supuestos de deuda sin responsabilidad, y el artículo 1365 casos de responsabilidad sin deuda. Creemos que es más acertado hablar de «deudas externamente comunes, o de responsabilidad externa de la sociedad de gananciales» y de «deudas comunes desde el punto de vista interno»¹⁴. Esta tesis nos lleva a diferenciar deudas y responsabilidades en el ámbito interno o definitivo frente a las deudas y responsabilidades en el ámbito externo o provisional. Aunque, como hemos señalado, las diferencias no son importantes en la práctica, podemos encontrarnos con una deuda de la que respondan frente a los acreedores los bienes gananciales y que por no ser de cargo de la sociedad de gananciales, haya que reintegrar a ésta de la cantidad debida; sin embargo, si de una deuda responden definitivamente los bienes gananciales ¿por qué se va a privar a los acreedores de agredir esos bienes? La deuda calificada como «ganancial» forma parte

¹¹ *Op. cit.*, pp. 355.

¹² La confusión entre los ámbitos de responsabilidad definitiva (art. 1362 y concordantes) y provisional (art. 1365 y siguientes) es llevada a sus máximas consecuencias por VELA SÁNCHEZ. Para este autor «(...) el carácter transitorio de la afección consocial se produce porque, traspasándose los límites normales en la gestión de la sociedad de gananciales, se exceden también los contornos de actuación *ordinaria* o *regular* del artículo 1365 CC, ya que si se actúa conforme a éste, la responsabilidad ganancial será siempre definitiva.», *Actuación individual de los cónyuges y responsabilidad ganancial*. Colección Jurisprudencia Práctica Tecnos. Madrid, 1997, pp. 11 y 12.

¹³ *Curso de Derecho de familia. Matrimonio y régimen económico*. Editorial Civitas. Madrid, 1988, p. 254.

¹⁴ Así se expresa MARTÍN MELENDÉZ: «(...), en nuestra opinión son deudas externamente comunes, o de responsabilidad externa de la sociedad de gananciales, aquellas de las que pueden responder, frente a los acreedores, directamente los bienes comunes (...). Por su parte, deudas comunes desde el punto de vista interno, son aquellas que ha de soportar definitivamente la masa de bienes comunes, independientemente de que provisionalmente se hayan satisfecho o puedan satisfacerse con bienes privativos», *La liquidación de la sociedad de gananciales*. Mc Graw Hill. Madrid, 1995, p. 339.

del patrimonio ganancial y, como tal, debe llevar una responsabilidad aneja, al menos mientras no se deduzca lo contrario de su respectiva regulación legal.

Por lo demás, es síntoma inequívoco de que la cuestión planteada tiene cada vez menos trascendencia, aun teórica, el dato de que autores –como el Prof. Lacruz– partidarios de la distinción cargo-responsabilidad en la sociedad de gananciales, consideran que «una vez demostrado que una deuda debe ser carga de los bienes comunes (art. 1362), podrá hacerse ésta efectiva sobre dichos bienes desde el primer momento, aunque no se halle incluida en los supuestos del artículo 1365, para evitar un rodeo innecesario: en estos casos será indispensable que el acreedor se dirija contra ambos cónyuges»¹⁵.

C) LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

El problema que acabamos de exponer sobre la deuda contraída por un cónyuge y su calificación jurídica, tiene escasa trascendencia práctica, lo cual resulta claro al examinar la jurisprudencia. Algún autor como Ocaña Rodríguez pone de manifiesto la indiferencia del Tribunal Supremo respecto a la distinción que realiza la doctrina mayoritaria entre supuestos de cargo y supuestos de responsabilidad¹⁶. El mismo autor recoge la opinión de quienes consideran que el Tribunal Supremo no realiza la distinción mencionada por razones prácticas¹⁷.

En efecto, podemos observar que, en líneas generales, los fundamentos jurídicos de las Sentencias del Tribunal Supremo invocan de forma indistinta los preceptos relativos al *cargo* y aquellos determinantes de la *responsabilidad*. Esta cuestión la vamos a analizar examinando cada tipo de deuda, de acuerdo con la clasificación establecida en el capítulo IV de este trabajo.

A) En materia de avales concedidos por un solo cónyuge, nos encontramos con un grupo de sentencias en las que se apoya

¹⁵ *Elementos de Derecho Civil, IV. Derecho de Familia*. Cuarta Edición. Bosch, Barcelona, 1997, p. 314.

¹⁶ Señala OCAÑA que «(...). El Tribunal Supremo confunde ambas esferas de responsabilidad, condicionado por las alegaciones de las partes (STS 7-11-89, 26-9-88 y 21-5-92) que invocan el artículo 1362 para defender un embargo de bienes gananciales, y otras veces de modo indiferenciado acude a citar el artículo 1365 o el artículo 1362 (STS 20-3-1989, 19-7-89, 2-7-90, 22-10-90), en línea mayoritaria, según BELLO JANEIRO. Es inadmisible este planteamiento, según toda la doctrina, pues la repetición contenida en estos artículos sería entonces absurda por superflua, y sin esta distinción no tendrían sentido los reembolsos previstos», *Deudas y sociedad de gananciales*. Segunda Edición. Colex, Madrid, 1997, pp. 35-36.

¹⁷ OCAÑA, *op. cit.*, p. 36, donde este autor cita al Magistrado SEOANE PRADO.

el carácter ganancial de la deuda de un sólo cónyuge en el precepto destinado a regular la responsabilidad externa (artículo 1365 CC)¹⁸; en otro grupo menor de sentencias, además de citarse los preceptos relativos a la responsabilidad externa, parece querer reforzarse el carácter ganancial de los avales concedidos por un cónyuge a sociedades especialmente vinculadas con el consorcio, invocando el artículo 1362.4.^º, regulador de los gastos o cargas de la sociedad de gananciales¹⁹.

B) En el ámbito de las deudas derivadas del ejercicio del comercio o de la profesión de un cónyuge, la confusión entre el *cargo* y la *responsabilidad* de los bienes gananciales alcanza su máxima expresión. Es frecuente, en estas sentencias, ver citado sólo el artículo 1362.4.^º del Código Civil o encontrar locuciones como ésta: *deudas a cargo de la sociedad de gananciales*²⁰. *Deudas pendientes a cargo de la sociedad de gananciales* es la expresión que utiliza el Código Civil en el artículo 1398 al regular la composición del pasivo de la sociedad de gananciales en liquidación, y a su significado ya nos hemos referido, muy brevemente, en páginas anteriores. Con esta expresión, el Tribunal Supremo quiere significar no el cargo propiamente dicho sino la responsabilidad del patrimonio ganancial frente a acreedores. En este sentido, el Fundamento de Derecho Segundo de la sentencia de 26 de junio de 1997 declara que la deuda de la que deriva el embargo del bien ganancial procede ... *del ejercicio de la profesión del esposo, lo que impone su cargo a la sociedad de gananciales...* Sin embargo, otras sentencias como la de 25 de noviembre de 1991 y la de 6 de junio de 1994, citan únicamente el artículo 1365 del Código Civil. Por último, la sentencia de 22 de octubre de 1990, en su Fundamento Jurídico Tercero, manifiesta que las deudas derivadas del ejercicio del comercio o de la profesión son tanto de cargo como de responsabilidad de los bienes gananciales. Consideramos que

¹⁸ Se trata de las sentencias de 6-6-1990, 15-3-1991. Por otra parte, las sentencias de 16-11-1990 y de 17-7-1997, en las que el aval consta como acreditadamente no ganancial, recogen las alegaciones de los acreedores invocando, igualmente, el artículo 1365. En la sentencia de 19-2-1990, cuyo objeto no es el discutir el carácter de la deuda, el acreedor perjudicado por la modificación de régimen económico matrimonial fundamenta sus pretensiones en la responsabilidad externa del patrimonio ganancial por actuaciones individuales de un cónyuge, sin aludir a las cargas (art. 1362 CC).

¹⁹ Es el caso de la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1990, que en el Fundamento jurídico Tercero parece querer diferenciar el aspecto externo (art. 1365) y el interno (art. 1362) en la responsabilidad de los bienes gananciales, aun cuando el realmente relevante frente a acreedores es el primero, quedando el segundo exclusivamente reservado a las relaciones *inter* cónyuges. También la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 11 de diciembre de 1990 cita ambos preceptos.

²⁰ Así, las sentencias de 20-3-1989, 13-10-1994, 22-12-1995 y las muy recientes de 18-4-1997 y de 26-6-1997.

no se debe prestar demasiada importancia a esta falta de uniformidad en el tratamiento legal de este tipo de deudas. El Tribunal Supremo invoca unos u otros preceptos condicionado por las alegaciones de las partes que en unas ocasiones, cuando la cualidad de comerciante del cónyuge deudor es indubitable, citan el artículo 1365 del Código Civil en relación con los artículos 6-12 del Código Civil, y en la mayor parte de los casos se cita el precepto que regula la responsabilidad definitiva porque, posiblemente, se quiera reforzar la responsabilidad del patrimonio ganancial ante unas obligaciones de las que ha derivado un claro beneficio para este patrimonio.

C) En relación con la adquisición de bienes gananciales por un solo cónyuge, suscita una breve reflexión la sentencia de 19 de julio de 1989 en la que se cita, para apoyar la responsabilidad de bienes gananciales por la adquisición de la vivienda familiar, el artículo 1362.2.^º del Código Civil y no el correspondiente a la responsabilidad externa²¹. Esto obedece a que en el aspecto externo no existe la responsabilidad del patrimonio ganancial por la adquisición de bienes gananciales, a excepción de que esta adquisición la haya realizado un cónyuge sin el consentimiento del otro, en los términos regulados en el artículo 1370 del Código Civil, y no parece ser éste el caso. Si el Tribunal Supremo invoca la responsabilidad interna o definitiva de los bienes gananciales (art. 1362 CC) para resolver un problema de responsabilidad frente a acreedores (art. 1365 CC) es porque considera que la primera comprende la segunda, en contra de lo que han defendido algunos de nuestros autores.

D) En el ámbito de las obligaciones extracontractuales, de nuevo el Tribunal Supremo alude, a veces, al *cargo* cuando realmente quiere referirse a la *responsabilidad* de los bienes gananciales. Así se manifiesta en el Fundamento Jurídico Tercero de la sentencia de 8 de julio de 1997 al expresar que ...*para que las obligaciones extracontractuales (...) sean a cargo de la sociedad de gananciales, es preciso, de una parte, que surjan de un cónyuge como secuela de su actuación o gestión en beneficio de ésta (...), y de otra, que la imputabilidad de la obligación se deba a responsabilidad por riesgo o incluso de una acción u omisión ilícita culpable...* Ahora bien, el estado de la cuestión en el ámbito de las obligaciones extracontractuales es más sencillo que en el de las obligaciones nacidas de contrato en tanto en cuanto, gozan de una

²¹ Se declara en el Fundamento Jurídico Segundo de esta sentencia que *es evidente que constante régimen legal, responden los bienes gananciales de las deudas de los esposos, generadas por las adquisición de bienes comunes (art. 1362, núm. 2.^º).*

regulación que unifica la responsabilidad interna y la externa, según el artículo 1366 del Código Civil.

E) En relación con las deudas laborales de un cónyuge, el Tribunal Supremo, al igual que en la sentencia anterior, alude sólo a la responsabilidad interna en las sentencias de 21 de mayo de 1992 y 1 de marzo de 1994. Con ello se entiende que dentro de la responsabilidad definitiva está la responsabilidad provisional. Sin embargo en las más recientes sentencias de 17 de julio y 7 de noviembre de 1997, el Supremo hace referencia expresa al artículo 1365 del Código Civil, porque, probablemente, haciendo eco de la doctrina mayoritaria, entiende que el 1362 del Código Civil no es suficiente para vincular frente a acreedores el patrimonio ganancial.

F) En el marco de las deudas tributarias de uno de los cónyuges, es destacable la sentencia de 18 de marzo de 1995 en la que se cita el artículo 1362.4.^º, si bien debería citarse, además, el artículo 1365.2.^º porque se trata de apoyar la responsabilidad frente a acreedores de los bienes gananciales por deudas fiscales derivadas de la explotación de un negocio ganancial.

G) Por último, en el apartado que hemos denominado otras deudas de difícil clasificación, es interesante destacar la sentencia de 24 de julio de 1990. En ella, el Tribunal Supremo, al hacer referencia a las *deudas de la sociedad*, cita en bloque los artículos 1362-1365 del Código Civil, sin diferenciar la responsabilidad interna de la externa, como, en principio, parece que resulta de la expresión «*deudas pendientes a cargo de la sociedad*» utilizada en el artículo 1398 del Código Civil.

Como conclusión, hemos de destacar una pronunciada tendencia del Tribunal Supremo a invocar los preceptos reguladores de la responsabilidad interna cuando, en realidad, no se está resolviendo ninguna cuestión *inter conyuges*, sino la posible vinculación del patrimonio ganancial por relaciones obligatorias establecidas con terceros.

La responsabilidad interna o definitiva del patrimonio ganancial no interesa a los acreedores de un cónyuge. Sin embargo, nuestros tribunales de instancia parecen entender que la responsabilidad definitiva del patrimonio ganancial es más amplia que la provisional, de manera que si determinadas deudas son de cargo del patrimonio ganancial, éste debe ser objeto de responsabilidad frente a los acreedores. En el mismo sentido, se pronuncia reiteradamente el Tribunal Supremo, quizás condicionado, en trámite de casación, por la apreciación de la prueba realizada en la Instancia.

III. CARÁCTER DE LA OBLIGACIÓN CONTRAÍDA POR UN SOLO CÓNYUGE: LA PRESUNCIÓN DE GANANCIALIDAD PASIVA

A) CÓDIGO CIVIL

Frente a la regulación vigente antes de la Ley de 13 de mayo de 1981, hoy no existe, en nuestro Código Civil, una presunción de ganancialidad pasiva, como tampoco existe una presunción de privatividad pasiva. En principio, por tanto, el carácter privativo o ganancial de la obligación contraída por un solo cónyuge ha de ser acreditado mediante los oportunos medios de prueba.

La existencia en nuestro Derecho (artículo 1361 CC) de una expresa presunción de ganancialidad activa ha sido utilizada por nuestra mejor doctrina para negar la existencia de una tácita presunción en el lado pasivo del patrimonio ganancial. Sin embargo, hemos de considerar, o al menos apuntar, la posibilidad de que cuando el mencionado artículo 1361 se refiere a la ganancialidad presunta de los «*bienes y derechos existentes en el matrimonio*», podría estar reflejando no sólo el lado activo del patrimonio sino también el pasivo porque los bienes gananciales son bienes en tanto en cuanto forman parte de un patrimonio colectivo como es el ganancial. Y el patrimonio ganancial, como todo patrimonio, es ámbito de poder y responsabilidad; es, según De Castro, «una masa de bienes de valor económico (haber y debe)»²². Los bienes gananciales considerados, de esta forma, como un patrimonio, tienen una doble vertiente: «una activa (poder, ámbito de libertad) y otra pasiva (garantía para los acreedores)»²³. A la luz de estas ideas, parece que la presunción de ganancialidad no puede quedar reducida al lado activo de los bienes porque éstos tienen, en palabras de De Castro, una «doble faz».

Sanciñena Asurmendi afirma que puede sobreentenderse una presunción de ganancialidad pasiva del «carácter residual contenido en el Código Civil, que considera deudas privativas, aquéllas que no son gananciales...»²⁴. El carácter residual es el argumento que sirve a Peña Bernaldo de Quirós para apoyar la presunción justamente contraria²⁵. En este sentido, consideramos discutible que el mencionado «carácter residual» de las deudas privativas sirva

²² F. DE CASTRO, *Temas de Derecho Civil*, 1972, pp. 38 y ss.

²³ F. DE CASTRO, *Op. cit.*, p. 38

²⁴ *Actuación del abogado de Familia en temas patrimoniales de actualidad*. Dickinson, 1998, p. 190.

²⁵ «Comentario al artículo 1365 CC» en *Comentarios al Código Civil*. Ministerio de Justicia, 1993, p. 690

para justificar una presunción u otra. Si bien es cierto que son deudas privativas las que no son gananciales, una deuda documentada en título ejecutivo puede ser privativa o ganancial dependiendo de cuál sea la causa del negocio jurídico subyacente. Ahora bien, no debería presumirse privativa mientras no se pruebe que lo es.

B) LA DOCTRINA DE LOS AUTORES

La Doctrina, ante la ausencia de una regulación expresa, se halla dividida a la hora de delimitar la naturaleza de la deuda contraída por un solo cónyuge, cuya prueba no se haya llevado a cabo.

La tesis predominante es la que considera que se presume privativa la obligación contraída por un cónyuge y es el acreedor quien tiene la carga de probar que su crédito es uno de los que genera la responsabilidad directa del patrimonio ganancial por expresa atribución legal. Sostienen esta tesis, poco tiempo después de la reforma de 13 de mayo de 1981, Abelló Margaleff²⁶, los hermanos Rueda Pérez²⁷ y Giménez Duart²⁸. Podemos observar que estos autores, muy influidos por la legislación anterior a la reforma, coinciden en señalar que es la actuación en beneficio de la familia la que diferencia las deudas de las que responde directamente el patrimonio ganancial, de aquellas otras en las que el patrimonio ganancial responde, pero de forma subsidiaria. Ahora bien, determinar qué significa *actuar en beneficio de la familia* no es fácil, como tampoco lo será, en muchos casos, la prueba de este hecho. No obstante, el criterio de actuación en

²⁶ Este autor señala que «(...) late en el Código el principio de que al contraer deudas uno solo de los cónyuges ha de haber actuado en interés de la familia para que respondan los bienes comunes...», *op. cit.*, p. 807. Parece deducirse de este párrafo que será el interesado en que respondan los bienes comunes –normalmente el acreedor– quien habrá de probar que el cónyuge con el que contrató, actuó en beneficio de la familia. Pues si bien es cierto que antes de 1981, existía una presunción de actuación del cónyuge en beneficio de la familia, hoy según algunos autores, como RAGEL SÁNCHEZ, no puede presumirse el interés familiar en la actuación individual de los cónyuges.

²⁷ Al igual que ABELLÓ MARGALEFF, los hermanos RUEDA, sin pronunciarse expresamente sobre la posible existencia de una presunción de ganancialidad pasiva, apelan al interés familiar como criterio determinante de la responsabilidad ganancial de las deudas de un solo cónyuge: «(...) en la actual regulación cada uno de los cónyuges, cualquiera de ellos, tiene el poder de obligar a los bienes gananciales por aquellas deudas que aparentemente se contraigan en interés de la familia.», *op. cit.*, p. 557. Más concluyente resulta esta afirmación: «(...) los casos en que la actuación de uno solo de los cónyuges produce el efecto de gravar los gananciales, son una excepción, y como tal deben interpretarse, por tanto, restrictivamente.», *op. cit.*, p. 574.

²⁸ GIMÉNEZ DUART también se muestra a favor del interés familiar como criterio diferenciador entre las deudas gananciales y las deudas privativas: «Deudas gananciales en sentido lato son todas las contraídas en interés familiar o en la administración ordinaria de las fuentes de ingresos de la misma.», *op. cit.*, p. 545.

beneficio de la sociedad conyugal tiene una excelente acogida, como veremos, en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo al contemplar los negocios de afianzamiento realizados por un solo cónyuge.

En el año 1984, Torralba Soriano, mantiene una posición más consistente apoyada en la práctica jurídica manifestando que «puede suceder que deudas que además de ser de un cónyuge sean también gananciales, esto es, las deudas del artículo 1369, no obstante, se tendrán que ejecutar como si fueran particulares si al iniciar el declarativo no se demandó a los dos cónyuges»²⁹. Para el autor el «problema fundamental es el de que como no ha quedado probado el carácter ganancial de la deuda, el otro cónyuge podrá utilizar la facultad que le confiere el apartado 2.º del artículo 1373. En consecuencia (...), estas deudas a efectos prácticos funcionarían como deudas privativas»³⁰.

Después de señalar que la existencia de una presunción de ganancialidad activa no tiene paralelismo en el pasivo de la sociedad de gananciales, justifica Torralba tal afirmación diciendo que «(...) la deuda contraída por un solo cónyuge (...) es claro que, por lo menos, es privativa y así lo ha entendido el legislador, puesto que en el artículo 1369 habla de *las deudas de un cónyuge*»³¹. Estimamos que no parece convincente la invocación que hace el precepto citado a las deudas de un cónyuge para fundamentar el carácter privativo de la deuda contraída por un solo cónyuge, porque también las denominadas deudas gananciales o si se prefiere deudas de un cónyuge de las que responden los bienes gananciales son, en principio deudas individuales.

En esta misma línea, en 1986, Martínez Sanchiz se muestra en contra de la tesis de Echevarría –pionero y máximo defensor de la tácita existencia de una presunción de ganancialidad pasiva– partiendo sólo de algunos de los argumentos en los que Echevarría fundamenta su postura³².

Con independencia de que el cónyuge actúe o no en calidad de gestor, cuestión de la que no depende exclusivamente el carácter de la deuda, no parece cierto que el consentimiento de ambos cónyuges sea requerido siempre, en cuyo caso, como ya hemos dicho

²⁹ En «Comentario del artículo 1373 del Código Civil», en *Comentarios a la reforma de Derecho de familia...*, *cit.* p. 1749.

³⁰ *Op. cit.*, pp. 1751-1752.

³¹ *Op. cit.*, p. 1750.

³² «... si se relaciona el artículo 1375 con los arts. siguientes, a los que se remite, se llega fácilmente a la conclusión de que el consentimiento de ambos cónyuges es requerido siempre, salvo en algunos preceptos como el 1384 que no establece solidaridad alguna», «Influencia del Derecho Público sobre el Derecho de Familia». *RDN*, núm. 132, abril-junio, 1986, p. 266.

anteriormente, carecería de sentido la norma del artículo 1365 del Código Civil.

En el año 1987, Ragel Sánchez, en el Comentario a la Resolución de la DGRN de 16 de febrero de 1987³³, tras recoger la evolución de la doctrina de la DGRN sobre el carácter de las deudas contraídas por un solo cónyuge, se muestra partidario de la tesis de la Resolución mencionada a favor de presumir privativas estas deudas³⁴.

Sin embargo, no parece muy equitativo, y tampoco tiene apoyo legal, el considerar, como lo hace Ragel, que la DGRN tiene competencias para calificar la deuda de un solo cónyuge como privativa y que, sin embargo, se extralimitaría en sus funciones el Registrador que, sin otras pruebas, considerara ganancial tal débito³⁵.

En el año 1995, Martínez Vázquez de Castro, se manifiesta también en contra de la admisibilidad en nuestro Derecho de una presunción de ganancialidad pasiva³⁶ por tres razones que suscitan algún comentario. Señala este autor que no es admisible tal presunción «...en primer lugar, porque (...) el criterio general es el de determinar las deudas que son deudas de la sociedad de modo que, en principio y por exclusión, habrán de ser privativas todas las demás. Es también esta regla la más conforme con lo dispuesto por el artículo 1367: se entiende que la obligación contraída por uno sólo de los cónyuges no es deuda de la sociedad mientras no conste expresamente el consentimiento del otro. Desde el punto de vista del cónyuge que contrajo la deuda es también la solución más conforme con el principio de libertad personal, la más conforme con las reglas ordinarias sobre responsabilidad patrimonial (...) y la más conforme con el principio de cogestión»³⁷. Estos tres motivos

³³ La posición del autor había sido ya defendida en su obra anterior *Ejecución de bienes gananciales por deudas de un cónyuge*. Madrid, 1987, p. 32.

³⁴ «Comentario a la Resolución de 16 de febrero de 1987 de la DGRN», C.C.J.C., núm. 14, p. 4540.

³⁵ También en 1987, MANRIQUE PLAZA reconoce que «siempre que un cónyuge actúa como gestor de la sociedad (...) la responsabilidad de los gananciales es directa y, salvo los casos en que la deuda derive de un título ejecutivo como letra de cambio, mantener lo contrario sería obligar a recurrir a la vía del artículo 1373», *op. cit.*, p. 36. En definitiva, y aunque en principio pudiera parecer lo contrario, el autor defiende la presunción de privatividad de las deudas porque para que respondan directamente los bienes gananciales, el cónyuge debe actuar como gestor y tal actuación parece que ha de acreditarse, pues si no fuera así, y la actuación gestora de un cónyuge se presumiese, no sería necesario establecer como excepción a la presunción de ganancialidad pasiva las deudas derivadas de títulos ejecutivos.

En 1988, OLAVARRÍA TÉLLEZ hace suya la tesis predominante en la DGRN, que no admite una presunción de ganancialidad pasiva: «(...) siendo la conclusión exigida por el criterio legal sobre presunciones: no hay presunción legal si la Ley no la establece», «Algunos problemas en la liquidación de la sociedad legal de gananciales». A.S.N., 1988, p. 375.

³⁶ *Responsabilidad patrimonial de la sociedad de gananciales*. Editorial Civitas. Madrid, 1995, pp. 97-100.

³⁷ *Op. cit.*, p. 99.

habían sido expuestos ya por Peña Bernaldo de Quirós en el Comentario del artículo 1365 del Código Civil publicado por el Ministerio de Justicia³⁸, coincidentes, también, con la doctrina de la inmensa mayoría de las Resoluciones de la DGRN.

Creemos que todos estos argumentos deben ser objeto de revisión crítica. En relación con el primero, consideramos que la deuda cuyo carácter se discute se contrae, casi siempre, por una de las causas por las que el patrimonio ganancial queda vinculado principal o directamente; y aunque no fuera así, y no pudiera presumirse que tal deuda es ganancial, tampoco puede presumirse que es privativa, siendo necesaria la prueba de uno y de otro carácter. Con respecto al segundo de los argumentos, consideramos que no se puede reducir –como lo hacen los autores citados– el pasivo de la sociedad de gananciales a las deudas contraídas por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro, en cuyo caso no tendrían sentido aquellos preceptos de nuestro Código Civil que establecen la responsabilidad directa de los bienes gananciales *frente al acreedor de las deudas contraídas por un cónyuge*. Por último y en relación con el respeto a la libertad personal del cónyuge del deudor, el mismo perjuicio que se le provoca a éste con la presunción de ganancialidad pasiva, se le ocasiona al acreedor con la presunción de privatividad pasiva; no se puede argumentar, además, que esta solución –la de presumir privativa la deuda– es la más conforme con el principio de cogestión porque éste admite múltiples excepciones; así, la potestad de vincular individualmente el patrimonio ganancial por determinadas actuaciones³⁹.

Echevarría Echevarría formula, ya en el año 1982⁴⁰, su conocida tesis de la *presunción de ganancialidad pasiva*⁴¹. No obstante, este autor es consciente de las dificultades que ofrece la admisibilidad de tal presunción⁴² y señala que «es aconsejable, que en los

³⁸ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: «Comentario al artículo 1365 del Código Civil». *Comentario del Código Civil*. Ministerio de Justicia. Madrid, 1993, pp. 690 y 691.

³⁹ También en 1995, MARTÍN MELÉNDEZ manifiesta que «(...) si hubiere que optar por la existencia de alguna presunción, nos decantarfamos en favor de la de privatividad de las deudas contraídas por un solo cónyuge; sin embargo no creemos que haya que acudir a presunción alguna», *La liquidación de la sociedad de gananciales*. Editorial Mc Graw Hill. Madrid, 1995, p. 356.

⁴⁰ «Sociedad de gananciales, ganancialidad, bienes gananciales y ganancias» en *Revista de Derecho Notarial*. Abril-Junio de 1982.

⁴¹ «(...) ocurre que la calificación de la deuda queda clara en las que sean probadamente privativas, bien en su origen bien en su destino; pero las demás, o son probadamente gananciales, en origen o destino, o bien tienen que ser presuntivamente gananciales, porque la presunción no puede ser en favor de la privatividad. Y no puede serlo, porque sería absurdo que respecto de los bienes o activo la presunción general sea de ganancialidad y respecto de las deudas o pasivo de los cónyuges la presunción sea la contraria», *op. cit.*, pp. 21-22.

⁴² El autor cree que han sido dos las razones que no han permitido al legislador de 1981 establecer una presunción de ganancialidad pasiva: «(...) la primera, la peligrosidad del principio que compromete indirectamente el patrimonio privativo del cónyuge no contratan-

préstamos u obligaciones que asuma unilateralmente toda persona casada, se determine la finalidad a que va a destinarse el dinero o la obligación asumida, y aunque esta manifestación unilateral del cónyuge deudor, tendría los limitados efectos de toda confesión, puede ser interesante deducir sus posibles consecuencias respecto del otro cónyuge y del propio acreedor⁴³.

Meses más tarde, Echevarría publica otros trabajos⁴⁴ en los que refuerza su tesis con los siguientes argumentos:

- a) Si la contraprestación de la deuda contraída por un solo cónyuge es ganancial, mientras no se demuestre lo contrario, la deuda también debe serlo.
- b) El cónyuge casado bajo el régimen de la sociedad de gananciales, cuando actúa no lo hace individualmente sino como gestor de los intereses comunes, es decir en beneficio de la sociedad conyugal.
- c) La vinculación jurídica obligatoria de un cónyuge tiene como causa, la mayor parte de las veces, una de las enumeradas en el artículo 1362 del Código Civil.
- d) Cuando el deudor está casado en gananciales, la aplicación de la *responsabilidad patrimonial universal* implica que éste responde con todos sus bienes, entre los cuales figuran los gananciales.
- e) Sería para el acreedor «un calvario probatorio» el conseguir acreditar el carácter ganancial de su crédito y como «el tráfico jurí-

te y la segunda que la gestión se convierte en solidaria, aparentemente en contra de lo que parece decir el actual artículo 1375», «La ganancialidad pasiva». *R.D.N.*, julio-diciembre, 1982, p. 24. No estamos de acuerdo con las razones que arguye ECHEVARRÍA para justificar la falta de regulación expresa de esta presunción. La presunción de ganancialidad pasiva sólo comprometería el patrimonio privativo del cónyuge del deudor si además de presumir que la deuda es ganancial, presumimos que es una deuda derivada del ejercicio de la potestad doméstica (art. 1319 CC), presunción, esta última que, según el propio ECHEVARRÍA, no existe; en el resto de los casos, como se sabe, de la deuda ganancial contraída por un cónyuge responden directamente los bienes gananciales (ex art. 1365 CC), además de los privativos del cónyuge actuante (ex art. 1369 CC). Tampoco creemos que la presunción de ganancialidad pasiva atente contra el principio de cogestión del artículo 1375 CC. El principio de cogestión, siendo la regla general, admite múltiples excepciones y, en el concreto ámbito de los actos obligatorios –aun suponiendo que éstos son actos de gestión, porque sólo tienen en común su pertenencia a la categoría de los negocios jurídicos patrimoniales–, el criterio del endeudamiento conjunto es uno más, pero no el único ni el más importante del pasivo ganancial.

⁴³ «Sociedad de gananciales, ...», cit., p. 26. Se repite la misma idea en «La ganancialidad pasiva», p. 44, donde se manifiesta que «... cuando por su génesis, el carácter de la deuda no quede claramente determinado, se puede imponer al acreedor el deber de diligencia de establecer expresamente el destino de la obligación, con lo cual, soslaya indirectamente la carga de la prueba». Si el deber del que habla ECHEVARRÍA pudiese hacerse efectivo de alguna forma, carecería de sentido la problemática presunción de ganancialidad pasiva, pero no creo que sea necesario el expreso establecimiento del destino del préstamo para que por una serie de indicios y por el simple juego de las presunciones *hominis* pueda inferirse el carácter ganancial de la misma.

⁴⁴ «La ganancialidad pasiva», cit... y cuatro años después, en 1986, «Sobre el embargo ganancial» *R.D.N.*, julio-diciembre, 1986.

dico no puede someterse a semejante inseguridad»⁴⁵, se hace necesaria la presunción de ganancialidad pasiva.

No se puede olvidar, además, que sigue estando muy presente para el autor el antiguo artículo 1408 del Código Civil que establecía expresamente la presunción de ganancialidad pasiva.

La tácita presunción de ganancialidad pasiva que defiende Echevarría no goza, como ya hemos visto, de general aceptación entre nuestra doctrina. Especialmente crítico con la tesis de Echevarría se ha mostrado De la Cámara en varios de sus estudios⁴⁶. Si en un primer momento, la crítica a la posición de Echevarría, la fundamentaba casi exclusivamente en la falta de cobertura legal de la referida presunción⁴⁷, meses después, De la Cámara sustenta la crítica, básicamente, en dos pilares, lo que desencadena, otra vez, la contestación de Echevarría. Se trata, de un lado, de la confusión que se atribuye a éste último entre la relación jurídico obligacional nacida de un contrato y la propiedad de la cosa que se adquiere de dicho contrato, que, en opinión de De la Cámara, no siempre es ganancial⁴⁸ y, de otro lado, el carácter privativo que tiene el dinero obtenido del préstamo concedido al cónyuge⁴⁹.

Pensamos que Echevarría tiene razón cuando manifiesta que ninguno de los dos argumentos son válidos para defender la privatidad de las deudas contraídas por un solo cónyuge. Tanto el bien adquirido por un cónyuge como el dinero obtenido por el cónyuge prestatario son gananciales mientras no se demuestre lo contrario y

⁴⁵ «La ganancialidad pasiva», *cit.*, p. 34.

⁴⁶ «La autonomía de la voluntad en el actual derecho español sobre la familia». *Boletín del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, mayo, 1986, pp. 81 y ss. y, especial importancia reviste la obra «La sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad». ADC Madrid, 1986, pp. 491 y ss.

⁴⁷ ECHEVARRÍA responde a esta crítica señalando que «(...) si en el pasivo conyugal, no existe presunción de ganancialidad, tampoco la hay de privatividad, (...) y en este supuesto de falta absoluta de presunción de calificación, tendremos que decidirnos por una de estas dos soluciones: o bien queda libre la prueba del carácter de la deuda con grave perjuicio para terceros y acreedores y para el tráfico jurídico en general, o como fórmula más equilibrada y realista, se permite o acepta la ganancialidad pasiva...», «Sobre el embargo ganancial», *cit.*, p. 103.

⁴⁸ Señala DE LA CÁMARA que «(...) Cuando uno de los cónyuges compra algo sin intervención de su consorte la cosa es ganancial en la medida en que el precio satisfecho, o la primera entrega, sean también gananciales, pero eso no obsta a que los derechos que el comprador tiene frente al vendedor (...) sólo puedan ser exigidos por el cónyuge que compró...», «La sociedad de gananciales...», *cit.*, 492.

⁴⁹ En efecto, para este autor, «(...) Parece claro, en principio, que el dinero que el cónyuge propietario obtiene merced al préstamo es de su propiedad privativa, pues al no haber celebrado el contrato con el consentimiento de su consorte no ha obligado el patrimonio ganancial sino solamente sus propios bienes...», «La sociedad de gananciales...», *cit.* p. 473. Parece que DE LA CÁMARA está confundiendo la naturaleza de la deuda –que él presume privativa– con la naturaleza de la contraprestación que el artículo 1361 del Código Civil presume ganancial, mientras no se pruebe lo contrario.

ello abona la tesis de la presunción de ganancialidad pasiva porque, como dice Echevarría, no puede ser ganancial la contraprestación de la deuda y privativa ésta.

En fin, y para terminar esta discutida materia, vamos a hacer referencia a aquellas otras opiniones doctrinales que no afirman tan claramente como Echevarría que la deuda cuyo carácter no consta haya de presumirse ganancial, pero tampoco se inclinan a favor de una clara presunción de privatividad pasiva.

Gordillo Cañas prefiere no entrar a discutir la existencia de una posible presunción de ganancialidad pasiva pero reconoce que el acreedor confía en la apariencia a la hora de poder vincular bienes gananciales cuando contrae la obligación con un solo cónyuge⁵⁰. Confiar en la apariencia es confiar en que el cónyuge cuando actúa, lo hace en el ámbito que la ley le faculta para comprometer el patrimonio ganancial, por tratarse de una actuación que beneficia de una u otra forma al patrimonio común. Consideramos que este mismo es el significado de la denominada presunción de ganancialidad pasiva y, en consecuencia, no hay por qué omitir la discusión sobre su existencia.

La opinión de Gordillo Cañas es seguida por Vela Sánchez, para quien «(...) no sería justo imponer al acreedor como una carga habitual, en situaciones de aparente normalidad, la comprobación de si la actuación conyugal individual se atiene, realmente, a dicha normalidad. Por tanto, estaría sobradamente justificado que cada cónyuge oblige directamente los gananciales cuando *aparentemente* actúa en interés comunitario»⁵¹.

Carrasco Perera y Álvarez Caperochípi⁵² no se pronuncian expresamente a favor de una presunción de ganancialidad pasiva,

⁵⁰ Este autor manifiesta que «(...) Nos situamos con quienes sostienen que al acreedor debe bastarle la apariencia, y que no será él quien tenga, primero que verificar, y luego que probar, que la actuación del cónyuge, cuyo cumplimiento exige sobre los bienes gananciales, se corresponde real y efectivamente a las necesidades ordinarias de la familia, o al ejercicio ordinario de la profesión (...). Ni el acreedor tendrá normalmente medios de comprobación suficientes, ni el tráfico padecería la rémora de esta carga. En tal sentido, si al acreedor le basta con la apariencia, y cualquier disconformidad respecto a ella puede ventilarse en la relación interna, pierde bastante de su significado la discusión sobre la admisibilidad de una presunción legal de ganancialidad pasiva: probablemente sea exacto decir que no hay en el actual sistema una presunción en sentido propio de ganancialidad pasiva; pero lo que sí existe en la ley es la fijación de una legitimación individual de cada cónyuge, delimitada de acuerdo con un criterio de normalidad que en el tráfico debe apreciarse *prout ad extra appareat*», «El pasivo de la sociedad de gananciales: un ensayo de sistematización». *Homenaje a Juan Roca Juan*. Murcia, 1989, pp. 363 y 364.

⁵¹ *La sistematización del pasivo ganancial*. Fundación EL MONTE. Sevilla, 1995, pp. 144-146.

⁵² En la opinión de ÁLVAREZ CAPEROCHÍPI, «no se «presume» sino que simplemente se impone la responsabilidad de los gananciales por las deudas contraídas en intereses de la familia». Vid. Nota p. de p. núm. 69, p. 259 de *Curso de Derecho de Familia. Matrimonio y Régimen económico*. Editorial Civitas. Madrid, 1988.

pero indirectamente vienen a admitirla. El primero de los autores citados considera que «... la prueba de los hechos corresponde a quien alegue una pretensión (art. 1214 CC), y sólo ante circunstancias muy excepcionales, que la ley se preocupa de señalar, el demandado está obligado a correr con la carga de la contradicción de los hechos y no probados por el actor (...). Si la naturaleza ganancial o privativa de la deuda no ha sido determinada en un momento procesal anterior a aquél en que se ejecuta (...), no es al acreedor ejecutante, sino al cónyuge que interviene en el proceso por el cauce de los incidentes, a quien corresponde probar la realidad de lo que alega»⁵³.

La invocación del artículo 1214 del Código Civil para descargar sobre el cónyuge del deudor la prueba del carácter privativo de la deuda nos parece discutible, porque el tenor literal de este artículo dice que *incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento*, y el interesado en que se cumpla la obligación y en calificarla de ganancial para que de ella respondan directamente los bienes comunes, es realmente el acreedor.

Más razón tiene este autor cuando afirma que «el artículo 1373 parte de la ingenua creencia de que en un instante remoto y anterior al embargo ya ha sido determinado el carácter privativo de la deuda por la que se embarga, lo cual solamente podrá ser así cuando al embargo haya precedido un juicio declarativo plenario (...). Pero esto no puede ocurrir cuando el embargo tiene lugar en el marco de un juicio ejecutivo...»⁵⁴.

Fernández Villa, aun cuando en un principio, siguiendo a Díez Picazo y Gullón, parece mostrarse a favor de una presunción de ganancialidad pasiva, no cree «que la reforma de 13 de mayo haya instaurado un principio de presunción de ganancialidad pasiva, no porque no lo considere oportuno, sino, quizá, porque no era necesario»⁵⁵.

En efecto, Díez Picazo y Gullón⁵⁶ ante la cuestión de quién tiene la carga de la prueba del carácter de la obligación contraída por un cónyuge, responden que «(...) sería una rémora muy importante para el tráfico jurídico obligar al acreedor a la prueba de lo que muchas veces desconoce por ser detalles de la vida doméstica (...). Por ello la prueba debería de corresponder al cónyuge que niega la

⁵³ «Comentario a la Sentencia de 26 de septiembre de 1996. C.C.J.C., núm. 12, p. 4015.

⁵⁴ *Op. cit.*, p. 4015.

⁵⁵ «El pasivo de la sociedad de gananciales: en torno al artículo 1369 C.c». *ADC*, XLVI-II, abril-junio, 1993, pp. 733 y 734.

⁵⁶ En *Sistema de Derecho Civil IV. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*. Séptima Edición. Editorial Tecnos. Madrid, 1997, p. 191.

responsabilidad de los bienes gananciales... De lo contrario el precepto, que se basa en la actuación *individual* de un cónyuge, será letra muerta...»

Parece acertada la opinión de estos autores, aun cuando –como ellos mismos reconocen– no tiene proyección en la práctica de nuestra Dirección General de los Registros y del Notariado. Si bien no es fácil inclinarse hacia una presunción u otra, debido, fundamentalmente, al silencio legal sobre este punto, consideramos que son más los argumentos a favor de la presunción de ganancialidad pasiva. Parece que ha de presumirse que la causa de la deuda contraída por un solo cónyuge es onerosa, salvo prueba en contrario (las actuaciones contempladas por el artículo 1365 del Código Civil no ofrecen dudas al respecto). De esta deuda se obtiene una contraprestación que salvo prueba en contrario es ganancial (art. 1361 CC) y, en consecuencia la obligación también debería tener este carácter. Por otra parte, y como ya hemos apuntado, la expresión *bienes y derechos* utilizada en el artículo 1361 del Código Civil, estableciendo la presunción de ganancialidad, podría estar reflejando no sólo el lado activo del patrimonio ganancial, sino también el pasivo.

C) LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Después de resumir el estado de la cuestión en nuestra doctrina, vamos a analizar en qué medida nuestro Tribunal Supremo considera gananciales las deudas contraídas por un solo cónyuge. El examen de este problema exige estudiar, por separado, cada grupo de obligaciones⁵⁷.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en la década de los años noventa, es muy abundante en relación con la materia que nos ocupa, además de poco uniforme. La falta de uniformidad es consecuencia de las alegaciones de las partes, de un lado, y de lo que se considere acreditado en instancia, de otro. Así, por ejemplo, si se prueba el carácter no ganancial de la fianza prestada por un cónyuge a un préstamo mercantil, el Tribunal Supremo no entra a valorar si tal deuda tiene o no carácter ganancial. Ahora bien, si en el ejemplo anterior, no se acredite en instancia el carácter privativo de esa deuda, el Supremo no dudaría en calificar el débito de ganancial.

Observaremos, a medida que avanzamos en su estudio, que la Jurisprudencia, comienza siendo muy abundante en 1990 y experimenta una ligera disminución a partir del año 1994. El análisis de

⁵⁷ El objeto de este estudio es el análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo a lo largo de la presente década. Sólo, excepcionalmente, se han recogido algunas sentencias de Audiencias Provinciales o Tribunales Superiores de Justicia.

las Sentencias lo realizamos en ocho apartados, tantos como son los tipos de obligaciones sobre los que se pronuncia nuestro Tribunal Supremo. En el apartado correspondiente a cada deuda, examinaremos las dos cuestiones desarrolladas en los capítulos precedentes.

IV. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DESDE 1990 HASTA 1998

A) AVAL, FIANZA O GARANTÍA PRESTADOS POR UN CÓNYUGE

Las sentencias relativas a avales prestados por un cónyuge, vigente la sociedad de gananciales, constituyen uno de los grupos más significativos y numerosos de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la materia que analizamos. Los pronunciamientos del Supremo –en gran parte dependientes de las alegaciones de las partes– se caracterizan por la falta de uniformidad en el tratamiento de similares presupuestos fácticos.

Antes de iniciar el examen de las sentencias, es necesario destacar el dato de que el número de sentencias ha experimentado una disminución en los últimos años de la década de los noventa, pero quizás haya que esperar un tiempo para confirmar esta tendencia⁵⁸.

En líneas generales, domina en el Tribunal Supremo el criterio de considerar gananciales los avales prestados por un solo cónyuge a una sociedad de la que él es consejero o socio o en la que la sociedad conyugal tiene una participación. Para el Supremo, el carácter oneroso o gratuito del aval depende del interés o beneficio que el negocio jurídico de afianzamiento proporcione a la sociedad conyugal; de forma que será oneroso el aval que un cónyuge presta a favor de un préstamo concedido a una sociedad, si dichos préstamos, presumiblemente, están incrementando el patrimonio ganancial⁵⁹.

Entiende el Alto Tribunal que existe interés o beneficio familiar cuando la sociedad conyugal tiene conexión con la sociedad avala-

⁵⁸ Si en el año 1990 eran seis las sentencias del Tribunal Supremo en las que se trataba un aval o afianzamiento de un cónyuge; en 1991 el número descendía a tres y en 1992 a dos. En 1994 nos encontramos con una sentencia, y con ninguna en 1993, 1995 y 1996. Finalmente, una sola sentencia –la de 17 de julio de 1997– completa la lista.

⁵⁹ Señala PILAR BENAVENTE MOREDA que el criterio del interés familiar como determinante del carácter ganancial del aval contraído por un solo cónyuge es el dominante en la jurisprudencia del Tribunal Supremo antes, incluso, de la reforma de 13 de mayo de 1981. «Comentario a la sentencia de 2 de julio de 1990». *C.C.J.C.*, septiembre-diciembre, 1990, núm. 24, p. 841.

da, bien porque el cónyuge avalista sea socio, consejero o administrador único de ésta, bien porque en ella tenga participaciones la sociedad de gananciales. Así nos encontramos con las siguientes sentencias:

a) Sentencia de 30 de abril de 1990: El supuesto de hecho de esta sentencia consiste en una fianza contraída por los maridos –consejeros de la sociedad deudora CRAESA– vigente el régimen de sociedad de gananciales. Posteriormente, pactan con sus respectivas esposas un régimen de separación de bienes, de manera que cuando, ante el incumplimiento de la sociedad afianzada, la sociedad acreedora pretende el embargo de bienes gananciales pertenecientes a los avalistas, se encuentra con que están adjudicados a las esposas y el resultado del embargo es negativo. La sociedad acreedora solicita la impugnación de las capitulaciones matrimoniales otorgadas, solicitud que es desestimada en primera y segunda Instancia.

A pesar de su importancia, no vamos a detenernos, en este estudio jurisprudencial, en las vías de impugnación de las capitulaciones otorgadas en fraude de acreedores. Nos centraremos, más bien, en el análisis del carácter del aval contraído individualmente por los esposos. El Tribunal Supremo lo considera ganancial en el Fundamento Jurídico Tercero afirmando: *en cuanto a la calificación jurídica del acto negocial de afianzamiento mercantil efectuado por los esposos de indiscutible carácter oneroso, ha de entenderse que el mismo –se repite en la anterior ordenación del Código Civil– implica la asunción de una obligación por parte de la Sociedad de Gananciales al amparo del artículo 1408.1 (en SS de 12-6-85, se afirmaba que no es acto gratuito a los efectos del régimen de gananciales la fianza mercantil prestada por el marido... pues se derivan beneficios para el matrimonio)...*

En el mismo fundamento jurídico –más adelante– se hace referencia a las *deudas sociales derivadas del afianzamiento mercantil*. Se reconoce, pues, que la deuda consistente en el aval es ganancial y que de ella responde directamente el patrimonio ganancial, de acuerdo con el artículo 1365 del Código Civil.

¿Podemos afirmar que el Tribunal Supremo presume que la deuda contraída por un cónyuge es ganancial? No todavía. Hemos de seguir examinando la cuestión⁶⁰.

b) Sentencia de 6 de junio de 1990: El supuesto fáctico de esta sentencia es análogo al de la sentencia de 30 de abril de 1990. Se

⁶⁰ Sería prematuro extraer conclusiones porque el negocio jurídico de afianzamiento de esta sentencia se otorgó con anterioridad a 1981 y, entonces, como sabemos, existía una expresa presunción de ganancialidad pasiva (antiguo art. 1408 CC).

trata de una garantía que los maridos prestan a favor de una sociedad de la que son socios. El objeto del presente recurso de casación es la tercería de dominio ejercitada por las esposas para levantar el embargo trabado sobre bienes gananciales. La tercería se desestima por no concurrir en las esposas la cualidad de tercero respecto al vínculo obligatorio de sus maridos. Ahora bien, la obligación se ha contraído por los esposos en el año 1976, y entonces, de las obligaciones contraídas por el marido responden los bienes gananciales (antiguo art. 1408 CC). No obstante, el Tribunal Supremo parece olvidarse de la fecha en la que se ha contraído la obligación y no duda en calificar el débito de ganancial, basándose, igualmente, en el interés de la familia y en los pronunciamientos de las sentencias de instancia, en las que se declara *la plena responsabilidad de los bienes afectados bajo cualquiera de las modificaciones del Código Civil habidas, toda vez que, ya sea por la facultad del marido para obligar a los gananciales al contratar a título oneroso, ya por la atribuida a cualquiera de los cónyuges por el artículo 1365.2 vigente...*

Existe una diferencia sustancial entre esta sentencia y la anterior consistente en que en ésta, el carácter ganancial de la deuda se ha acreditado en instancia y, en consecuencia, el Tribunal Supremo no va a entrar a discutir tal prueba. No puede hablarse, pues, de que en esta sentencia se establezca una presunción de ganancialidad pasiva.

c) Sentencia de 2 de julio de 1990: El objeto de esta sentencia es la tercería de dominio que ejerce la mujer después de haber sido embargado un bien ganancial por resultar impagada la letra de cambio avalada por el marido a favor de una sociedad cuyas acciones pertenecen a la sociedad de gananciales. La tercería no prospera por considerar el Tribunal Supremo que la esposa carece del carácter de tercero⁶¹. En el Fundamento Jurídico Tercero se recoge, una vez más, como criterio, el del interés familiar para delimitar las obligaciones que contraídas por un cónyuge son gananciales de las que son privativas: ... *el derecho actual (...) reconoce a ambos capacidad para obligar a la sociedad (1365, 1369), fija las deudas que deben pesar sobre ella (arts. 1362 y siguientes) ... y, en consecuencia lo que habrá que analizar es si la deuda contraída por el esposo, que no es un acto de disposición directo, pesa o no sobre la sociedad de gananciales y, en el caso de autos, la solución debe ser la afirmativa por las siguientes razones: el marido (...) actuó en favor de la explotación regular de los negocios, pues en tal concep-*

⁶¹ Ha de destacarse que en Segunda Instancia prospera la tercería de dominio –revolviéndose la sentencia del Juzgado– porque la deuda se considera privativa [Fundamento Jurídico Primero, letra f)].

to ha de entenderse el aval prestado a una sociedad cuyas acciones son propiedad de la sociedad conyugal y cuyos beneficios son beneficio para el consorcio (...). De todo ello se desprende que al atribuir el artículo 1362, en su número 2, a la sociedad de gananciales los gastos que origina la tenencia y disfrute de los bienes comunes, y el número 4 la explotación regular de los negocios, debe concluirse que los bienes embargados no pueden ser sustraídos a la ejecución en marcha^{62, 63}.

d) Sentencia de 15 de marzo de 1991: Los antecedentes de esta sentencia son similares a los de la anterior. Se trata de discutir el carácter de un aval firmado por el marido a unas pólizas de crédito y afianzamiento contraídas por una sociedad de la que él es administrador único y de la que la sociedad de gananciales es accionista mayoritaria⁶⁴. El Tribunal Supremo, recogiendo los razonamientos jurídicos de la Audiencia, en el Fundamento Jurídico Tercero, declara el carácter ganancial de la deuda del marido y la consiguiente responsabilidad directa del patrimonio ganancial⁶⁵.

Hemos de tener presente que en esta sentencia –como en otras muchas– el Tribunal Supremo no califica de ganancial la deuda, limitándose a recoger los razonamientos jurídicos de la Instancia que consideran acreditado el carácter del débito⁶⁶.

⁶² La presente sentencia está comentada por BENAVENTE MOREDA en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*. Septiembre-diciembre, 1990, núm. 24, pp. 835-844.

⁶³ Criterio parcialmente diferente al sostenido en esta sentencia de 2 de julio de 1990, es el de la Audiencia Provincial de Madrid en la sentencia de 3 de febrero de 1992. Se trata de la fianza del marido a una deuda de una compañía del sector turístico, de la que el fiador es Secretario del Consejo de Administración. La Audiencia declara la privatividad de la fianza ...*toda vez que no cabe considerar como explotación regular de sus negocios o ejercicio ordinario de la profesión y oficio el afianzamiento constituido en favor de un tercero, en el que no consta la clase de interés que tuviera el cónyuge deudor ni (...) que éstos tuvieran repercusión en beneficio de la sociedad de gananciales*. La calificación que de la fianza hace la Audiencia Provincial de Madrid en esta sentencia, apartándose, en apariencia, de las líneas trazadas por el Supremo en esta materia, puede obedecer a dos razones: en primer lugar, la separación de hecho de los cónyuges cuando el marido contrae la deuda; y, en segundo lugar, la no probada relación existente entre el fiador y la sociedad prestataria que hace cuestionar la existencia del denominado *interés y beneficio familiar*.

⁶⁴ El negocio jurídico de afianzamiento se otorgó antes de 1981.

⁶⁵ ...*el marido como administrador único de la sociedad anónima, (...), procedía, según establece acertadamente la sentencia de instancia, en situación equiparable a la del comerciante... (F. Jco. Tercero de la sentencia referida)*. Observemos que, en este pronunciamiento, el Tribunal Supremo considera el aval prestado por el marido empresario como una deuda del comercio y este tratamiento genera críticas entre nuestros autores porque el aval, en principio, no es una deuda perteneciente al «giro y tráfico de la empresa», ni al «ejercicio de la propia actividad mercantil del comerciante». *Vid.*, en este sentido, LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil, IV. Derecho de familia*. Cuarta Edición. *Cit.*, p. 306.

⁶⁶ Las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1989 y del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 16 de junio de 1993 recogen, igualmente, el criterio del *interés familiar* como determinante de la destrucción de la presunción de gratuitad del aval que contiene el artículo 441 del Código de Comercio y de la consiguiente responsabilidad directa del patrimonio ganancial.

Llegados a este punto, hemos de analizar si el aval prestado a las sociedades especialmente vinculadas con la sociedad conyugal tiene carácter gratuito u oneroso, pues de ello dependerá la calificación del débito.

La naturaleza del negocio jurídico de afianzamiento está regulada en el artículo 441 del Código Civil que dispone que *El afianzamiento mercantil será gratuito, salvo pacto en contrario*. ¿Por qué en la Jurisprudencia citada el Supremo considera oneroso el aval prestado a determinadas sociedades? ¿Es acertada esta consideración? ¿Existe una presunción de ganancialidad pasiva?

No cabe duda de que no puede recibir el mismo tratamiento un aval prestado a una sociedad que genera beneficios que incrementan el patrimonio ganancial que el aval prestado a un tercero sin conexión, en apariencia, con la sociedad conyugal.

Así pues, el carácter gratuito de la fianza mercantil puede pasar a ser oneroso en virtud de pacto y, además, por la especial vinculación que la sociedad afianzada tenga con la sociedad conyugal o con el cónyuge fiador. En este sentido se expresa Lacruz⁶⁷.

Ahora bien, esta alteración de la naturaleza del aval que hace el Tribunal Supremo en determinadas circunstancias, no está exenta de opiniones contrarias. Así, Benavente Moreda, se muestra crítica respecto a esta valoración que prescinde del criterio establecido en el artículo 441 del Código Civil⁶⁸. Incide la citada autora en que el criterio del Tribunal Supremo es equivocado porque: ...con independencia de que la operación pueda repercutir en interés de la familia, o que se realice en el ámbito del ejercicio ordinario de la profesión u oficio del cónyuge avalista, si la misma constituye un acto de gestión de los que han de ser realizados conjuntamente por ambos cónyuges, o por uno con el consentimiento del otro, y si se realiza exclusivamente por uno de ellos, tal conducta en todo caso sólo comprometerá el patrimonio privativo del cónyuge actuante, no implicando una carga para el patrimonio ganancial, sino tras haber hecho exclusión del privativo, y con las consecuencias previstas en el artículo 1373 del Código Civil⁶⁹.

Creemos que puede dudarse del carácter oneroso o gratuito del aval, teniendo en cuenta que existe una clara calificación legal a

⁶⁷ *Elementos de Derecho Civil. Derecho de Familia*. Cuarta Edición. Bosch. Barcelona, 1997, p. 306.

⁶⁸ La autora citada se manifiesta en estos términos: «Con independencia de la naturaleza que en tal sentido otorga el legislador a tal operación, nuestros tribunales han venido modificando tal configuración, equivocadamente a mi entender, no en función de la naturaleza misma de la operación de aval, sino en función del tipo de beneficio o repercusión que el citado negocio produjese en el ámbito familiar y de la sociedad de gananciales.», *op. cit.*, p. 842.

⁶⁹ *Op. cit.*, p. 843.

favor de la gratuitad de este negocio jurídico; sin embargo, consideramos que no se puede calificar al aval –como lo hace Benavente Moreda– de un acto de gestión para el que rige la regla general de la realización conjunta, de forma que el aval de un cónyuge efectuado sin el consentimiento del otro es gratuito, mientras no se demuestre que encaja en los actos de gestión que pueden realizarse individualmente⁷⁰.

Entendemos que el negocio jurídico de afianzamiento debe ser considerado como un acto obligatorio o de endeudamiento de carácter accesorio respecto a otro negocio jurídico principal y, en virtud de la accesoria, el aval prestado por un cónyuge a la deuda de la sociedad de la que es socio o accionista no puede ser gratuito si tenemos presente que la deuda principal es onerosa y de ella se deriva una contraprestación a favor de una sociedad que genera beneficios para el patrimonio ganancial⁷¹.

A continuación analizamos otro grupo de sentencias en las que los avales se prestan a favor de préstamos mercantiles en los que se desconoce el carácter del sujeto prestatario y su posible vinculación con la sociedad conyugal.

a) Sentencia de 19 de febrero de 1990: El objeto del presente recurso de casación es la acción revocatoria ejercitada por el acreedor librador de unas letras de cambio avaladas por el esposo. El Tribunal Supremo, en el Fundamento Jurídico Cuarto, declara que ...en el proceso del que este recurso dimana no se está resolviendo cuestión alguna atinente a la responsabilidad que pueda corresponder a la sociedad de gananciales formada por los citados cónyuges frente a la deuda contraída por el esposo mediante el repetido aval sino simplemente, al concurrir en este supuesto los requisitos que condicionan la viabilidad de la ejercitada acción revocatoria, de reponer la situación patrimonial de dicha sociedad conyugal...

Los antecedentes de hecho de esta sentencia sólo nos permiten el conocimiento de la entidad mercantil acreedora (El Corte Inglés), pero no sabemos quién es el deudor y si existe alguna relación con la sociedad conyugal; desconocemos, igualmente, si el marido avalista tenía alguna vinculación profesional o comercial con el avalado.

⁷⁰ De igual forma para las deudas de un sólo cónyuge, la autora se hace eco de la doctrina más autorizada (PEÑA) que considera tales deudas privativas aun cuando tales deudas se encuentren en cualquiera de los supuestos legales de vinculación del patrimonio ganancial por actuación de un solo cónyuge. *Op. cit.*, pp. 843 y 844.

⁷¹ Sobre la discusión de la naturaleza del aval como acto obligatorio o acto de gestión, puede verse BELLO JANEIRO, «Responsabilidad con los bienes gananciales ante fianza prestada por uno de los cónyuges». *Actualidad civil*, núm. 7/15, 1993, pp. 120-125.

Si bien el Tribunal Supremo no resuelve la cuestión relativa a la responsabilidad del patrimonio ganancial, la posibilidad de ejercicio de la acción revocatoria podría llevarnos a extraer alguna conclusión en relación con el carácter de la deuda. Para la mayor parte de la Doctrina, la acción rescisoria no es viable para impugnar la modificación de régimen económico matrimonial que impide a los acreedores de la sociedad de gananciales cobrar su deuda. Entienden los autores que no debe prosperar, en tales casos, la acción rescisoria porque, siendo ésta de naturaleza subsidiaria, existe un mecanismo jurídico principal y directo de impugnación: el de la inoponibilidad del artículo 1317 del Código Civil. Prosperará, sin embargo, la rescisoria como medio de impugnación de la capitulaciones, si la deuda tiene carácter privativo porque, en este caso, –sostiene la doctrina mayoritaria– no es aplicable el artículo 1317 del Código Civil⁷².

En la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, estas consideraciones doctrinales no tienen reflejo alguno⁷³. En primer lugar, podemos observar, que para el éxito de la acción rescisoria, el Tribunal Supremo prescinde de la naturaleza de la deuda. En segundo lugar, no siempre se tiene presente –como señala Cabanillas Sánchez⁷⁴, siguiendo a Guilarte Gutiérrez– que «es más adecuado valorar la subsidiariedad como un presupuesto jurídico y no tanto de hecho». De esta manera, en la sentencia de 18 de julio de 1991 prospera la acción rescisoria porque el acreedor no puede cobrar de otro modo lo que se le debe. Sin embargo en otras sentencias, como la de 7 de noviembre de 1992, no prospera la rescisoria porque, aun existiendo una imposibilidad fáctica de cobrar, no existe una imposibilidad jurídica en tanto en cuanto existe la «responsabilidad *ex lege*» establecida en el artículo 1317 del Código Civil⁷⁵.

⁷² Criterio opuesto es el de RAGEL SÁNCHEZ, quien defiende la aplicación del artículo 1317 del Código Civil a las deudas privativas, en contra del criterio de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de febrero de 1987: «... cuando el débito sea calificado como privativo, (...), el acreedor no puede alegar en su favor lo dispuesto en el artículo 1401 del Código Civil (...). Por lo tanto, el acreedor sólo puede esgrimir en su favor el principio rector contenido en el artículo 1317 del Código Civil, precepto aplicable a todos los supuestos de modificación del régimen económico matrimonial y a todo tipo de deudas y, por ende, también al supuesto de deuda privativa, por lo que discreparamos en este punto con la resolución que estamos comentando.», «Comentario a la R de la DGRN de 16 de febrero de 1987», *cit.*, p. 4538.

⁷³ *Vid.* especialmente, además de la sentencia de 19 de febrero de 1990, las de 18 de julio de 1991 y de 7 de noviembre de 1992.

⁷⁴ «Comentario a la sentencia de 7 de noviembre de 1992». *C.C.J.C.*, septiembre-diciembre, 1992, núm. 30, pp. 1025 y ss.

⁷⁵ Recientemente, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de diciembre de 1996 menciona como presupuesto necesario pero no suficiente para el éxito de la acción revocatoria, la minoración económica sufrida por el patrimonio del deudor que impida al acreedor cobrar lo que se le debe, siendo imprescindible la carencia de otro *recurso legal* para obtener la reparación del perjuicio ocasionado por el presupuesto fáctico.

Planteada la cuestión en estos términos, podemos preguntarnos si la sentencia de 19 de febrero de 1990 está admitiendo tácitamente la privatividad de la deuda, porque la acción revocatoria –según la doctrina dominante– es la vía de protección de los acreedores privativos. La respuesta afirmativa podría estar apoyada en la invocación que hace el Supremo al Fundamento Jurídico Tercero de la sentencia recurrida, referido al artículo 1373 del Código Civil (deudas privativas de un cónyuge): «...*la esposa, podrá, en su caso y en el momento oportuno, hacer la defensa del patrimonio que le corresponda en la repetida sociedad de gananciales*».

b) Sentencia de 17 de octubre de 1990: En esta sentencia nos encontramos ante un aval del marido a favor de un préstamo concedido por la Caja General de Ahorros y Monte de Piedad de Santa Cruz de Tenerife. Se plantea la cuestión de la legitimación pasiva de la mujer del avalista, cuestión que el Tribunal Supremo resuelve positivamente ...*al poder quedar afectados los bienes gananciales por la actuación del demandado Luis D. L., a la sazón cuando por el sistema de sociedad legal de gananciales con R. S., esta señora está perfectamente demandada...* Pero ahora bien, lo dicho anteriormente, no puede significar una posible responsabilidad solidaria de dicha demandada en la presente situación, pues la misma no actúa como tal por ser deudora de un préstamo principal, sino por ser titular de una sociedad de gananciales, cuyo otro titular, su marido, es sujeto pasivo de una acción de reembolso eficazmente esgrimida, al haber suscrito un contrato de préstamo en el que intervenía como fiador el marido de la hoy demandante y recurrente (fundamento jurídico tercero).

El Tribunal Supremo declara la responsabilidad de los bienes gananciales al amparo del artículo 1369 del Código Civil que se refiere a aquellas deudas de un cónyuge que a la vez son deudas de la sociedad, luego, implícitamente, está reconociendo que la fianza del marido es ganancial. Ya no se trata de calificar de ganancial al aval prestado por el marido a una sociedad con especial vinculación con la sociedad de gananciales, sino de hacer la misma calificación respecto de la fianza del marido con independencia de quién sea el deudor⁷⁶.

⁷⁶ La sentencia de 11 de diciembre de 1990 de la Audiencia Provincial de Valencia adopta un criterio diferente al de la presente sentencia del Tribunal Supremo, al estimar la excepción de falta de legitimación pasiva de las esposas con la siguiente argumentación: ... *el hecho de que los bienes que puedan ser calificados de gananciales, (...), deban responder de la gestión de uno de los cónyuges (...), no implica que pueda condenarse a los cónyuges que no intervinieron en los contratos de cuyo cumplimiento se trata (...), sin olvidar tampoco que los esposos deben pagar en principio sus propias obligaciones con sus bienes privativos (arts. 1373 y 1440 del Código Civil)* (fundamento jurídico tercero). Con independencia de la cuestión de la legitimación pasiva del cónyuge del deudor, parece que este

c) Sentencia de 16 de noviembre de 1990: Aparentemente, esta sentencia modifica la doctrina que el Alto Tribunal venía manteniendo, en tanto en cuanto declara privativo el aval de un cónyuge a un contrato de préstamo mercantil. Ahora bien, la declaración de privatividad de este débito obedece a que en Instancia se acreditó el carácter no ganancial y, en consecuencia, el Supremo no discute tal carácter. La naturaleza privativa del aval lleva a estimar la tercería de dominio de la esposa por concurrir en ella respecto al aval del marido la cualidad de tercero o ajeno a la deuda.

d) Sentencia de 5 de febrero de 1991: En esta sentencia se discute si el aval prestado por el marido a una sociedad obliga o no a los bienes gananciales. Se desconoce si el aval prestado responde a relaciones comerciales o profesionales del marido y si la sociedad avalada tiene alguna relación con la conyugal. El Fundamento Jurídico Tercero, *in fine*, parece que resuelve la cuestión de forma positiva al señalar que ...*la jurisprudencia (...), declaró la validez de la fianza del marido que obliga a la sociedad de gananciales, siempre que no se cree perjuicio o fraude para la mujer (...); lo mismo cuando la esposa conoce el ejercicio profesional del marido (...), o no consta oposición expresa de aquélla al ejercicio mercantil profesional de su marido (...).*

En definitiva, el Tribunal Supremo parece mostrarse partidario de presumir ganancial el aval del marido, sin perjuicio de que su cónyuge desvirtúe tal presunción probando el carácter privativo de la deuda. Eso es lo que puede extraerse del fundamento jurídico tercero cuando se afirma que ...*no cabe acceder a la excepción expresada*– se refiere a la excepción de litisconsorcio pasivo necesario – *ya que la esposa del recurrente no se encuentra obligada por el contrato de fianza concertado por su marido; por lo tanto, no le alcanzan los efectos de cosa juzgada (...), ni le impiden ejercitarse sus derechos conforme al artículo 1373 del Código Civil, en su caso...*

e) Sentencia de 15 de junio de 1992: El objeto de este recurso de casación no es el de determinar el carácter de la deuda del cónyuge (aval del marido a un préstamo concedido por la Caja de Ahorros) y la responsabilidad que lleva consigo. Se trata de analizar si concurren los requisitos de viabilidad de la acción revocatoria para impugnar las capitulaciones matrimoniales a través de las cuales trata de eludirse la responsabilidad de un bien ganancial, adjudicándolo al cónyuge no deudor. La acción citada prospera y hemos

pronunciamiento de la Audiencia Provincial de Valencia no tiene muy claro el carácter del afianzamiento. Así como en un primer momento, puede deducirse el carácter ganancial de la deuda, las últimas líneas transcritas de la sentencia, haciendo referencia a las deudas privativas, ponen en duda la calificación de la obligación.

de preguntarnos si ello nos lleva a extraer alguna conclusión en relación con el carácter de la deuda⁷⁷.

f) Sentencia de 26 de junio de 1992: Esta sentencia, al igual que las anteriores, se refiere a una fianza del marido a favor de un préstamo mercantil. No se hace referencia alguna al carácter de la deuda pero se desestima la tercería de dominio. Ello puede llevarnos a conclusiones interesantes en relación con la naturaleza del aval que constituye el supuesto fáctico de esta sentencia.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo no admite –en términos generales– las tercerías de dominio ejercitadas por el cónyuge del deudor para levantar el embargo trabado sobre bienes comunes por deudas del otro cónyuge⁷⁸. La no idoneidad de las tercerías se fundamenta por el Supremo en que el cónyuge del deudor no es *dominus*, de un lado, y no es *tercero o no deudor*, del otro. Algunas sentencias, siguiendo la doctrina procesalista más autorizada (M. Ángel Fernández), entienden que en los procedimientos de tercería de dominio no se pueden discutir cuestiones ajenas al objeto del procedimiento, como la naturaleza de la obligación de la que dimana el embargo que se pretende levantar. Estas sentencias se limitan, pues, a analizar la posición del cónyuge no deudor respecto a los bienes gananciales pero no respecto a la deuda contraída por su cónyuge. Y es doctrina jurisprudencial reiterada que el cónyuge no deudor, vigente la sociedad de gananciales, no es *propietario* de los bienes gananciales, por ser la sociedad de gananciales una comunidad germánica en la que, por tanto, no existen cuotas hasta su disolución y posterior liquidación. Si el demandante de tercería no es propietario, no puede ver estimadas sus pretensiones. Consideramos que esta tesis admite dos objeciones:

a) En primer lugar, no parece aceptable que los cónyuges no sean propietarios de los bienes gananciales durante la sociedad de gananciales. La general admisibilidad de la sociedad de gananciales como comunidad germánica no significa que los cónyuges tengan meras expectativas sobre los bienes comunes, pendientes de convertirse en derechos en el momento disolutorio de la sociedad. Existe una cotitularidad actual sin cuotas y, con doble motivo, por carecer la sociedad de gananciales de personalidad jurídica.

b) Creemos, en consecuencia, que los cónyuges son propietarios pero no lo son en exclusiva, y es esta carencia de dominio

⁷⁷ *Vid.*, en este trabajo, pp. 38-40, los comentarios a la sentencia de 19 de febrero de 1990.

⁷⁸ La evolución de la doctrina del Tribunal Supremo en esta materia está sintetizada por BENDITO CAÑIZARES *Marido y mujer frente a las deudas del otro cónyuge: la tercería de dominio*. Colección Jurisprudencia Práctica Tecnos. Madrid, 1996, pp. 9-22.

exclusivo la que no legitima al cónyuge del deudor para alzar la traba sobre los bienes comunes que están afectos a determinadas deudas; de ahí que sea de capital importancia la naturaleza de la deuda, pues de ella depende que el demandante de tercería sea o no ajeno respecto a la deuda de su cónyuge y, por ende, la prosperabilidad de la tercería de dominio⁷⁹.

Si se desestima la tercería de dominio entablada por el cónyuge del deudor es porque éste, sin ser deudor, es cotitular de unos bienes que están afectos al pago de determinadas deudas de su cónyuge.

g) Sentencia de 17 de julio de 1997: Nos encontramos, al igual que en las sentencias anteriores, con un aval del marido a un préstamo mercantil concedido a la Cámara Agraria Local donde presta sus servicios en calidad de funcionario. La sentencia de 17 de abril de 1997 recoge la doctrina sustentada por la de 16 de noviembre de 1990. En ambas prospera la tercería de dominio ejercitada por la esposa para alzar el embargo sobre bienes gananciales, debido a que la esposa tiene la consideración de tercero respecto a la deuda privativa de su marido. No obstante, en la sentencia de 16 de noviembre de 1990 la obligación aparece como acreditadamente no ganancial, mientras que en la de 17 de abril de 1997 los Tribunales de Instancia no se pronuncian sobre el carácter de la deuda, pero no estiman la tercería de dominio. Si desestiman la tercería interpuesta por la esposa, están reconociendo que la obligación, de la que dimana el embargo que se pretende levantar, no es privativa del marido y, por tanto, la esposa no es ajena a ella. El Tribunal Supremo, aun cuando reconoce que la tercería de dominio no es procedimiento hábil para discutir otras cuestiones, la admite fundamentándose en la desvinculación de la esposa respecto al aval contraído por su marido⁸⁰.

⁷⁹ Muy significativa al respecto es la sentencia de 20 de febrero de 1987 que recogiendo doctrina precedente, afirma en los fundamentos de derecho cuarto y quinto que ... antes de examinar el problema de la propiedad de los bienes embargados ha de indagar-se acerca de si el demandante de tercería es propiamente «tercero», doctrina que en pertinente aplicación al supuesto aquí enjuiciado hace decaer el motivo en análisis, al ser inadmisible la tesis que la recurrente mantiene en el sentido de que en el juicio declarativo en que la pretensión de tercería se tramita no pueda discutirse más cuestión que la de la procedencia del embargo en razón a la titularidad dominical del tercerista sobre los bienes que fueron objeto de la traba.

⁸⁰ El Fundamento Jurídico Quinto de esta sentencia, reproduciendo doctrina jurisprudencial anterior, declara que no cabe olvidar que, a diferencia de la reivindicatoria, en la acción de tercería no se trata de declarar, ni recuperar el dominio de la cosa, sino de liberar del embargo bienes indebidamente trabajados, por no estar en el caso de responder de la deuda en ejecución, (...), lo que presupone, ineludiblemente, la exigencia de que el tercerista no esté de algún modo vinculado, como sujeto pasivo, al pago del crédito para cuya efectividad se realizó la traba, esto es, que, con relación a dicho crédito, tenga la condición de tercero ...

IMBERNÓN MORALEJO, en el comentario de esta sentencia (CCJC, septiembre-diciembre, 1997, pp. 1261 y ss) señala que en ella, excepcionalmente, «el TS se hace eco de la

La cuestión de mayor interés para nuestro estudio planteada en esta sentencia es la naturaleza del aval⁸¹. Parece discutible el carácter gratuito del aval que constituye el soporte fáctico de esta sentencia porque no se trata de una garantía por deuda ajena sin expresión de causa, sino que el aval se otorga para conseguir un préstamo que beneficia al marido deudor. El Tribunal Supremo fundamenta la gratuitud del afianzamiento en la inexistencia de beneficio o interés familiar, de un lado, y en su constitución sin el consentimiento de la esposa, de otro. Ambos argumentos suscitan algún comentario. En relación con el segundo, acertadamente, señala Imbernón Moralejo que «(...) mientras que la prohibición de disposición gratuita individual de los bienes comunes (...) está expresamente consignada en el Código Civil, no sucede lo mismo con las deudas que motivan la responsabilidad de los bienes comunes, contempladas –entre otros– en el artículo 1365 del Código Civil, donde no se aprecia distinción entre el carácter oneroso y gratuito de las obligaciones asumidas»⁸². Ahora bien, si es cierto que, *prima facie*, no se aprecia distinción entre el carácter oneroso y gratuito de las obligaciones establecidas en el artículo 1365 del Código Civil, parece que ha de presumirse la existencia de una causa onerosa porque, si analizamos cada uno de los casos recogidos en el citado precepto, observaremos que en todos ellos se aprecia un interés para la familia o un beneficio para el patrimonio ganancial. En consecuencia, toda actuación obligatoria onerosa realizada por un cónyuge ha de presumirse ganancial y para ello no es necesario que concurre el consentimiento del cónyuge del deudor, en cuyo caso carecería de sentido la expresión *deudas contraídas por un cónyuge*, utilizada por el legislador en el artículo 1365 del Código Civil.

Con respecto al interés familiar, se plantean más dudas. Es claro que, como dice Imbernón, «... no estamos ante un supuesto de ejercicio del comercio por parte del marido»⁸³, pero más dudoso resul-

objeción de alguna doctrina procesalista, que ha estimado que la tercera de dominio no es el cauce idóneo para que el cónyuge no deudor, que resulta perjudicado por el embargo de los bienes gananciales, alegue el carácter privativo de la deuda asumida por su consorte en orden a lograr el alzamiento de la traba...» (p. 1266). Frente a esto, sin embargo, destaca la autora que es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que en «el procedimiento de tercera de dominio, el órgano jurisdiccional debe determinar, con anterioridad incluso a cualquier pronunciamiento sobre la titularidad del bien embargado, si en el actor concurre o no la condición de tercero ajeno al débito» (p. 1269).

⁸¹ Es clara la naturaleza gratuita del negocio –declara el Fundamento Jurídico Segundo–, *aval en una póliza de crédito mercantil, otorgado por el marido, este tipo de fianza requiere para que afecte a los bienes comunes, el consentimiento de ambos cónyuges ... , no cabe duda alguna sobre que la prestación del aval, de ninguna forma redundó en interés de la familia, al estar probado que el marido de la recurrente prestaba sus servicios en la Cámara Agraria Local de Carmona en calidad de funcionario ...*

⁸² Op. cit., p. 1278.

⁸³ Op. cit., p. 1279.

ta que no pueda afirmarse, como dice esta autora, «... que el aval suscrito en beneficio de la Cámara Agraria Local sea un supuesto de *ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio*, pues parece claro que este acto es completamente ajeno a la actividad que constituye su profesión, que es la de funcionario de esta Entidad»⁸⁴. Si bien es cierto que el supuesto fáctico de esta sentencia no es incardinable en la locución *ejercicio ordinario de la profesión...* del artículo 1365.2.^º del Código Civil, podría serlo en el artículo 1362.4.^º del Código Civil que no hace referencia alguna a la regularidad. Es verdad que la actividad desarrollada por este funcionario no tiene por objeto principal la concesión de avales al órgano del que depende, pero así como el aval prestado por el comerciante a una sociedad que genera beneficios familiares es ganancial, también podría serlo el aval prestado por cualquier otro profesional al organismo para el cual trabaja y del cual obtiene unas rentas que son gananciales.

Finalmente, en materia de avales firmados por un cónyuge, nos encontramos con las sentencias de 30 de septiembre de 1991 y la de 29 de abril de 1994. En la primera la esposa presta un aval a unas letras de cambio aceptadas por su marido. Aun cuando no se discute el carácter de la deuda y la consiguiente responsabilidad del patrimonio ganancial, siendo el objeto de la litis la naturaleza y validez del acto de aval de un solo cónyuge, en el fundamento jurídico décimo se está reconociendo que la deuda es privativa⁸⁵. Igual calificación de privatividad tiene la deuda en la sentencia de 29 de abril de 1994. Se trata de un aval que presta el marido al préstamo concedido por una Caja de Ahorros a sus hermanos⁸⁶.

Resumen y comentario de la jurisprudencia sobre avales

1) El Tribunal Supremo considera ganancial el aval prestado a una sociedad vinculada a la sociedad de gananciales o al cónyuge avalista porque, en estos casos, se presume el beneficio e interés familiar derivado del aval, y aun cuando haya sido contraído por un sólo cónyuge no puede ser calificado de gratuito. En algunas de las sentencias en las que se plantea este supuesto de hecho,

⁸⁴ *Op. cit.*, p. 1280.

⁸⁵ El aval de esta sentencia se firmó antes del año 1981 y, entonces, bajo la regulación anterior a la Ley 11/1981 de 13 de mayo, el artículo 1435 del Código Civil prohibía a la mujer prestar un aval sin el consentimiento de su marido.

⁸⁶ Esta sentencia está comentada por ACHÓN BRUÑEN en el *ADC*, 1996, pp. 429 y ss. En el supuesto concreto de esta sentencia, la gratuitad del aval parece indudable. El aval firmado a favor de un préstamo concedido a los hermanos del avalista nos aproxima a la garantía por deuda ajena que es formalmente gratuita, mientras no se exprese la causa onerosa.

el Tribunal Supremo se limita a confirmar el carácter ganancial del aval acreditado en Primera o Segunda Instancia.

Ahora bien, los avales prestados a sociedades especialmente relacionadas con la conyugal se firmaron antes de 1981 –con excepción del recogido en la sentencia de 2 de julio de 1990– y en la regulación anterior a la Ley de 13 de mayo de 1981, la presunción de ganancialidad de las obligaciones del marido era expresa. En consecuencia, habrá que esperar a ver si se confirma la posición del Supremo, adoptada en la sentencia de 2 de julio de 1990, a favor de considerar gananciales aquellos avales de los que se derive el cada vez más controvertido *interés familiar*.

2) Cuando no consta nada acerca del deudor avalado, el Tribunal Supremo se inclina, expresa o tácitamente, a considerar el aval de un solo cónyuge como ganancial, a no ser que en alguna de las Instancias se haya acreditado que aquél es de carácter privativo. Expresamente, estima ganancial el aval la sentencia de 17 de octubre de 1990; implícitamente, las sentencias en las que se desestima la tercería de dominio interpuesta por el cónyuge del deudor (sentencias de 6 de junio de 1990, 2 de julio de 1990 y 26 de junio de 1992).

3) El Tribunal Supremo, sin pronunciarse sobre el carácter de un aval a favor de un órgano local del que el avalista es funcionario, estima la tercería de dominio interpuesta por su esposa, reconociendo, de esta manera, el carácter privativo del aval (sentencia de 17 de julio de 1997). También podrían estar reconociendo el carácter privativo del aval las sentencias de 19 de febrero de 1990 y 15 de junio de 1992, al resolver positivamente el ejercicio de una acción revocatoria.

4) También se consideran privativos los avales de un cónyuge a préstamos solicitados por sus hermanos e, incluso, a préstamos de su propio cónyuge.

No podemos cerrar este breve análisis sobre avales sin preguntarnos por qué determinadas fianzas prestadas por un solo cónyuge pueden considerarse gananciales. Para ello, es conveniente diferenciar los afianzamientos mercantiles de los que no tienen este carácter. El afianzamiento es mercantil, conforme al artículo 439 del Código de Comercio, si el contrato garantizado es mercantil, con independencia de que el fiador sea o no comerciante⁸⁷. La responsabilidad del patrimonio ganancial por fianzas mercantiles individualmente contraídas por los cónyuges, tiene un apoyo, como señala Lacruz, en el «... apo-

⁸⁷ Como veremos más adelante, un contrato no es mercantil por razón del sujeto que lo realice, sino por el objeto (artículo 2 del Código de Comercio).

deramiento o consentimiento tácito del otro cónyuge que no se ocupa del comercio y vive de sus beneficios, y en este punto sí cabría aplicar el principio de los artículos 6.^º a 8.^º del Código de comercio»⁸⁸. Para el autor citado, sin embargo, no es fácil encontrar el fundamento de la responsabilidad directa de los bienes gananciales por estos actos, ya que los artículos 6.^º a 8.^º del Código de Comercio, sólo se refieren a las «...deudas contraídas en el ejercicio de la propia actividad mercantil del comerciante, y en nuestro caso, por hipótesis, está afianzando una deuda ajena, lo cual no pertenece, en principio al giro y tráfico de su propia empresa ...»⁸⁹. Si hubiese que buscar una base legal a estos actos, señala Lacruz que ésta sería el artículo 1362.4.^º del Código Civil, al establecer como carga de la sociedad de gananciales los actos derivados de la *explotación regular de los negocios*.

Creemos que no ofrece duda la naturaleza ganancial del afianzamiento mercantil prestado por el cónyuge comerciante pues el cónyuge comerciante fiador es deudor y de las deudas del comercio responden los bienes gananciales, cuando el cónyuge del comerciante no se opone al ejercicio del comercio. El supuesto al que realmente se refiere el Prof. Lacruz es al de la fianza prestada por un cónyuge que no es comerciante pero que sí tiene una vinculación importante con la sociedad avalada. Consideramos que, con independencia de que exista un precepto legal que expresamente regule la responsabilidad del patrimonio ganancial por estos avales –precepto que, parece, no existe–, la verdad es, que, con ese aval, se afianza una deuda generadora de una contraprestación que, si bien no ingresa directamente en el patrimonio ganancial, entra en el patrimonio de una sociedad que es fuente de beneficios para la sociedad de gananciales. Por ello, estimamos sobradamente justificada, en estos casos, la presunción de ganancialidad pasiva.

B) DEUDA DERIVADA DE RELACIONES COMERCIALES O PROFESIONALES DE UN CÓNYUGE. ADQUISICIÓN DE BIENES PARA EL EJERCICIO DEL COMERCIO

Para realizar el análisis del carácter de las deudas del comercio o profesión en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo a lo largo de los años noventa, además de tener en cuenta el diferente tratamiento legal –no siempre justificado– que reciben unas y otras, es necesario separar las sentencias según se pronuncien expresamente sobre la naturaleza de tales débitos –la mayor parte de las veces

⁸⁸ En *Elementos de Derecho Civil. Derecho de Familia*. Cuarta Edición. Bosch, Barcelona, 1997, p. 306.

⁸⁹ *Op. cit.*, p. 306.

acatando la prueba que de su carácter se llevó a cabo en Instancia—o no se pronuncien de forma directa⁹⁰.

a) Sentencia de 5 de junio de 1990: En esta sentencia el marido *comerciante* firma unas letras de cambio por deudas derivadas del ejercicio del comercio que son descontadas por el Banco demandante. La entidad financiera solicita que se declare que la deuda es de carácter ganancial y que de ella respondan directamente los bienes gananciales. En ambas Instancias se estiman las peticiones del Banco demandante. El Tribunal Supremo acoge los pronunciamientos de las sentencias de Instancia declarando la existencia de un *derecho adquirido* a favor de la entidad y, en consecuencia, la inoponibilidad de la modificación de régimen económico realizada después del nacimiento del derecho de crédito.

b) Sentencia de 22 de octubre de 1990: El objeto de la *litis* es la reclamación de cantidad basada en un documento privado de reconocimiento de deuda firmado por el marido *comerciante*. La sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid, aun cuando reconoce que la deuda es *consecuencia de relaciones comerciales*, condena al marido y absuelve a su esposa, por entender que *no aparece acreditado que la deuda reclamada se origine por algunas causas que contienen los artículos 1362 a 1374 del Código Civil reguladores de las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales*. Creemos que este pronunciamiento de la Audiencia carece de justificación adecuada porque si en un principio dice que se ha acreditado que tal reconocimiento de deuda procede del desarrollo del comercio, el artículo 1365 del Código Civil nos remite a los artículos 6-12 del Código de Comercio, que declaran la responsabilidad de los bienes gananciales por las deudas contraídas en el ejercicio del comercio. De otra parte, y como señala el Tribunal Supremo en el Fundamento Jurídico Tercero, *deuda contraída... en el ejercicio de las actividades comerciales propias de su profesión* se ubica en el supuesto número 4 del artículo 1362 y en el número 2 del artículo 1365, ambos del Código Civil y, por tanto, *ha de concluirse que de la deuda objeto de la litis han de responder los bienes que en las fechas del nacimiento y de vencimiento de la misma eran gananciales*.

c) Sentencia de 25 de noviembre de 1991: El Tribunal Supremo considera debidamente acreditado que el marido *es comerciante; que la deuda que reconoció en favor de la sociedad recurrida tiene su*

⁹⁰ Dentro del primer grupo, nos encontramos con las sentencias de 5 de junio y 22 de octubre de 1990, 25 de noviembre de 1991, 22 de junio de 1993, 6 de junio de 1994, 22 de diciembre de 1995, 18 de abril y 26 de junio de 1997.

Forman parte del segundo grupo las sentencias de 18 de julio de 1991 y la de 13 de octubre de 1994.

origen en relaciones comerciales con ella; y que no ha probado, ni intentado siquiera, que su esposa se opuso al ejercicio del comercio. En tales circunstancias, por imperativo del artículo 6 del Código de Comercio, quedan obligados los bienes comunes al resultado de aquel ejercicio(fundamento jurídico segundo).

d) Sentencia de 22 de junio de 1993: La deuda está instrumentada en una serie de facturas y albaranes que acreditan la entrega de la mercancía (harina) a los hermanos propietarios de un negocio de panadería y la deuda del precio por parte de éstos. En el Fundamento Jurídico Segundo, el Tribunal Supremo señala que *la sentencia atacada hace extensiva la condena a los respectivos cónyuges de los recurrentes, copropietarios del negocio de fabricación de pan, lo que resulta correcto, toda vez que el artículo 6 del Código de Comercio responsabiliza de las deudas de las personas casadas a los bienes comunes cuando concurre el consentimiento del otro cónyuge, el que se presume, según el artículo 7, cuando la actividad mercantil es ejercida con conocimiento y sin oposición expresa.*

Sabemos que la propiedad del negocio corresponde no sólo a los hermanos deudores sino también a sus cónyuges, pero ello no quiere decir que se haya de extender la condena a las esposas si éstas no han firmado las deudas. Una cosa es declarar la responsabilidad de los bienes gananciales por deudas derivadas del ejercicio del comercio –que es lo que pretende el fallo de esta sentencia– y otra bien distinta es condenar a los cónyuges de los deudores, en cuyo caso se estaría vinculando no sólo el patrimonio ganancial sino también los privativos de éstos.

e) Sentencia de 6 de junio de 1994: Esta sentencia tiene por objeto declarar la inoponibilidad de unas capitulaciones matrimoniales que perjudican a los acreedores del marido *comerciante*. Acoge los pronunciamientos de la Audiencia sobre la naturaleza de la deuda, reconociendo que *los bienes gananciales responden de las obligaciones contraídas por uno de los cónyuges, dado que los señores L. ejercían actividades comerciales, y no consta que sus respectivas esposas se hayan opuesto en la forma legal negando expresamente su consentimiento para soportar las consecuencias de dicha actividad...*

Se trata de una deuda derivada del ejercicio del comercio de la que desconocemos más detalles pero puede ser suficiente –como veremos más adelante– la condición de comerciante del deudor para que, en el ejercicio del comercio, exista una responsabilidad *ex lege* de los bienes gananciales por las «resultas» del mismo (art. 6 CC).

f) Sentencia de 13 de octubre de 1994: En esta sentencia, a diferencia de las anteriores, las resoluciones de Instancia no contie-

nen pronunciamientos sobre la naturaleza del débito. La deuda consiste en unas letras de cambio aceptadas por un cónyuge por la adquisición de un motor marino instalado en el buque pesquero que, supuestamente, constituye el centro de su actividad negocial. La sentencia que se recurre tiene como base fáctica una serie de hechos probados entre los cuales no se encuentra el carácter o naturaleza de la deuda. El Tribunal Supremo en el Fundamento Jurídico Segundo declara la ganancialidad de la misma tras defender la vía de la inoponibilidad como la idónea para impugnar las capitulaciones matrimoniales otorgadas en fraude de la sociedad acreedora y del Banco que ha descontado las letras: *es de cargo de la citada sociedad la explotación regular de los negocios de cada cónyuge, respondiendo sus bienes del ejercicio ordinario de la profesión (...) los bienes gananciales responden directamente frente al acreedor del marido de las deudas por éste contraídas, incluyendo la responsabilidad del cónyuge no deudor con los bienes que le hayan sido adjudicados, es decir, que existe una responsabilidad de los bienes gananciales que no desaparece por el hecho de que hayan sido adjudicados, y aun después de la disolución de la sociedad permanece viva la acción del acreedor contra los bienes consorciales...*⁹¹.

g) Sentencia de 22 de diciembre de 1995: La deuda examinada en esta sentencia consiste en unas letras de cambio que acepta el marido por el suministro de pescado y marisco para un bar que explota conjuntamente con su esposa. A su vencimiento las letras resultan impagadas y se embarga un bien ganancial. La esposa ejercita acción de nulidad del procedimiento en el que se embarga el bien, alegando la falta de notificación, y acción reivindicatoria, alegando que el bien subastado era privativo de ella. Después de ver desestimadas sus pretensiones, interpone el presente recurso de casación invocando –en la parte que a nosotros nos interesa– aplicación indebida del artículo 1373 del Código Civil. El Tribunal Supremo (fundamento jurídico sexto) responde a este motivo diciendo que *el invocado artículo 1373 del Código Civil se refiere exclusivamente al supuesto de deudas propias de uno sólo de los cónyuges (...), pero éste no es el caso aquí enjuiciado, en el que aparece probado (así lo declara la sentencia recurrida y aquí ha de ser mantenido incólume) que la deuda reclamada en el juicio ejecutivo (...), era de cargo de la sociedad de gananciales, por haber sido contraída por el esposo en la explotación regular*

⁹¹ A la relación entre la inoponibilidad de la modificación de régimen económico matrimonial en perjuicio de terceros y el carácter ganancial de la deuda se ha hecho referencia en páginas anteriores, al comentar la sentencia de 19 de febrero de 1990, pp. 38-40.

de un negocio común (art. 1362.4.º del Código Civil), habiendo sido demandado en dicho juicio ejecutivo el referido esposo, que es el que contrató con el acreedor (...), sin que, de acuerdo con la doctrina de esta Sala (...) hubiera necesidad de demandar al otro cónyuge...

Hemos de tener en cuenta, aquí, que la deuda se ha contraído en la explotación regular de los negocios, sin hacer referencia alguna a la condición de comerciante del cónyuge deudor. Véase el comentario que luego haremos sobre la diferencia entre la deuda derivada de la explotación de los negocios o del ejercicio de la profesión y la deuda derivada del ejercicio del comercio.

h) Sentencia de 18 de abril de 1997: Al igual que en las dos sentencias anteriores, la obligación objeto de este recurso de casación consiste en un reconocimiento de deuda en el que los maridos *reconocen adeudar por el suministro de abonos y fertilizantes a la actora, la cantidad a que se contrae dicho reconocimiento, además de que se acompaña 2 recibos de la misma fecha «como si de letras de cambio se tratase»...* (fundamento jurídico primero). El Tribunal Supremo desestima –como ya lo había hecho la sentencia recurrida– la excepción de falta de legitimación pasiva invocada por las esposas de los deudores porque no son los maridos los que contrataron sino la «Sociedad Agropecuaria Valdeconcha»⁹², de la que son socias también las mujeres. Se considera (fundamento jurídico segundo) que la deuda es ganancial porque así se ha acreditado en la sentencia recurrida.

i) Sentencia de 26 de junio de 1997: El objeto de la litis es una tercería de dominio ejercitada por la esposa ante el embargo de un bien ganancial por deudas de su marido por el importe de unas obras de carpintería. El Tribunal Supremo se pronuncia sobre el carácter de la deuda –acogiendo los fundamentos jurídicos de la sentencia de apelación– al desestimar la tercería de dominio en estos términos: *...siendo los bienes embargados de carácter ganancial, como está acreditado, (...), procediendo la deuda en virtud de la cual el embargo fue trabado, del ejercicio de la profesión del esposo, lo que impone su cargo a la sociedad de gananciales al no constar oposición de la esposa a tal actividad, hemos de concluir que doña Juana A. no tiene,*

⁹² La sociedad a la que se refiere la sentencia de 18 de abril de 1997 es una sociedad civil irregular, carente, por tanto, de personalidad jurídica. La acción para exigir el cumplimiento de sus obligaciones ha de ser entablada contra sus socios y en el presente caso son socias también las esposas. Éstas están legitimadas pasivamente por ser socias de la sociedad deudora pero no porque la deuda tenga carácter ganancial, como parece decir el fundamento jurídico segundo de esta sentencia cuando, en relación con el motivo de la falta de legitimación pasiva señala que *el Motivo es tan inconsistente, que es suficiente con reproducir el contenido bien expresivo del F. 3.º de la sentencia recurrida, respecto al carácter ganancial del débito, y a tenor de lo dispuesto en el artículo 1362, causa 4.º*

respecto a los bienes embargados, carácter de tercer⁹³ (fundamentos de derecho segundo y tercero de la resolución recurrida).

Pero la cuestión ofrece alguna duda porque el fundamento jurídico primero, del que procede el párrafo que acabamos de transcribir, recoge las conclusiones de la sentencia recurrida en la que la deuda se sustancia de acuerdo con el artículo 1373 del Código Civil y, por tanto, como si de una deuda privativa se tratase y, sin embargo, más adelante se la considera ganancial.

j) Sentencia de 18 de julio de 1991: Es importante partir del dato de que, en materia de deudas «comerciales» o «profesionales», esta sentencia es la única en la que el Tribunal Supremo no se pronuncia sobre la naturaleza de la obligación. Nos encontramos ante una deuda del marido instrumentada en letras de cambio a consecuencia de relaciones comerciales con la empresa Henkel Ibérica, S. A. El Tribunal Supremo no se pronuncia sobre el carácter de la deuda pero declara la prosperabilidad de la acción rescisoria, prescindiendo del carácter subsidiario que tiene esta acción. Recordemos las conclusiones que hemos extraído de las sentencias de 19 de febrero de 1990 y 15 de junio de 1992, en materia de avales. Esta sentencia tiene un voto particular de los Magistrados Gullón Ballesteros y Fernández Cid de Temes. El voto particular –que defiende como vía de impugnación de las capitulaciones fraudulentas la inoponibilidad y no la rescisión– sí parece pronunciarse sobre el carácter de la deuda en el apartado tercero al señalar que ... *ni es preciso siquiera para obligar la finca adjudicada a la esposa por deudas de la sociedad conyugal obtener la previa rescisión del negocio de separación de bienes*. Parece claro que para los Magistrados que formulan el voto particular, la deuda derivada de relaciones comerciales tiene carácter ganancial y, por tanto, sin necesidad de acudir a la rescisión de las capitulaciones matrimoniales que alteran el régimen de responsabilidad de esa deuda, el artículo 1317 establece la inoponibilidad de las mismas.

k) Sentencia de 10 de marzo de 1998: Se trata de un reconocimiento de deuda del marido *comerciante*. El Tribunal Supremo parece no considerar necesaria la prueba del carácter ganancial de esa deuda y declara automáticamente la responsabilidad del patrimonio ganancial. Considera que, en tal caso, responden los bienes gananciales y, por tanto, la modificación de régimen económico realizada antes del reconocimiento de deuda pero no inscrita en el

⁹³ Si se reconoce que la esposa no tiene carácter de tercero respecto a los bienes embargados es que está vinculada a la deuda de su marido.

Registro Civil y en el Registro Mercantil, no es oponible frente a los acreedores consorciales (fundamento jurídico tercero)⁹⁴.

Comentario y resumen de la jurisprudencia sobre las deudas del comercio y de la profesión

1) En primer lugar, hemos de destacar que en la mayor parte de sus sentencias, el Tribunal Supremo se limita a confirmar la prueba que del carácter ganancial de estas deudas se ha efectuado en la Instancia. En consecuencia, no se puede afirmar, como suelen hacer algunos autores, que nuestro Alto Tribunal sienta una presunción de ganancialidad pasiva. Sólo en dos sentencias, en la de 18 de julio de 1991 –en la que no hay pronunciamiento expreso del Supremo sobre esta cuestión– y en la de 13 de octubre de 1994 –en la que desconocemos la decisión de los Tribunales de Instancia– podría contemplarse una verdadera presunción de ganancialidad pasiva.

2) Consideramos que el acreedor del cónyuge comerciante o del cónyuge que realiza un acto de comercio⁹⁵ goza de una posición más favorable que otros acreedores. Esto es así porque a dicho acreedor le basta con probar que el cónyuge con el que contrató tiene la cualidad de comerciante⁹⁶ o que actuó en el ámbito mercantil, para que de sus obligaciones respondan *ipso iure* los bienes gananciales, de acuerdo con los artículos 6-12 del Código de Comercio⁹⁷. En efecto, algunos autores, como Sanciñena Asurmen-di defienden la existencia de una presunción de comercialidad de las deudas contraídas por el cónyuge comerciante, de tal forma que, según esta autora «...se debe presumir que los actos que efectúa el comerciante son realizados en el ámbito de su actividad mercantil,

⁹⁴ La reciente sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1997 no trata una cuestión de responsabilidad de bienes gananciales ante el incumplimiento de una determinada deuda; se refiere a un supuesto de simple exigibilidad de una obligación contraída por un solo cónyuge, para lo cual el Supremo no considera necesario demandar a ambos cónyuges.

⁹⁵ Ya sabemos que el criterio establecido en el artículo 2 del Código de Comercio sobre los actos mercantiles es el objetivo y, por tanto con independencia de que sea o no comerciante quien los realice, «serán reputados actos de comercio los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga».

⁹⁶ Mientras que el acreedor de cualquier otro profesional no comerciante tendría que probar que su deuda se ha contraído en la explotación regular de los negocios o en el ejercicio ordinario y probar la regularidad o la habitualidad, lo cual puede no resultar sencillo.

⁹⁷ Sobre si hemos de entender modificados los artículos 6-12 del C.Co, véase GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, «Comentario a la sentencia de 10 de noviembre de 1995» en *RGD*, mayo, 1996, en el que se recoge la opinión de DÍEZ PICAZO Y GULLÓN a favor de la derogación tácita de estos preceptos por el artículo 1365 del Código Civil que tiende a asimilar a todos los profesionales. El problema tiene suma relevancia, pues si los artículos 6 a 12 del CCo están implícitamente derogados, desaparecería el privilegio de los acreedores del comerciante, al no existir la denominada presunción de comercialidad de sus deudas.

por lo que considero que las deudas que contrae son también adquiridas en el ejercicio de dicha actividad»⁹⁸. Si se presume que las obligaciones que contrae el comerciante las contrae en el ejercicio del comercio, estamos ante el supuesto del número 4 del artículo 1362 o del número 2 del artículo 1365, ambos del Código Civil. En estos casos, la deuda se presume ganancial, y para desvirtuar tal presunción será necesario acreditar que la deuda se ha contraído en provecho exclusivo del deudor y no en el desarrollo de su actividad económica.

Llegados a este punto, hemos de preguntarnos qué significa ser comerciante y quién es comerciante. El interés de la presunta resi-
de, como bien podemos imaginar, en conocer qué acreedores gozan de mayores garantías por tener sus créditos la condición de ganan-
ciales.

El empresario es, hoy, la equivalencia del «antiguo» comercian-
te. El *empresario* es para Uría la «persona física o jurídica que (...) ejerce una actividad en el mercado constitutiva de empresa, adqui-
riendo la titularidad de la obligación y derechos nacidos de esa acti-
vidad»⁹⁹. Y para este mismo autor la *empresa* consiste en el *ejerci-
cio profesional* de una actividad económica con el objeto de intermediar en el mercado de bienes y servicios. En consecuencia, comerciante o empresario es cualquier intermediador en el merca-
do de bienes y servicios y, por tanto, no sólo es comerciante el que está inscrito en el Registro Mercantil, porque esta inscripción es potestativa (art. 19.1 CC). Si la inscripción fuese obligatoria –hacia la que existe una tendencia cada vez más acusada– la situación cambiaría y sólo los comerciantes inscritos podrían acogerse al régimen de responsabilidad *ex lege* de los bienes gananciales, establecida en los artículos 6-12 del Código de Comercio.

3) Si bien es cierto que la legislación marca las diferencias entre los acreedores del cónyuge comerciante y los del cónyuge que ejerce cualquier otra profesión, para el Tribunal Supremo unos y otros tiene la misma consideración y en ambos casos parecen gozar de las mismas facilidades probatorias.

4) Las obligaciones contraídas por un cónyuge en el ejercicio del comercio o de la profesión son las que menos problemas plantean a la hora de su calificación. La indudable existencia de una causa onerosa en estas deudas las hace presumiblemente gananciales. En efecto, la contraprestación de las deudas comerciales o profesionales es ganancial, mientras no se demuestre lo contrario, y es invertida en

⁹⁸ SANCIÑENA ASURMENDI, *Régimen económico matrimonial del comerciante*. Dickin-
son, 1996, p. 127.

⁹⁹ En *Derecho Mercantil*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas. Vigésima edición, Madrid, 1993, p. 37.

el negocio, industria o explotación generadores de beneficios que, igualmente, son gananciales.

C) ADQUISICIÓN DE BIENES GANANCIALES A TRAVÉS DE LETRAS DE CAMBIO

El tercer grupo de sentencias lo constituyen aquellas que tienen por objeto la adquisición de bienes gananciales cuyo pago se documenta en letras de cambio. Aquí nos encontramos con la sentencia de 21 de junio de 1994 en la que se celebra un contrato de compra-venta entre el marido y un constructor, en virtud del cual este último se compromete a construir la vivienda familiar en terreno del matrimonio. La deuda del precio de la construcción se documenta en letras de cambio aceptadas por el marido contratante. El Tribunal Supremo no se pronuncia expresamente sobre el carácter de la deuda pero, al desestimar la tercería de dominio, parece estar implícitamente admitiendo el carácter ganancial de la misma. Igualmente, podría estar insinuándose la ganancialidad pasiva en el Fundamento Jurídico Tercero cuando se afirma: ...*Se entiende que al encargar el demandado señor S. el chalet a su codemandado en la tercería no actuó en interés de la familia; pero es de observar que el chalet en cuestión sirvió de domicilio familiar, según la propia recurrente afirma...*¹⁰⁰. Es preciso destacar que el encargo de la construcción se realizó antes de 1981 y de ahí, la referencia que hace esta sentencia al *interés familiar* como determinante de las deudas de las que responde el patrimonio ganancial. Bajo la actual regulación, el supuesto de adquisición de bienes gananciales no está regulado en el marco de la responsabilidad externa (art. 1365 CC), pero sí en el de la responsabilidad definitiva (art. 1362 CC) y, como ya hemos defendido, la segunda lleva implícita la primera.

En relación con la existencia de una posible presunción de ganancialidad de estas deudas, hemos de tener presente que la contraprestación de la deuda, es decir, la edificación de la vivienda es ganancial; y es ganancial no porque la vivienda tenga carácter fami-

¹⁰⁰ Tampoco es claro el criterio del Tribunal Supremo en la sentencia de 19 de julio de 1989. Al igual que en la sentencia que comentamos, la deuda consiste en las letras de cambio que acepta el marido por la adquisición de la vivienda familiar. Al Tribunal Supremo sólo le interesa establecer la responsabilidad de los bienes gananciales pero que éstos respondan directamente o de forma subsidiaria parece no tener mayor interés. Se declara que la esposa no tiene carácter de tercero cualquiera que sea la naturaleza de la deuda contraída por su cónyuge constante la sociedad de gananciales: ...*es evidente que constante régimen legal, responden los bienes gananciales* ... No cabe duda de que responden, pero no de la misma forma, pues si la deuda es privativa, la responsabilidad de los bienes gananciales es subsidiaria y además condicionada a que el cónyuge del deudor ejerza la opción a la que le faculta el artículo 1373 del Código Civil.

liar, sino porque el terreno en el que se construye es ganancial y «*las edificaciones, plantaciones y cualesquiera otras mejoras que se realicen en los bienes gananciales y en los privativos tendrán el carácter correspondiente a los bienes que afecten, sin perjuicio del reembolso del valor satisfecho*» (art. 1359 CC). El carácter ganancial de la contraprestación no debe hacer dudar, pues, del carácter ganancial del débito.

D) OBLIGACION EXTRAContractUAL DE UN CÓN-YUGE

a) Sentencia de 8 de febrero de 1991: El supuesto de hecho del que dimana la responsabilidad extracontractual estimada en esta sentencia es el almacenamiento de materiales de construcción de alto grado de combustibilidad en los bajos de unos inmuebles construidos por los demandados, socios entre sí. La citada mercancía inflamable provoca un incendio del que se derivan importantes daños en elementos privativos y comunes del edificio.

Los demandados y condenados por la Audiencia Provincial de Madrid recurren en casación invocando, entre otros muchos motivos, la falta de litis consorcio pasivo necesario al no haber sido demandadas sus respectivas esposas, cotitulares con sus maridos de los inmuebles afectados. El Tribunal Supremo considera, en el Fundamento Jurídico Segundo de la referida sentencia, que el motivo no puede prosperar *por la imposibilidad de saber en qué grado y medida la sentencia recaída pudiera afectar y perjudicar a las esposas de los demandados, habida cuenta de lo dispuesto en el artículo 1373 del Código Civil, y, en segundo término, porque la referida situación litis consorcial no deviene forzosa en los supuestos de responsabilidad extracontractual, en razón a la solidaridad que se produce entre las personas que pudieron resultar obligados, que faculta al perjudicado a dirigir su acción contra cualquiera de ellos como así tiene declarado la Sala...*

El Tribunal Supremo declara inalterados los hechos probados en la sentencia recurrida, en la que se recoge la doctrina de la responsabilidad objetiva o responsabilidad por riesgo¹⁰¹. Se trata, por tanto, de un supuesto de responsabilidad extracontractual en el que

¹⁰¹ El Fundamento cuarto de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid dice (...) que si bien es cierto que no consta acreditado que fueron ellos mismos quienes lo prendieran, (...) que teniendo almacenada una sustancia de las características antes resenadas, no la guardan en sitio conveniente, ni con las precauciones precisas (...), creando con ello una situación de riesgo que los propios perjudicados por el siniestro intentaron evitar con anterioridad a que ello ocurriera,... (fundamento jurídico cuarto de la Sentencia del T.S. de 8 de febrero de 1991).

no ha intervenido ni *culpa grave ni dolo* por parte de los cónyuges y que, en consecuencia, podría situarnos en el presupuesto contemplado en el artículo 1366 del Código Civil (cuando establece que *las obligaciones extracontractuales de un cónyuge (...), serán de la responsabilidad y cargo de aquélla, salvo si fuesen debidas a dolo o culpa grave del cónyuge deudor*). Sin embargo, observamos con sorpresa, que, por la invocación que hace esta sentencia del artículo 1373 del Código Civil, la obligación de reparar el daño causado por el almacenamiento indebido de los materiales inflamables se considera privativa de los maridos y, por tanto, sólo de manera subsidiaria, respondería el patrimonio ganancial. El Tribunal Supremo no analiza si concurren los requisitos del artículo 1366 del Código Civil para que tal obligación pueda ser considerada de cargo y responsabilidad de la sociedad de gananciales, y, por tanto, ganancial. En relación con el requisito de actuación en beneficio de la sociedad conyugal o en la administración de los bienes, consideramos que debe apreciarse aquí, por ser los maridos empresarios de la construcción y por formar parte el almacenamiento de las mercancías combustibles de una actuación en el ejercicio de su profesión, del que se derivan beneficios para el patrimonio ganancial. Tampoco parece tratarse, en el caso de esta sentencia, de una actuación dolosa o gravemente culposa, y, en consecuencia, no debe haber obstáculos para aplicar el artículo 1366 del Código Civil.

Hemos de observar, además, que el Tribunal Supremo desestima la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario invocada por los esposos condenados, amparándose *en primer lugar* en que la obligación es privativa de los esposos. Ahora bien, aun cuando de esta obligación respondiesen directamente los bienes gananciales, no sería necesario demandar a las esposas, porque si éstas resultasen condenadas responderían también sus propios patrimonios, y no se trata de eso, sino de la responsabilidad de los bienes gananciales, para lo cual no es necesario demandar a ambos cónyuges.

La sentencia de 8 de febrero de 1991 no invoca, en su fundamentación jurídica, el artículo 1908.1.^º del Código Civil que establece la responsabilidad de los propietarios por los daños causados *1.º Por la explosión de máquinas que no hubiesen sido cuidadas con la debida diligencia...*. Para Díez-Picazo y Gullón, el criterio utilizado por el legislador en este precepto es el de la responsabilidad *por culpa* y no el de la responsabilidad objetiva que es el que defiende la sentencia comentada¹⁰². Pero aun aplicando el 1908.1.^º,

¹⁰² Señalan estos autores que «... no ha existido diligencia en el cuidado de las máquinas o en la seguridad y adecuación del lugar en el que se colocaron las sustancias explosivas. Lo que ocurre es que, debido al riesgo creado, la culpa se presumirá», *Sistema de Derecho civil. Vol. II*. Técnicos, 1995, p. 632.

no nos hallaríamos ante un supuesto de exclusión del artículo 1366 del Código Civil y, por tanto, la obligación de reparar el daño causado sería de cargo y responsabilidad de los bienes gananciales.

b) Sentencia de 27 de noviembre de 1993: La posición sostenida por el Tribunal Supremo en esta sentencia es diferente a la defendida en la sentencia anterior. El supuesto de hecho consiste en el accidente laboral que sufre un trabajador de la construcción debido a la rotura de un andamio que no guardaba las debidas condiciones de seguridad en el trabajo. El Tribunal Supremo, después de declarar que la indemnización satisfecha por accidente de trabajo no es incompatible con la que dimana de un acto culposo^{103, 104} —que es la que se discute en el presente caso—, declara que la responsabilidad extracontractual que tiene el empresario no se puede extender, como lo hace la sentencia recurrida, a la esposa de éste¹⁰⁵. Ahora bien, el que la esposa no sea culpable de las acciones u omisiones de su marido no quiere decir que no respondan los bienes gananciales de acuerdo con el artículo 1366 del Código Civil. El Tribunal Supremo se limita a apuntar la posibilidad de que en su caso puedan responder los bienes gananciales, sin que de momento se haya planteado tal cuestión.

Es apreciable la diferencia de criterio respecto de la sentencia de 8 de febrero de 1991 en la que la obligación extracontractual tenía el tratamiento de una obligación privativa. No obstante, estas dos sentencias tienen como denominador común que, en ambas, sólo se plantea el problema de la exigibilidad de la obligación, y, por tanto, de contra quién o quiénes ha de ser dirigida la demanda. No se plantea la cuestión de la responsabilidad por el incumplimiento de una obligación extracontractual; pero si llegara a plantearse, no sería extraño que el Tribunal Supremo, en el caso de la sentencia de 8 de febrero de 1991, en lugar de invocar el artículo 1373 del Código Civil aplicase el 1366 del mismo Texto legal.

c) Sentencia de 29 de julio de 1993: Se trata de un supuesto de responsabilidad civil derivada de unos delitos cometidos por los maridos antes del año 1981 en el que se embargan bienes pertenecientes a la sociedad de gananciales. Las esposas solicitan la aplicación del

¹⁰³ En el Fundamento jurídico segundo se manifiesta que *las prestaciones de carácter laboral nacen de la relación de Seguridad Social y, mediataamente al menos, de la misma relación laboral que preexiste a las responsabilidades de índole extracontractual y que nacen de diferente fuente de obligaciones (arts. 1089 y 1093 del Código Civil) que es la culpa o negligencia no penadas por la Ley....*

¹⁰⁴ Aun cuando el Tribunal Supremo se refiere a la responsabilidad por culpa, hemos de recordar que la responsabilidad por riesgo nace, como dicen DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, para explicar la obligación de indemnizar que tiene el patrón por el accidente de trabajo sufrido por su obrero. (p. 593, *op. cit.*).

¹⁰⁵ El Fundamento Jurídico Segundo de esta sentencia establece que *la responsabilidad extracontractual del empresario individual por hechos propios en el ejercicio de su actividad empresarial, no puede extenderse al cónyuge no empresario ...*

artículo 1373 del Código Civil, en tanto en cuanto les faculta para pedir que se sustituya el embargo de bienes gananciales concretos por las cuotas que sus cónyuges ostenten en la sociedad de gananciales. El Tribunal Supremo, confirma las sentencias de Instancia y declara la irretroactividad del artículo 1373 del Código Civil, aplicando el artículo 1410, entonces vigente, según el cual responden los bienes gananciales cuando se han atendido las cargas del artículo 1408 y cuando el cónyuge deudor no tenga bienes suficientes.

Hemos de destacar el trato más favorable que en la legislación anterior a la Ley de 13 de mayo de 1981 recibía el acreedor de un cónyuge en caso de delito cometido por éste. Hoy, de las obligaciones extracontractuales de un cónyuge contraídas interviniendo dolo o culpa grave (art. 1366 *in fine*) puede responder, en defecto de bienes privativos del deudor, solamente la parte que el deudor ostenta en la sociedad de gananciales, si el cónyuge del deudor lo solicita. Antes de 1981 los bienes gananciales respondían, en defecto de privativos y atendidas determinadas cargas, en su totalidad.

d) Sentencia de 8 de julio de 1997: El criterio de esta sentencia difiere también del defendido en la sentencia de 8 de febrero de 1991, y se aproxima al de la sentencia de 27 de noviembre de 1993. Los hechos consisten en las lesiones que sufre un menor a consecuencia del disparo que otro menor realiza con una carabina de aire comprimido. El padre del menor lesionado ejercita demanda de responsabilidad civil extracontractual contra el padre del otro, quien resulta condenado al pago de una determinada cantidad. Ante el impago, se inicia el procedimiento de ejecución forzosa en el que se embarga el bien ganancial que constituye el objeto de la tercería de dominio ejercitada por la esposa del condenado. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda de tercería en una sentencia que es revocada por la Audiencia Territorial. Interpuesto recurso de casación por la demandante de tercería, el Tribunal Supremo desestima el recurso basándose en el incumplimiento de los dos requisitos necesarios para que prospere la tercería de dominio: 1) ser dueño del bien embargado cuya traba se pretende levantar¹⁰⁶ y 2) ser tercero respecto de la deuda de la que deriva el embargo¹⁰⁷.

¹⁰⁶ El Tribunal Supremo desestima la tercería, por no reunir la esposa este requisito, en los siguientes términos: *doña Pilar O.O. carece de legitimación activa para esgrimir la acción de tercería de dominio al no constar la liquidación de la sociedad de gananciales y la adjudicación de sus bienes con anterioridad al embargo y a la notificación de dicha traba a la tercerista, por lo que no ostenta un dominio concreto sobre todo o parte del bien embargado, sino sólo un derecho expectante sobre la masa aún sin liquidar, el cual no es suficiente para integrar el requisito de la titularidad dominical exigido para el éxito de la pretensión deducida...* (fundamento jurídico segundo).

¹⁰⁷ En el fundamento jurídico tercero se alude a la falta de este requisito en la esposa demandante de tercería: *... la obligación «in vigilando» corresponde tanto al padre como a la madre, por efecto del ejercicio conjunto de la patria potestad, y si se ha dirigido la*

No es pacífica la cuestión de si el cónyuge, constante la sociedad de gananciales, es o no propietario de los bienes comunes pero esta es una cuestión en la que ahora no podemos entrar¹⁰⁸. Sin embargo, presenta mayor interés para nuestro estudio determinar cuándo el cónyuge no deudor, demandante de tercera, es o no tercero respecto de la obligación contraída por su cónyuge. Como se sabe, el cónyuge no deudor tendrá la condición de tercero cuando el débito sea exclusivo o privativo de su cónyuge y no será tercero cuando no sea ajeno a la deuda de su esposo, caso de las obligaciones que individualmente contraídas en determinados ámbitos vinculan al patrimonio ganancial y, de las que, en consecuencia, no se puede desentender el cónyuge del deudor.

El Tribunal Supremo considera que la obligación extracontractual que se presenta en este supuesto es de cargo y responsabilidad de los bienes gananciales, al amparo del artículo 1366 del Código Civil, en tanto en cuanto *para que las obligaciones extracontractuales, como la del supuesto de debate, sean a cargo de la sociedad de gananciales, es preciso, de una parte, que surjan de un cónyuge como secuela de su actuación o gestión en beneficio de ésta o en el ámbito de la administración de los bienes, y de otra, que la imputabilidad de la obligación se deba a responsabilidad por riesgo o incluso de una acción u omisión ilícita culpable, propia de las personas de que se debe responder, salvo que fueran debidas a dolo o culpa grave del esposo deudor* (fundamento jurídico tercero). Podríamos entrar a discutir si en la responsabilidad de los padres por los actos de sus hijos dependientes hay culpa in vigilando o, por el contrario nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad objetiva¹⁰⁹. Pero en cualquier caso, no media en tal responsabilidad indirecta dolo o culpa grave del cónyuge o cónyuges responsables –aun cuando la actuación del menor pueda reputarse culposa o dolosa a partir de los dieciséis años– y, por tanto, es indiscutible el carácter ganancial de la obligación extracontractual.

Resumen y comentario de la jurisprudencia sobre obligaciones extracontractuales

La posible existencia de una presunción de ganancialidad pasiva en el ámbito de las obligaciones extracontractuales exige, en nues-

pretensión sólo contra don Manuel R.A. fue debido a que no existía la exigencia procesal de ampliar la demanda a doña Pilar O.O.; sin embargo, la condena se extiende a ambos progenitores, y su exacción no se concreta en los bienes privativos del marido, por cuanto la deuda no es exclusiva suya, sino que obliga a los de la sociedad de gananciales...

¹⁰⁸ Vid. la sentencia de 26 de junio de 1992, comentada en este trabajo, pp. 44-46.

¹⁰⁹ Vid. DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, *op. cit.*, pp. 624-625.

tra opinión, diferenciar dos supuestos. De un lado, la responsabilidad extracontractual basada en la culpa, y de otro, la responsabilidad fundada en otros criterios de imputación (el riesgo y otros establecidos legalmente como la responsabilidad por los daños ocurridos en la navegación aérea). Cuando el que sufre el daño, lo sufre a consecuencia de una actuación culposa, ha de probar la existencia de la acción u omisión, la existencia del daño, la relación de causalidad entre el comportamiento y el daño y, por último, la existencia de la culpabilidad. Si media *culpa grave o dolo*, esa obligación extracontractual no sería de *cargo y responsabilidad de bienes gananciales*, lo cual ha sido criticado por una parte de nuestra doctrina porque la víctima de una actuación dolosa tendría menos garantías patrimoniales, en tanto en cuanto, sólo responderá, en ese caso, el patrimonio privativo del cónyuge actuante y, en su defecto, la mitad de los bienes gananciales (*ex artículo 1373 del Código Civil*).

Ahora bien, cuando el que sufre el daño, lo sufre a consecuencia de una actuación no basada en criterios de culpa, goza de los denominados «expedientes de presunciones de responsabilidad» que, probando el daño, le exoneran de probar la culpa y la relación de causalidad¹¹⁰. Es, entonces, en este segundo grupo, donde podríamos afirmar que existe una presunción de ganancialidad pasiva, en tanto en cuanto, acreditado el perjuicio, de la obligación responde el patrimonio común y, en consecuencia, tiene la consideración de una obligación ganancial.

E) DEUDA LABORAL DE UN CÓNYUGE

La característica común de estas sentencias en las que se discute una deuda laboral es que, en general, carecen de pronunciamientos expresos sobre el carácter de la deuda.

a) Sentencia de 24 de julio de 1991: El objeto del presente recurso de casación es la tercería de dominio ejercitada por los maridos frente al embargo de bienes gananciales dimanante de deudas de las esposas empresarias. Los esposos alegan que las deudas de sus cónyuges, hermanas entre sí, son deudas de una herencia no aceptada y de las que, por tanto, no puede responder ningún bien privativo ni ganancial. El Tribunal Supremo en el fundamento jurí-

¹¹⁰ En este sentido, DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN señalan que el legislador de 1889 admite, «...una responsabilidad objetiva (...), o establece una presunción de culpa en el agente (...) en determinados supuestos», *Sistema de derecho de Civil*, Vol. II. Séptima edición. Editorial Tecnos, Madrid, 1995, p. 607

dico cuarto, es partidario de considerar gananciales estos débitos y sostiene que *no se trata de si se procedió en el juicio laboral por deudas de la herencia de los padres de las esposas –las demandadas hermanas O. I.– de los demandantes, sino de que en éstas, según declara la sentencia impugnada, concurría la «condición de empresarios explotadores del negocio».*

b) Sentencia de 7 de noviembre de 1992: El antecedente de hecho de esta sentencia consiste en la reclamación de las cantidades que adeuda un empresario a un trabajador en concepto de prestaciones por incapacidad laboral transitoria y posterior invalidez provisional a consecuencia de importantes lesiones ocasionadas por un accidente laboral. El trabajador solicita la ejecución de la sentencia que reconoce la deuda y se embargan bienes que eran gananciales, pero que han dejado de serlo por haberse adjudicado a la esposa del deudor a través de las capitulaciones matrimoniales otorgadas con posterioridad al momento en el que surge el derecho del trabajador a percibir las prestaciones citadas. El acreedor perjudicado ejercita una acción de nulidad o en su caso rescisión de las capitulaciones matrimoniales, petición que es desestimada en primera instancia. La Audiencia Provincial de A Coruña revoca el fallo acordando la rescisión de las capitulaciones. El Tribunal Supremo entiende que no debe prosperar la rescisión por ser un remedio *in extremis* y así, en el fundamento jurídico tercero afirma que *la correcta aplicación del citado artículo 1317 no puede llevar nunca a la solución rescisoria a que llega la Sala a quo ...*¹¹¹.

Hemos de observar que aquí no se hace referencia alguna a la naturaleza ganancial o privativa de la deuda laboral, pero de la desestimación de la acción rescisoria podemos extraer alguna conclusión en relación con el carácter de la deuda, como ya lo hicimos en sentencias anteriores. El Tribunal Supremo podría estar presumiendo que el débito es ganancial porque el artículo 1317 del Código Civil es aplicable a los acreedores consorciales. Cabanillas Sánchez, en el comentario citado, reconoce que la deuda laboral del marido empresario es ganancial porque si fuese privativa «el planteamiento y la solución del problema examinado se alterarían notablemente»¹¹², ya que el acreedor privativo no podría alegar la inoponibilidad del artículo 1317 del Código Civil.

c) Sentencia de 21 de mayo de 1992: El objeto de la litis es la modificación de régimen económico matrimonial en perjuicio de un empleado del marido a quien éste le debe la cantidad correspon-

¹¹¹ Esta sentencia está comentada por CABANILLAS SÁNCHEZ en C.C.J.C., núm. 30, pp. 1031-1042.

¹¹² *Op. cit.*, p. 1041.

diente a la indemnización por despido. Una vez más el Tribunal Supremo no se detiene a analizar el carácter de la deuda, aun cuando declara que las capitulaciones matrimoniales han perjudicado al trabajador con independencia de que la deuda se considere privativa o ganancial. Así, en el fundamento jurídico séptimo sostiene (...) *independientemente de cuales fueran los fines perseguidos al otorgarse las capitulaciones matrimoniales, lo cierto es que se adjudicó a la esposa un crédito del marido –el posteriormente embargado por la Magistratura de Trabajo– y, al actuarse así se perjudicó al Sr. M., tanto si se entiende que era acreedor de la sociedad de gananciales (art. 1362.3.º CC) como si lo era sólo del marido, y esto contraviene el artículo 1317, por lo que ha de estar-se a la situación anterior a la modificación del régimen económico matrimonial por las capitulaciones, en la cual el Sr. M. podía hacer efectivo, con cargo a la suma obtenida por el Sr. M. como precio de la finca vendida, el importe de la indemnización que le correspon-día por haber sido despedido...*

No se puede tratar indistintamente el perjuicio que la modificación del régimen económico matrimonial ocasiona a un acreedor ganancial y el ocasionado a un acreedor privativo, porque el patrimonio ganancial responde de forma directa de las deudas consorciales, y sólo, subsidiariamente, de las privativas. Hemos de observar cómo –en contra de la opinión de la doctrina mayoritaria– el Tribunal Supremo aplica, en esta sentencia, el mecanismo de la inoponibilidad como vía de impugnación de las capitulaciones modificativas del régimen económico con absoluta abstracción del tipo de deuda¹¹³.

d) Sentencia de 13 de abril de 1993: La deuda laboral que se plantea en esta sentencia no suscita problema alguno porque, con independencia de la finalidad u origen de la misma, procede de la actividad de los dos cónyuges ya que ambos son titulares de un centro de enseñanza en el que trabaja la profesora que solicita la resolución de su contrato laboral y el pago de los salarios que le corresponden. La deuda es de ambos y por tanto responden los bienes gananciales y los bienes de los cónyuges solidariamente, de acuerdo con el artículo 1367 del Código Civil.

e) Sentencia de 2 de marzo de 1994: Se trata de una deuda salarial del marido declarada ganancial en la sentencia recurrida. El Tribunal Supremo acoge las conclusiones de la Audiencia Provincial en relación con el carácter de la deuda en el fundamento jurídico

¹¹³ Ya hemos reflejado en páginas anteriores que para una gran parte de los autores, la inoponibilidad contenida en el artículo 1317 del Código Civil sólo es aplicable a los débitos gananciales, no a los privativos. Igual criterio sigue la Dirección General de los Registros.

Primero: (...) siendo el pago de las cantidades que se citan en la demanda procedente de salarios e indemnizaciones concedidas a los trabajadores actores por sentencia firme de 27 de marzo de 1985, y reconocida por acto de conciliación de 11 de octubre de 1984, del negocio explotado por don Antonio P., durante su matrimonio con la demandada doña Florentina S., con anterioridad a la escritura de capitulaciones matrimoniales y liquidación de la sociedad ganancial de 13 de febrero de 1985, tienen dichas cantidades las condiciones de gastos de explotación de negocio, y carácter ganancial, conforme al número 4.º del artículo 1362 del Código Civil, estableciendo el artículo 1369 del mismo Código la responsabilidad solidaria de la sociedad (fundamentos jurídicos primero y tercero de la resolución recurrida).

No ofrece duda la calificación de ganancialidad de la deuda laboral del marido en el ejercicio de sus negocios, pero lo que sí plantea más problemas, desde nuestro punto de vista, es la declaración de responsabilidad solidaria de la esposa del deudor¹¹⁴. Se trata, de acuerdo con el artículo 1369 del Código Civil, de declarar la responsabilidad solidaria del patrimonio ganancial por las deudas de un cónyuge que sean además deudas de la sociedad, como el caso de autos, pero en ningún caso de declarar solidariamente responsable a su esposa, en cuyo caso quedaría vinculado su propio patrimonio.

Observemos, finalmente, que se invoca por la sentencia de la Audiencia el artículo 1362.4.º del Código Civil, sin hacer mención alguna al artículo 1365 del Código Civil.

f) Sentencia de 17 de julio de 1997: En esta sentencia, el Tribunal Supremo sin entrar a discutir la naturaleza del débito, desestima la tercería de dominio ejercitada por la esposa del deudor y declara que son responsables los bienes gananciales de la deuda laboral de un cónyuge, luego está reconociendo que la deuda es ganancial.

g) Sentencia de 7 de noviembre de 1997: Se trata de la deuda de un cónyuge, titular de un taller de reparación, por impago de las cuotas de cotización a la Seguridad Social correspondientes a marzo de 1982, 1983, 1984 y enero-mayo de 1985. En 1983 los cónyuges otorgan capitulaciones matrimoniales pactando separación de bienes pero no liquidan la sociedad de gananciales disuelta. Se traba el embargo sobre un bien privativo de la esposa procedente de una adquisición realizada por la misma después del otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales. Se ejercita por la espo-

¹¹⁴ Una de las conclusiones a las que llega la sentencia recurrida es la estimación de la demanda en la que se solicita la *declaración de responsabilidad solidaria de la esposa demandada...* (fundamento jurídico primero).

sa acción de tercería de dominio que es desestimada en Primera Instancia. La audiencia revoca la Sentencia del Juzgado y la Tesorería de la Seguridad Social acreedora interpone recurso de casación. El Tribunal Supremo desestima el recurso, confirmando la sentencia recurrida y negando la existencia de fraude en las capitulaciones matrimoniales otorgadas cuatro años antes de la adquisición, por la esposa, de la vivienda incorrectamente embargada¹¹⁵.

Comentario y resumen de la jurisprudencia sobre deudas laborales

1) No es sencillo extraer conclusiones acerca del tratamiento que reciben las deudas laborales en las sentencias referidas, pero puede apreciarse una inclinación de nuestro Tribunal Supremo a considerarlas gananciales y a confirmar los pronunciamientos de las sentencias de Instancia en este sentido. Si el carácter ganancial no se ha acreditado, aun cuando parece no tener mayor importancia que la deuda laboral sea privativa o ganancial, el Alto Tribunal reconoce que responden los bienes gananciales de forma directa, porque, si no fuera así, la deuda se sustanciaría de acuerdo con el artículo 1373 del Código Civil y en los pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre deudas laborales no hay invocaciones a este precepto.

2) La deuda laboral, al igual que las deudas del comercio, es de las obligaciones que, contraídas por un solo cónyuge, plantea menos problemas a la hora de probar su carácter ganancial. Si la actividad profesional o empresarial de un cónyuge genera beneficios que son gananciales, y se generan, en una parte importante, por la intervención del factor de producción trabajo, es justo que las obligaciones que tiene el empresario con su trabajador vinculen al patrimonio ganancial. Si la *empresa*, desde el punto de vista de la ciencia económica, es concebida como una organización de los factores de la producción (capital, tierra y *trabajo*) con propósito de lucro, de los gastos, cargas o obligaciones generados por cualquiera de los factores de producción deben responder de forma directa los bienes gananciales.

3) La justificación de una presunción de ganancialidad pasiva en el marco de las deudas laborales puede, también, residir en que la deuda del empresario con su trabajador es una deuda más de las deri-

¹¹⁵ Situación distinta sería aquella en la que el bien privativo de la esposa procediese de la liquidación de la sociedad y la posterior adjudicación de bienes gananciales, en cuyo caso, respondería de las deudas laborales anteriores a la modificación de régimen económico matrimonial.

vadas de la explotación regular de los negocios o del ejercicio ordinario de la profesión, *ex artículos 1362.4.º y 1365.2.º del Código Civil.*

F) DEUDA FISCAL DE UN CÓNYUGE

a) Sentencia de 19 de febrero de 1992: Es esta una de las sentencias en las que el Tribunal Supremo se muestra más favorable a considerar ganancial, sin necesidad de acreditación por parte del acreedor, la deuda de un solo cónyuge. El objeto del recurso de casación es la tercería de dominio ejercitada por la esposa del deudor frente al embargo de un bien ganancial a consecuencia de deudas de su marido a la Hacienda Pública. La esposa fundamenta la tercería de dominio en que los bienes embargados, si bien fueron gananciales en los períodos de devengo del impuesto, ya no lo son en virtud de la modificación de régimen económico realizada por los esposos antes del embargo. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Territorial de Oviedo desestiman la demanda de la esposa. El Tribunal Supremo en el Fundamento Jurídico Segundo de esta sentencia señala que Hacienda Pública *pide que se declare la ganancialidad de la deuda en base a la cual se practicó el embargo y por ello la procedencia de la traba como consecuencia de tal previa declaración, mientras que la oposición de la actora recurrente es la de que para poder embargo bienes inscritos como privativos a favor de la misma, tiene que existir una previa declaración de que la deuda fundamento de dicha traba era de carácter ganancial.* El Tribunal Supremo rechaza el motivo y se muestra partidario de considerar ganancial el débito frente a Hacienda Pública sin necesidad de que esta acreedora pruebe el carácter ganancial de la obligación contraída por el marido¹¹⁶.

Hemos de destacar, en primer lugar, que en esta sentencia nuestro Tribunal Supremo establece una verdadera presunción de ganancialidad pasiva, en tanto en cuanto considera ganancial la deuda, por no constar elementos en contrario (*vid. fundamento jurí-*

¹¹⁶ La doctrina de esta sentencia en relación con el carácter de la deuda es la siguiente: ...la posición del Estado como parte codemandada de considerar que no debe prosperar la acción de tercería, sustancialmente se apoya en que, por las características de la deuda que funda el embargo de los bienes de que es propietaria la tercera (...), deben los mismos estar afectos al pago de tal deuda, por cuanto que, por lo expuesto, siendo las deudas anteriores al cambio de régimen capitular, es obvio que, en origen (no existen elementos en contrario) tenían carácter ganancial, por lo cual es viable la traba ...y ello, como se dice, no exige, de forma taxativa, que por el demandado se intercale una acción autónoma reconviniendo para que expresamente se declare el carácter ganancial de la citada deuda... (fundamento jurídico segundo de la sentencia de 19 de febrero de 1992).

dico segundo). Ahora bien, aun cuando desconocemos si en Primera o Segunda Instancia existen pronunciamientos expresos sobre la naturaleza del débito fiscal del marido, es verdad que en ambas se desestima la tercería de dominio ejercitada por la esposa. Si se desestima la tercería de dominio es porque no se cumple alguno de los requisitos necesarios para que prospere. Parece que no ofrece duda la titularidad de la esposa sobre los bienes embargados, que son privativos en virtud de las capitulaciones otorgadas por el matrimonio antes del embargo. En consecuencia, la esposa es dueña pero ¿es tercera? De la no admisión de la tercería de dominio hemos de deducir que la esposa no es tercera respecto a la deuda del marido y si no es tercera es porque es titular de unos bienes que cuando surgieron las deudas estaban afectos a su pago. La conclusión de este razonamiento es que ya existe en Instancia una presunción de ganancialidad pasiva que simplemente es confirmada por el Tribunal Supremo.

En relación con esta presunción de ganancialidad pasiva que, en puridad, procede de las sentencias de Instancia, el Alto Tribunal se aproxima a la legislación vigente antes del año 1981 que establecía la responsabilidad de los bienes gananciales por las deudas contraídas por el marido (antiguo art. 1408 CC)¹¹⁷. Creemos que son más poderosos los argumentos a favor de presumir ganancial –salvo prueba en contrario– la deuda de un sólo cónyuge casado en sociedad de gananciales que presumirla privativa. Si todo lo que se adquiere por un solo cónyuge es ganancial mientras no se demuestre lo contrario (*ex art. 1361 CC*), las deudas contraídas individualmente generan una contraprestación que mientras no se demuestre lo contrario es ganancial. Resultaría paradójico, como ha señalado Echevarría¹¹⁸, que el dinero obtenido con el préstamo sea ganancial y la deuda privativa, como pretende gran parte de la doctrina (Peña Bernaldo de Quirós, *De la Cámara, Torralba Soriano*).

En el caso que ahora nos ocupa, la presunción de ganancialidad pasiva tiene una justificación diferente por tratarse de una obliga-

¹¹⁷ Así, en el Fundamento Jurídico Primero de la sentencia que comentamos se trata de forma paritaria *las obligaciones tributarias surgidas de los hechos imponibles producidos durante el año 1980 y el siguiente hasta la entrada en vigor de la Ley de 13 de mayo de 1981 (...), y los posteriores hasta el 26 de diciembre de 1983, fecha de los capítulos (...)*. De ambas responden los bienes gananciales siendo irrelevante la modificación de régimen económico matrimonial.

¹¹⁸ Este autor plantea un *desideratum* en relación con la jurisprudencia: «(...), esta ganancialidad pasiva, presumida o real, tendremos que extraerla de las normas vigentes y procurar que vaya surgiendo, especialmente de la jurisprudencia, para restablecer el equilibrio entre el funcionamiento del activo y del pasivo en la sociedad de gananciales», «Sobre el embargo ganancial». *RDN*, julio-diciembre, 1986, p. 175.

ción *ex lege*. El deudor no obtiene ninguna contraprestación de la Hacienda Pública que pueda ingresar directamente en el patrimonio ganancial pero está obligado a pagar a aquélla unas cantidades por la explotación de un negocio, industria o por el ejercicio de una profesión que constituyen fuentes de ingreso del patrimonio ganancial (*ex art. 1347.1.º CC*).

En síntesis, nos encontramos con que nuestro Tribunal Supremo se muestra partidario de considerar gananciales las deudas fiscales de un solo cónyuge. Ahora bien, la deuda tributaria atraviesa diversas fases (realización del hecho imponible, acta liquidatoria, certificación de descubierto...), de tal forma que existen dudas sobre la fecha de su nacimiento. La sentencia de 19 de febrero de 1992 parte de que la deuda nace antes del acto liquidatorio de la Hacienda Pública y teniendo en cuenta que la modificación de régimen económico matrimonial se realizó antes del acto liquidatorio pero cuando la deuda había nacido ya, se declara la inoponibilidad de tal modificación.

b) Sentencia de 9 de marzo de 1995: La doctrina del Tribunal Supremo sentada en esta sentencia es, en líneas generales, igual a la recogida en la sentencia de 19 de febrero de 1992. El objeto del presente recurso de casación es, igualmente, una tercería de dominio ejercitada por la esposa ante el embargo de un bien ganancial por deudas tributarias del marido comerciante. En Primera y Segunda Instancia se desestima la tercería. El Tribunal Supremo, que sólo excepcionalmente entra en la valoración de los hechos probados en instancia, declara no haber lugar al recurso (...) *partiendo de las tesis fácticas inmutables, que son las de la posterioridad de la variación del régimen de gananciales al nacimiento de las deudas que causaron los embargos y la buena fe de la Administración del Estado a cuya instancia se produjeron aquellos ...* (fundamento jurídico tercero).

En esta sentencia, el Tribunal Supremo no se pronuncia de forma expresa sobre el carácter de la deuda, como lo hacía en la sentencia anterior. Sin embargo, de la desestimación de la tercería de dominio debido a la vinculación directa del patrimonio ganancial a la deuda objeto de la litis, se deduce la naturaleza de aquélla.

En relación con la otra cuestión analizada en la sentencia de 19 de febrero de 1992, la del nacimiento de la deuda tributaria, podemos observar que en la presente resolución, los impuestos reclamados por Hacienda Pública son los correspondientes a la actividad industrial de los años 1983, 1984 y 1985. A finales del año 1985 y antes de que la acreedora iniciase la vía de apremio y embargo del bien objeto de tercería, los cónyuges otorgaron capitulaciones matrimoniales pactando separación de bienes y adjudicando el citado bien a la esposa. ¿Había

nacido la deuda tributaria cuando los cónyuges disolvieron y liquidaron su sociedad de gananciales? No es ésta una cuestión de pacífica respuesta. A ella nos referiremos en el capítulo de conclusiones.

c) Sentencia de 18 de marzo de 1995: El objeto de este recurso es análogo al de las dos sentencias anteriores. El Tribunal Supremo, al igual que en dichos fallos previos, considera intocable la fundamentación fáctica acreditada en Instancia, declarando ganancial la deuda tributaria de los cónyuges desde 1979 hasta 1983 como derivada de la explotación de un negocio común¹¹⁹. El acta liquidatoria de la citada deuda fue firmada por el marido en 1983 y en 1985 otorga con su esposa capitulaciones matrimoniales de separación de bienes. En 1988 la Hacienda Pública embarga un bien ex ganancial adjudicado a la esposa en las capitulaciones matrimoniales anteriormente otorgadas. Se desconoce la fecha exacta en la que se gira la certificación de descubierto, pero, en todo caso, la modificación de régimen económico matrimonial se realiza después del acta liquidatoria, es decir, después del conocimiento por parte de los esposos de la existencia de deudas tributarias.

El Tribunal Supremo, apoyándose en doctrina jurisprudencial anterior, desestima la tercería de dominio ejercitada por la esposa por no reunir el requisito de «tercera» ya que no es ajena a la deuda de su marido derivada de la explotación de un negocio común; ni siquiera tendría el carácter de «tercera» si el negocio fuese de su esposo, por existir una afeción legal de los bienes gananciales a las deudas de un solo cónyuge en el desarrollo de su actividad económica, de acuerdo con los artículos 1362.4.^º y 1365.2.^º del Código Civil¹²⁰.

Comentario y resumen de la jurisprudencia sobre las deudas tributarias

Son dos los temas que presentan interés para nuestro estudio: de un lado, el momento del nacimiento de la deuda tributaria para

¹¹⁹ En el fundamento jurídico tercero se recoge el pronunciamiento sobre el carácter ganancial de la obligación y la consiguiente responsabilidad directa del patrimonio ganancial: *Acreditado en autos que las deudas tributarias para cuya exacción se instruyó el procedimiento administrativo de apremio al que se refiere la tercería de dominio ejercitada, fueron causadas en el ejercicio de una actividad comercial de carácter ganancial y que tales deudas son anteriores a la disolución del régimen económico matrimonial que regía entre la recurrente y su esposo, es decir, el de sociedad de gananciales, y su sustitución por el de separación de bienes, es claro que de tales deudas responden los bienes que integraban aquella sociedad, de acuerdo con los artículos 1362.4.^º del Código Civil, y 6 y 7 del Código de Comercio.*

¹²⁰ ...como dice la Sentencia de 21 de julio de 1987, no se trata de cuestionar la propiedad de unos bienes anteriormente gananciales y después adjudicados a la esposa en las referidas capitulaciones, sino de hacer efectivos, sobre ello, los derechos adquiridos por terceros con anterioridad a la modificación del régimen económico matrimonial....

determinar la existencia de un derecho adquirido a favor de la Hacienda Pública que haga inoponibles las capitulaciones matrimoniales en fraude de Hacienda Pública; de otro lado, la naturaleza de la deuda tributaria y la justificación de una presunción de ganancialidad de ésta.

1) Cuando el artículo 1317 del Código Civil prescribe que la modificación de régimen económico no perjudicará los *derechos ya adquiridos por terceros* se cuestiona automáticamente qué ha de entenderse por «derechos adquiridos». Si la pregunta es importante a efectos del acreedor que ha contratado con un cónyuge, más relevante resulta a efectos del acreedor Hacienda Pública por la complejidad que manifiestan sus créditos al no confluir en el tiempo su nacimiento y su eficacia.

Pues bien, ¿cuándo nace la deuda tributaria? De acuerdo con el artículo 28 de la Ley General Tributaria 230/1963, de 28 de diciembre de 1963, con las modificaciones introducidas por la Ley 25/1995, de 20 de julio, el impuesto se origina con el nacimiento del hecho imponible, pero el nacimiento del hecho imponible no genera la obligación del contribuyente de pagar ni el derecho de la Hacienda Pública de exigir a aquél la satisfacción de su crédito. En consecuencia, la obligación y el derecho de crédito nace con el devengo pero la Ley demora su *eficacia* a una fecha posterior¹²¹.

Abundando en estas ideas, el derecho de crédito del ente público nace ya con la realización del hecho imponible pero no nace en su plenitud. El derecho subjetivo está conformado por varias facultades:

- a) La inviolabilidad del derecho con el consiguiente deber de respeto a tal derecho.
- b) El disfrute para su titular.
- c) El derecho de acción o de protección del derecho.

Las dos primeras facultades tienen su razón de ser en la existencia de la tercera, sin la cual serían meras declaraciones programáticas. Pero el derecho de acción, en el caso de la deuda tributaria, no se puede poner en práctica hasta la liquidación, de ahí que digamos que el crédito a favor del ente público no nace pleno con el nacimiento del hecho imponible. La liquidación funcionaría, pues, como un título de legitimación que como tal concede a la Hacienda Pública la facultad de exigir la satisfacción del débito correspon-

¹²¹ Estas ideas las hemos tomado de J. L PÉREZ DE AYALA, *Dinámica de la relación jurídica tributaria en el Derecho Español*. Editorial Dickinson, 1997, pp. 33 y ss, donde se recogen las dos posturas doctrinales sobre la materia. «Según el primer enfoque, con la realización del hecho imponible nace, ya, la obligación tributaria, de pagar el tributo. El segundo esquema dogmático señala que para que este nacimiento se produzca, hace falta, además, un acto liquidatorio.», p. 36.

diente con todos sus elementos (cuota y pagos anticipados y las partidas complementarias integradas por recargos, intereses de demora, recargos de apremio y sanciones pecuniarias).

Si el derecho subjetivo a favor de la Hacienda Pública se origina con el hecho imponible pero no goza de plena eficacia hasta la liquidación, es fácilmente deducible que el artículo 1317 del Código Civil, sancionando la inoponibilidad del cambio de régimen frente al tercero con derecho adquirido, no es aplicable a la Administración Tributaria cuando los cónyuges modifican el *status* económico de su matrimonio en el período de tiempo comprendido entre la realización del hecho imponible y la fecha de declaración o autoliquidación. Este período de tiempo varía en función del tipo de impuesto con el que nos encontramos.

En el impuesto que grava la renta de las personas físicas, el devengo del hecho imponible se produce, como norma general, el 31 de diciembre de cada año¹²² y la fecha de autoliquidación es desde el 1 de mayo del año siguiente hasta el 20 ó 30 de junio siguiente. El intervalo temporal es mucho más reducido en el caso del impuesto que grava las transmisiones patrimoniales y los actos jurídicos documentados¹²³, en el que el devengo, dependiendo de la modalidad, se produciría el día en que se realice el acto o contrato gravado para las transmisiones patrimoniales onerosas, y el día en que se formalice el acto sujeto a gravamen para las operaciones societarias y actos jurídicos documentados y la exigibilidad del pago de la deuda vence a los treinta días siguientes. Si el impuesto ante el que nos encontramos es el IVA, el hecho imponible consiste en la entrega de bienes y/o prestación de servicios efectuada por empresarios o profesionales a título oneroso con carácter habitual u ocasional, en el desarrollo de sus actividades¹²⁴; el devengo del hecho imponible de este impuesto se producirá:

- en el momento en que los servicios se ejecuten para la prestación de servicios
- el día de su puesta a disposición¹²⁵ para la transmisión de bienes.

¹²² Aunque la Ley del I.R.P.F en su artículo 94 recoge varios supuestos de devengo anticipado, como consecuencia de una duración del período impositivo inferior al año.

¹²³ Realmente, aquí, nos encontramos ante tres modalidades impositivas definidas por tres hechos imponibles distintos: transmisiones patrimoniales onerosas, operaciones societarias, y actos jurídicos documentados (documentos notariales, mercantiles o administrativos).

¹²⁴ No analizaremos el hecho imponible concerniente a la imposición intracomunitaria de bienes.

¹²⁵ El concepto de puesta a disposición es sumamente complejo y desbordaría los límites del presente trabajo.

La exigibilidad del impuesto, mediante autoliquidaciones, se produce como regla general, con carácter trimestral (dentro de los primeros veinte días de los meses de abril, julio y octubre, y dentro de los primeros treinta días del mes de enero).

En el caso del Impuesto sobre Actividades Económicas, el hecho imponible consiste en el «mero ejercicio en territorio nacional de actividades empresariales, profesionales o artísticas, se ejerzan o no en local determinado...»¹²⁶ y el devengo del mismo tiene lugar el 1 de enero de cada año¹²⁷; la eficacia del crédito tributario se demora al momento en el que se abre el período recaudatorio (1 de septiembre al 20 de noviembre) para los que han sido objeto de inclusión en el censo del IAE.

Así podríamos continuar con el resto de las figuras impositivas (IBI, Impuestos sobre vehículos de tracción mecánica...) donde igualmente veríamos reflejada la existencia de un intervalo de tiempo entre el devengo y la exigibilidad del impuesto. El análisis detallado de esta cuestión en los distintos tipos de impuestos sobrepasa los límites de este estudio.

La tesis que acabamos de sostener —que permitiría la modificación de régimen económico matrimonial, en los términos vistos, después de la fecha del devengo del impuesto— no goza de una pacífica acogida en el Doctrina y en la Jurisprudencia. De forma patente, la resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 17 de mayo de 1994¹²⁸ considera que, conforme al artículo 28 de la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963, la obligación tributaria se entiende nacida desde el momento de realización del hecho imponible aunque este momento puede no coincidir con el de exigibilidad del pago de la deuda que se retrasa hasta la liquidación y notificación al sujeto pasivo¹²⁹.

Quizá resulte exagerada la postura de dicha resolución. Se trata de una posición de defensa a ultranza de los derechos de la Haciend-

¹²⁶ Artículo 79 de la Ley reguladora de las Haciendas Locales de 39/1988.

¹²⁷ Esta norma tiene la excepción de los períodos impositivos más deducidos como consecuencia del inicio o cese en la actividad no coincidentes con el 1.^º de enero.

¹²⁸ Crónica tributaria, número 72, año 1994, pp. 168-170.

¹²⁹ El Considerando 7.^º de esta Resolución establece que «existe por tanto desde el devengo un vínculo jurídico entre el deudor tributario y la Hacienda Pública que permite a éste, una vez que la deuda es exigible, actuar sobre los bienes existentes en el patrimonio del deudor en el momento de la realización del hecho imponible, pues estos siguen afectos a su pago aun cuando en virtud de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales haya visto modificada su naturaleza originaria, es decir, que los bienes que como gananciales hubieran de responder de la obligación tributaria no se eximen de tal responsabilidad por el hecho de haber sido adjudicados como privativos al cónyuge deudor o a su consorte, por lo que la Administración puede dirigir la acción ejecutiva contra los bienes recibidos por los esposos que tenía la sociedad de gananciales al liquidarse y que se detallan en la escritura de capitulaciones matrimoniales, y en su caso, los adquiridos a costa o en sustitución de éstos.»

da Pública, pero tampoco parece admisible la tesis sostenida en el prólogo de la monografía de Martínez Calcerrada¹³⁰, donde el Profesor Albiñana manifiesta que «...y sin que a la Hacienda Pública alcance lo dispuesto en el artículo 1317 del Código Civil». Entendemos que si el artículo 1317 del Código Civil proclama la inoponibilidad del cambio de régimen frente a cualquier sujeto con derechos adquiridos con anterioridad a tal modificación, no podemos interpretar excluido de esta ineficacia al Fisco.

A la vista de este panorama, ¿cuál es la posición de nuestro Tribunal Supremo? Podemos observar que las sentencias de 19 de febrero de 1992 y de 9 de marzo de 1995, consideran nacida la deuda tributaria en la fecha de vencimiento del hecho imponible, con la consiguiente ineficacia de las capitulaciones otorgadas antes del acta liquidatoria del impuesto pero después del devengo del impuesto. En la sentencia de 18 de marzo de 1995, las capitulaciones matrimoniales son otorgadas por los cónyuges después de haberse firmado el acta de inspección, pero, sin embargo, el criterio de delimitación del nacimiento de la deuda tributaria es el mismo que el de las sentencias anteriores¹³¹.

2) En relación con la condición de las obligaciones fiscales, hemos apreciado una tendencia, por parte del Tribunal Supremo, a considerarlas gananciales, al igual que las sentencias de Instancia. Puede parecer, a primera vista, que la acreedora Hacienda Pública goza de unos privilegios que no tienen otros acreedores, en la medida en que sin discutir el carácter de la deuda, ésta se *presume* ganancial. El propio ordenamiento jurídico, en algunos impuestos como el IRPF, favorece la denominada presunción de ganancialidad de las deudas tributarias. El artículo 85 de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del IRPF establece que *las deudas tributarias tendrán la misma consideración de aquéllas otras a las cuales se refiere el artículo 1365 del Código Civil y, en consecuencia, los bienes gananciales responderán directamente frente a la Hacienda Pública por estas deudas, contraídas por uno de los cónyuges...* Cuando el artículo 85 dice que las deudas tributarias tendrán la misma consideración que las del artículo 1365, quiere únicamente decir que tendrán el mismo régimen de responsabilidad, pero la Hacienda Pública quedará exonerada de probar que la deuda se debe a una de las causas del citado artículo.

¹³⁰ MARTÍNEZ CALCERRADA. *La sociedad de gananciales y el impuesto sobre la renta*. Segunda Edición. Madrid, enero 1991, p. 24.

¹³¹ Así se pronuncia esta sentencia en el Fundamento Jurídico Segundo: *...resulta que la deuda tributaria origen del expediente de apremio deriva de impuestos devengados durante los ejercicios tributarios (...), anteriores, por tanto, al otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales por la recurrente y su esposo*

El carácter ganancial de la deuda tributaria de un cónyuge surge, pues, de su asimilación a aquéllas contempladas en el artículo 1365, pero además, hemos de plantearnos si la deuda tributaria es de *cargo y responsabilidad de los bienes gananciales* por ser una *obligación extracontractual*, de acuerdo con el artículo 1366 del Código Civil.

Ahora bien, en absoluto es pacífica, en la doctrina civilista, la cuestión de si las *obligaciones extracontractuales* recogen *lato sensu* todas las obligaciones surgidas de una fuente distinta del contrato. Si acogemos esta interpretación amplia del término *extracontractual*, el precepto comprendería las obligaciones que nacen de la ley, de los cuasicontratos o de los actos u omisiones ilícitos o culposos. Dentro de las obligaciones que nacen de la ley encontraría una perfecta ubicación la obligación tributaria¹³².

Frente a esta interpretación del artículo 1366 del Código Civil, Peña Bernaldo de Quirós propugna una interpretación estricta manifestando que «(...) el artículo no tiene tanta amplitud. El régimen general de las cargas (*cfr. art. 1362*) y el de las obligaciones de la sociedad (*cfr. art. 1365* y no *art. 1366*) es, en principio, el aplicable cuando se trata de obligaciones *ex lege* y entre ellas las obligaciones fiscales ...»¹³³.

Una última observación, en relación con el carácter de la deuda tributaria, nos hace apreciar que la reclamación de ésta se ha realizado, en la Jurisprudencia comentada, a través de procedimientos de apremio administrativo dirigidos exclusivamente contra el cónyuge deudor y notificados al otro cónyuge. La consecuencia de ello es que el cónyuge no deudor no queda constituido como parte y, por tanto, no puede discutir el carácter de una deuda que se presume ganancial, a no ser que inicie un declarativo, como en los casos de autos. En estos casos y, por un principio de economía procesal, debería haberse previsto un procedimiento de apremio en el que pueda intervenir el cónyuge del sujeto pasivo del impuesto. Ahora bien, estimamos que no es solución considerar, como hace Bello Janeiro, que la deuda reclamada en un procedimiento de

¹³² Son, fundamentalmente, LACRUZ BERDEJO y TORRALBA SORIANO los defensores de esta interpretación de la norma del artículo 1366 del Código Civil. TORRALBA, siguiendo al Prof. LACRUZ, considera que «todas las responsabilidades de tipo extracontractual, consecuencia de infracciones realizadas con motivo de una gestión del negocio que alimenta la masa ganancial y de cuyas ganancias se aprovecha toda la familia, deben pesar sobre el patrimonio familiar», «Comentarios al artículo 1366 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, V. II. Tecnos. Madrid, 1984, p. 1692.

También ALBÁCAR y TORRES LANA en «Comentarios al artículo 1366 del Código Civil». *Comentarios al Código Civil*. Editorial Trivium, pp. 949-951, entienden comprendidas las obligaciones legales en el término extracontractual.

¹³³ «Comentarios al artículo 1366 del Código Civil». *Comentarios del Código Civil*. Ministerio de Justicia, T II, p. 698.

apremio administrativo es privativa por faltar «términos hábiles para que se declare que la deuda es ganancial y ante la imposibilidad de audiencia del cónyuge no deudor que, como cotitular de los bienes gananciales, debe ser oído a los efectos de la calificación de la deuda ...»¹³⁴. Entendemos que no es solución válida porque el perjuicio al cónyuge del deudor que se trata de evitar con la presunción de privatividad de las deudas, se le ocasiona al acreedor, quien tendrá que iniciar un juicio declarativo para desvirtuar la citada presunción.

G) OTRAS DEUDAS DE DIFÍCIL CLASIFICACIÓN

a) Sentencias de 12 de junio de 1990 y 4 de marzo de 1994: Aunque los supuestos fácticos de estas sentencias son distintos, en ambas se desestima la tercería de dominio interpuesta por el cónyuge del deudor con el único fundamento de que no es propietario de los bienes gananciales vigente la sociedad conyugal¹³⁵. No se entra a discutir si el cónyuge del deudor reúne el requisito de ser tercero o ajeno al vínculo obligatorio del que derivó el embargo del bien cuya traba se pretende levantar. Así lo expresa la sentencia de 12 de junio de 1990 en su fundamento jurídico tercero: *...el recurrente se refiere a un problema de prueba que debió suscitarse en el juicio ejecutivo del que trae causa la presente tercería, en el que dice que debiera haberse probado que la obligación era de aquéllos a que se refiere el artículo 1365 del Código Civil, y como ello es cuestión extraña a la que es propia del presente procedimiento de tercería, que lo es, el acreditamiento de la propiedad que el Juzgador de Instancia, muy acertadamente le niega, el motivo ha de ser desestimado.*

El Tribunal Supremo desestima la tercería de dominio, al igual que los Tribunales de instancia, pero se desentiende de analizar el carácter de la deuda remitiendo la prueba de esta cuestión al juicio ejecutivo del que dimana esta tercería. Esta remisión, como ya se sabe, plantea serios problemas porque el juicio ejecutivo no es el procedimiento idóneo para probar que determinada deuda es ganancial. Consideramos que a efectos de admitir la tercería de dominio, no debe ser indiferente que la esposa sea o no tercero, porque si es

¹³⁴ «La legitimación pasiva ante deudas pretendidamente gananciales contraídas por uno de los cónyuges». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Julio-agosto, 1993, núm. 617, pp. 1086 y 1087.

¹³⁵ Como ya hemos señalado, pensamos que cada cónyuge, vigente la sociedad de gananciales, es propietario de los bienes comunes, pero no es propietario en exclusiva sino en comunidad con el otro cónyuge y es esto lo que limita la prosperabilidad de la tercería de dominio.

tercero no tiene por qué soportar el embargo de un bien ganancial, y entonces ha de concedérsele la facultad del artículo 1373 del Código Civil que le permite sustituir el embargo de un bien ganancial concreto por la parte que el deudor ostenta en ese bien. En consecuencia, a pesar de que la doctrina procesalista más autorizada sostiene que el procedimiento de tercería no es hábil para discutir cuestiones ajenas a él como el carácter de la deuda de la que dimana el embargo que se pretende alzar, creemos que la naturaleza de la deuda no es una cuestión ajena a la tercería, pues de ella depende el cumplimiento de uno de los requisitos necesarios para que prospere la tercería de dominio: la cualidad de tercero en el demandante de tercería¹³⁶.

b) Sentencia de 9 de julio de 1990: El supuesto fáctico sobre el que se pronuncia esta sentencia es el de la ineeficacia de las capitulaciones matrimoniales otorgadas para eludir el pago de una obligación contraída por el marido con la Caja Rural de Madrid. Únicamente sabemos que la deuda está documentada en una póliza intervenida por Agentes de Cambio y Bolsa y, puesto que es reclamada en juicio ejecutivo, no consta nada acerca de su naturaleza. El Tribunal Supremo no se pronuncia tampoco sobre este último aspecto, pero declara la viabilidad de la acción rescisoria. Se argumenta que si bien es cierto que la acción pauliana es subsidiaria respecto del *recurso legal previo* establecido en el artículo 1317, este remedio principal ha sido intentado sin éxito, en la medida en que la entidad acreedora no pudo obtener el cobro de sus créditos.

¿Está presumiendo el Tribunal Supremo que el préstamo solicitado por el marido tiene carácter ganancial? No es fácil responder a tal cuestión en este supuesto concreto. La respuesta positiva está apoyada en que el Tribunal Supremo considera que se ha intentado sin éxito la vía de la inoponibilidad de las capitulaciones –si bien parece que el fracaso de esta vía se debe a una imposibilidad fáctica de cobrar, más que jurídica–, establecida en el artículo 1317 del Código Civil, y, como sabemos, el artículo 1317 se considera aplicable únicamente a las deudas consorciales. Además, y a favor de la respuesta positiva, nos encontramos con que en ningún momento

¹³⁶ También desestima la tercería de dominio entablada por la esposa la sentencia de 4 de marzo de 1994, fundamentándose únicamente en que aquélla no reúne el requisito de ser propietaria de la mitad indivisa del bien ganancial embargado. No entendemos por qué el Supremo no entra a analizar si concurre en la esposa la cualidad de tercero. Teniendo en cuenta que *el embargo es consecuencia de la ejecución de una sentencia penal, en la que el marido fue condenado por falsedad y estafa ...* (fundamento jurídico primero), si los delitos se han cometido mediando dolo o culpa grave –circunstancia que desconocemos–, no tienen por qué responder los bienes gananciales, al menos de forma directa (*ex art. 1366 CC*). Si los bienes gananciales no están afectos principalmente a la deuda del marido, la esposa es tercero y, en consecuencia la tercería de dominio podría estimarse.

se invoca la aplicación del artículo 1373 del Código Civil, lo que quiere decir que el préstamo de la Caja Rural no se sustancia como privativo o exclusivo del marido. No obstante, en la práctica registral, la cuestión adopta una solución diferente. Podemos observar, en efecto, que el Registrador de la Propiedad no anota el embargo sobre el bien trabado por estar inscrito a nombre de quien no es deudor. Si se deniega la anotación de embargo sobre un bien que era ganancial cuando nació el crédito pero que ya no lo es, es porque al Registrador no le consta el carácter ganancial de la deuda, carácter que sólo puede ser acreditado en un juicio declarativo en el que se declare la ganancialidad del débito y, por tanto, la inoponibilidad de la modificación de régimen económico matrimonial¹³⁷.

c) Sentencia de 24 de julio de 1990: El objeto de esta sentencia no presenta mayor interés por sustanciarse la impugnación de unas capitulaciones matrimoniales por consentimiento viciado de la esposa que desencadena una liquidación defectuosa de la sociedad de gananciales. No obstante, en el fundamento jurídico tercero de esta sentencia se hace una afirmación que podría constituir una verdadera presunción de ganancialidad pasiva: ... *nada se dice en la escritura de liquidación de las expresadas gananciales que hubieren sido asumidas por el marido demandado, y ahora recurrente, don J.J.G.G., por lo que habría de ser imputado a cargo de la sociedad conyugal a tenor de lo normado en los artículos 1362, 1363, 1364, 1365, 1366 y 1367 del Código Civil, al no acreditarse que tales deudas y pagos tengan causa excluyente de su inclusión en esa normativa, y haber de ser tenido en cuenta a efectos de inclusiones en el pasivo y activo de la sociedad de gananciales a fines de su liquidación...* Parece que el Tribunal Supremo está diciendo que si no consta que las deudas son exclusivas del marido se entiende que son gananciales.

d) Sentencia de 30 de octubre de 1991: Esta sentencia carece de especial interés porque los promotores-constructores de viviendas que adolecen de defectos de construcción y, en consecuencia, responsables de los mismos, no son sólo los maridos sino también sus mujeres. El supuesto nos sitúa, pues, no en el ámbito de aquellas obligaciones que contraídas por un solo cónyuge vinculan bienes comunes, sino en el de aquellas obligaciones de ambos cónyuges de las que responden indudablemente los bienes gananciales, en virtud del artículo 1367 del Código Civil. No tiene sentido, por tanto, que se invoque para eximir

¹³⁷ En relación con el tratamiento que hace el Tribunal Supremo de la acción rescisoria en relación con la naturaleza de las deudas contraídas por un solo cónyuge, pueden verse las conclusiones del presente trabajo para las sentencias de 19 de febrero de 1990 y 15 de junio de 1990 (avales), 18 de julio de 1991 (deudas derivadas del comercio) y 7 de noviembre de 1992 (deudas laborales).

de responsabilidad a las esposas, el artículo 1373 del Código Civil porque no sólo responden los bienes gananciales sino también los patrimonios privativos de ellas. Ahora bien, si esta responsabilidad de los patrimonios gananciales y privativos es solidaria o mancomunada es cuestión que nuestro ordenamiento jurídico no despeja. Quizá hemos de resolver tal cuestión aplicando el artículo 1369, de forma que la responsabilidad entre el patrimonio ganancial y privativo es solidaria y será mancomunada entre los patrimonios privativos de los cónyuges, siguiendo las reglas generales.

e) Sentencia de 10 de noviembre de 1995¹³⁸: El objeto de este recurso de casación es la disolución de una sociedad mercantil irregular por voluntad de uno de los socios. La acción se dirige contra el cónyuge comerciante y contra su esposa y ello provoca que éstos aleguen la excepción de falta de legitimación pasiva de la segunda. El Juzgado de Primera Instancia rechaza la excepción de falta de legitimación pasiva de la esposa y condena a los demandados. La Audiencia Provincial de Oviedo revoca en parte la sentencia apelada pero mantiene el criterio del Juzgado en lo relativo a la excepción de legitimación pasiva. El Tribunal Supremo, en el fundamento jurídico tercero, se pronuncia sobre la cuestión desestimando el recurso y reconociendo, por tanto, que la esposa está legitimada pasivamente, y ello obedece a que el negocio contemplado en el contrato de sociedad que se pretende disolver –aun cuando no haya sido firmado por la esposa– tiene carácter ganancial¹³⁹.

Observemos que la sentencia que comentamos desestima el motivo del recurso invocando la aplicación de los artículos 1347.1.º, 1362.4.º, 1365 y 1375 del Código Civil.

– La invocación del artículo 1375 parece incorrecta porque, si bien es cierto que la regla general es la cogestión y codisposición, esta regla sufre múltiples excepciones y no justifica la demanda conjunta. Consideramos, además que el contrato de sociedad firmado por un cónyuge nos sitúa en el ámbito de los actos obligatorios y no en el de los actos de gestión o disposición, como pretende la presente sentencia.

– La acción para extinguir una sociedad es personal; si es personal, el criterio predominante en el Supremo es el de la no existencia de litisconsorcio pasivo y, en consecuencia, basta con demandar al cónyuge deudor.

¹³⁸ Esta sentencia está comentada en la Revista General de Derecho, mayo 1996 por GÓMEZ FERRER, pp. 5289-5293.

¹³⁹ El Tribunal Supremo manifiesta que ...dicho negocio tenía para ambos naturaleza ganancial, y la esposa, por tanto, se encontraba legitimada para ser llamada y traída a un procedimiento que tenía por objeto la liquidación del referido negocio (fundamento jurídico tercero).

– Estimamos, por ello, que no hay que demandar a ambos cónyuges, basta con demandar al cónyuge que ha firmado el contrato y, si éste se niega a disolver y liquidar la sociedad, deberá entonces pedirse la responsabilidad del patrimonio ganancial al amparo del artículo 1365.2 del Código Civil, por tratarse de una carga o deuda de la sociedad de gananciales derivada de la explotación regular de los negocios, de acuerdo con el artículo 1362.4.^o del Código Civil.

En este punto, se muestra Gómez-Ferrer Sapiña de acuerdo con la doctrina de la sentencia de 10 de noviembre de 1995. Según este autor «... es lógico y lícito que se demande también a la esposa no socia, teniendo en cuenta que la demanda se dirige no sólo aclarificar aspectos relativos al contrato de sociedad, sino también a exigir responsabilidades pecuniarias que recaen sobre bienes de la sociedad de gananciales». Si bien es cierto que a la hora de exigir la responsabilidad del patrimonio ganancial, la esposa está directamente implicada, por ser cotitular de esos bienes, hay que ser cauteloso con la obligatoriedad de la demanda conjunta y demandar a la esposa no como deudora, que no lo es, sino únicamente como *comunera* de unos bienes que, en su momento, pudiesen tener que responder de la obligación del marido¹⁴⁰.

H) DEUDAS CONTRAÍDAS EN LA DENOMINADA COMUNIDAD POSTGANANCIAL

También debemos hacer una breve referencia a la Jurisprudencia del Supremo en materia de comunidad postganancial. Las sentencias del Tribunal Supremo sobre tercerías de dominio ejercitadas

¹⁴⁰ Uno de los problemas que más preocupan a los acreedores de un cónyuge casado bajo el régimen de sociedad de gananciales es el de la constitución de una correcta relación jurídico procesal, pues de ello depende, no tanto el éxito del embargo sobre los bienes comunes, cuanto la anotación preventiva de ese embargo en el Registro de la Propiedad.

En líneas generales, el Tribunal Supremo desestima la excepción de litisconsorcio pasivo necesario cuando sólo interviene un cónyuge en el contrato. La doctrina del Tribunal Supremo sobre esta materia está recogida, de forma clara y resumida, por GUILARTE GUTIÉRREZ en *Defensa de los bienes y derechos gananciales y litisconsorcio pasivo necesario*. Colección Jurisprudencia Práctica Tecnos. Madrid, 1994. Si el acreedor pretende embargar bienes inmuebles gananciales por deudas «gananciales» contraídas por un solo cónyuge, el artículo 144 del Reglamento Hipotecario exige para la anotación preventiva de ese embargo la demanda conjunta. Ahora bien, si en un procedimiento declarativo se puede demandar a ambos cónyuges (a uno como titular de la deuda y al otro como cotitular de unos bienes perseguibles), en un procedimiento ejecutivo sólo podría demandarse al cónyuge deudor, ocasionando, así, una clara indefensión para el cónyuge no deudor.

Esta indefensión se salva, en la práctica, con la notificación del procedimiento al cónyuge no deudor, pero ello no es suficiente para que el Registrador de la Propiedad practique la anotación preventiva del embargo cuando la traba se realice después de la inscripción en el Registro de la Propiedad de las adjudicaciones de bienes, a consecuencia de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales.

por los herederos del cónyuge fallecido ante los embargos de bienes postgananciales derivados de obligaciones contraídas por el cónyuge viudo, carecen de interés para nuestro estudio. Y ello es así porque tales obligaciones no pueden ser gananciales, por haber sido contraídas en la denominada comunidad postganancial o postmatrimonial que se produce tras la disolución de la sociedad de gananciales. No obstante, vamos a reflejar sucintamente los pronunciamientos del Supremo dependientes siempre de las alegaciones de las partes. Así, por ejemplo, cuando los herederos del cónyuge fallecido piden que se alce el embargo sobre la totalidad del bien y subsidiariamente que se embargue la cuota abstracta que ostenta el cónyuge deudor sobre el bien embargado, el Tribunal acuerda el embargo de la cuota abstracta (*vid. Sentencia de 8 de octubre de 1990 y de 14 de marzo de 1994*). En otras, como la de 20 de noviembre de 1991, los demandantes de tercería se limitan a pedir que se levante el embargo sobre la totalidad del bien ganancial embargado y el Tribunal Supremo no analiza si es más correcto levantar el embargo sobre la totalidad o permitir al acreedor que embargue la cuota abstracta que le corresponde a su deudor en el bien postganancial. En la sentencia de 17 de febrero de 1992, habiéndose disuelto sin liquidar la sociedad de gananciales, la esposa contrae una deuda que no se paga. Tras la ejecución de un bien perteneciente a la sociedad postganancial el marido ejercita una acción de tercería de dominio que es desestimada en Primera Instancia y estimada por la Audiencia. El acreedor interpone recurso de casación solicitando que no se levante el embargo sobre el bien trabado. El Tribunal Supremo estima parcialmente la tercería de dominio y adopta una posición intermedia que favorece al recurrente y al acreedor, declarando que no se alza el embargo sobre la totalidad del bien sino sólo sobre la cuota abstracta que corresponde al recurrente, manteniéndose la traba sobre la otra cuota de idénticas características que corresponde a la esposa deudora.

V. RECAPITULACIÓN

I. El Tribunal Supremo no se hace eco de aquella opinión dominante en la Doctrina que diferencia la responsabilidad *definitiva* de la responsabilidad *provisional* del patrimonio común apoyándose en la ordenación que del pasivo ganancial hace el legislador de 1981.

Estimamos que la intención del legislador no es tanto la de separar los dos ámbitos de responsabilidad –observemos que para la liquidación de la sociedad de gananciales se habla globalmente

de *deudas pendientes a cargo de la sociedad* (art. 1398.1.º CC), expresión que incluye tanto las cargas como las deudas— como la de subrayar la posibilidad que tiene cada cónyuge de vincular, individualmente, el patrimonio ganancial.

En realidad, al Tribunal Supremo le interesa la protección del acreedor y, en consecuencia, los supuestos de responsabilidad externa o provisional. Si éstos coinciden o no con los de responsabilidad definitiva es una cuestión que ha de resolverse, exclusivamente, entre cónyuges. Si el Supremo es más proclive a invocar, en su fundamentación jurídica, los preceptos que establecen la responsabilidad definitiva, es porque entiende, acertadamente a mi juicio, que ésta incluye la provisional.

II. La justificación de esta actuación individual de los cónyuges para poder vincular al patrimonio ganancial, reside en la existencia de las denominadas potestades orgánicas, en terminología acuñada por Peña, que permiten a cada cónyuge, por separado, realizar gestiones y contraer obligaciones. Pero estas potestades orgánicas no existen en todos los ámbitos, sino sólo en aquellos de los que se deriva un beneficio para las personas o los bienes de la sociedad conyugal. Ello no nos permite considerar ganancial, sin prueba en contrario, *toda obligación contraída por un solo cónyuge*.

A consecuencia de lo anterior, no es fácilmente admisible la existencia de una presunción de ganancialidad pasiva. La dificultad se ve acentuada si tenemos en cuenta que nuestro Código Civil, después de 1981, no establece expresamente la citada presunción. Ahora bien, tampoco existe ninguna presunción de privatividad pasiva que descargue sobre el acreedor la prueba del carácter consorcial de la deuda. El único argumento que encontramos a favor de presumir privativos, *iuris tantum*, los débitos de un solo cónyuge es el que resulta del artículo 1214 del Código Civil, según el cual *incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento...* No obstante, el artículo 1215 se refiere a la prueba de las obligaciones pero no a la prueba del carácter de las mismas.

Además, y a favor de la presunción de ganancialidad pasiva, existen en nuestro ordenamiento jurídico las denominadas presunciones *hominis* del artículo 1253 del Código Civil y la presunción de ganancialidad pasiva podría ser una de ellas. Como es cierto que son más las veces que el cónyuge actúa por una de las causas del artículo 1365 del Código Civil que las veces que actúa en interés o provecho exclusivo, nos adherimos a estas palabras de Echevarría: «(...) teniendo en cuenta que la abrumadora mayoría de las actuaciones pasivas unipersonales de un cónyuge serían de cargo de la sociedad de gananciales (arts. 1362 y concordantes) y, por tanto,

gananciales, es lógico pensar que necesitaría de prueba, más lo excepcional que lo general...»¹⁴¹.

III. Como hemos puesto de relieve a lo largo de este estudio, una gran parte de las sentencias del Tribunal Supremo se limita a recoger los pronunciamientos que sobre el carácter de la deuda se han llevado a cabo en la Instancia, donde, en algunas resoluciones se presume el carácter ganancial del débito. En un grupo muy minoritario de sentencias, se observa una inclinación del Tribunal Supremo hacia la ganancialidad, bien porque la ausencia de elementos de prueba impiden considerarlas privativas o bien porque se desestima una tercería de dominio o se impugnan unas capitulaciones matrimoniales declarando la responsabilidad del patrimonio ganancial.

Sería útil y deseable que el Tribunal Supremo aclarase esta cuestión, pero más deseable sería que el procedimiento del juicio ejecutivo fuese hábil para discutir la naturaleza de las deudas de un cónyuge. Se evitaría así, que el acreedor tuviese que iniciar un procedimiento declarativo para acreditar el carácter ganancial de la deuda y vincular, de esta manera, a los bienes gananciales, con independencia de que hayan sido adjudicados al cónyuge que no ha suscrito el título ejecutivo.

La falta de idoneidad del juicio ejecutivo para acreditar la condición ganancial del débito del cónyuge, se podría solucionar si la obligación contraída por un solo cónyuge se presumiese ganancial salvo prueba en contrario, presunción que rechaza la Dirección General de los Registros y del Notariado¹⁴². Ahora bien, si presumimos ganancial la deuda de un cónyuge, habrá que conceder a su cónyuge, eventual perjudicado por esta presunción, la posibilidad de defenderse. Y para ello habrá que examinar si es suficiente notificarle el procedimiento seguido contra el deudor o es necesario dirigir la demanda también contra él. El problema no termina aquí; pues si es cierto que para garantizar los derechos del cónyuge no deudor no basta con la notificación, el juicio ejecutivo sólo puede ser dirigido contra el que ha firmado el título, careciendo su cónyuge de legitimación pasiva para ser demandado. Todos estos problemas nos conducen a pedir ayuda a los procesalistas, para que se puedan plantear, en el juicio ejecutivo, aspectos, hoy incuestio-

¹⁴¹ Vid. «Sobre el embargo ganancial». *Revista de Derecho Notarial*. Julio-diciembre, 1986, p. 176

¹⁴² «Con la ganancialidad pasiva –señala ECHEVARRÍA– se allanan muchos de los problemas de legitimación procesal y registral a la hora de las reclamaciones judiciales, de los embargos y de la eficacia de la traba de bienes que son o fueron gananciales, sin que la titularidad registral del cónyuge no deudor suponga un obstáculo decisivo al estar directamente implicado en la gestión ganancial, aunque no haya intervenido directamente en la obligación concreta reclamada...», «Sobre el embargo ganancial», *cit.*, p. 116.

nables, o para que presumiendo el carácter ganancial de la deuda de un cónyuge, puedan salvaguardarse los derechos del otro¹⁴³.

A la vista del reciente Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 26 de diciembre de 1997, nos encontramos con que en materia de ejecución de bienes comunes por deudas «gananciales» contraídas por un solo cónyuge no se han producido novedades significativas. En efecto, el artículo 545 de este Anteproyecto no ha hecho más que regular una práctica jurídica ya existente: la demanda ejecutiva se dirige únicamente contra el cónyuge deudor y se notifica el procedimiento de embargo al otro cónyuge. Ahora bien, mientras el juicio ejecutivo no sea hábil para discutir la condición de la deuda de la que dimana el embargo, y haya que acudir a un procedimiento declarativo para obtener una declaración de esta naturaleza, la notificación del procedimiento al cónyuge no deudor no será suficiente para anotar preventivamente el embargo sobre bienes gananciales que en el momento de practicarse el embargo ya no lo son.

RELACIÓN CRONOLÓGICA DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO RECOGIDAS EN ESTE TRABAJO

A) AVAL, FIANZA O GARANTÍA

- Sentencia de 19 febrero de 1990.
- Sentencia de 30 abril de 1990.
- Sentencia de 6 junio de 1990.
- Sentencia de 2 julio de 1990.
- Sentencia de 17 octubre de 1990.
- Sentencia de 16 noviembre de 1990.
- Sentencia de 5 febrero de 1991.
- Sentencia de 15 marzo de 1991.
- Sentencia de 30 septiembre de 1991.
- Sentencia de 15 junio de 1992.
- Sentencia de 26 junio de 1992.
- Sentencia de 29 abril de 1994.
- Sentencia de 17 julio de 1997.

¹⁴³ La ayuda la solicitamos, como tiempo atrás lo hizo DE LA CÁMARA en estos términos : «Me permito rogar al profesor Prieto Castro que si le es posible preste especial atención porque no me parece de recibo que un acreedor provisto de un título ejecutivo y que ha obtenido un mandamiento de embargo sobre bienes de procedencia ganancial adjudicados a un cónyuge en la liquidación de la sociedad legal se quede sin la garantía que la anotación del embargo representa al denegarse la práctica del asiento (...), lo que le obligará, (...), a acudir a un juicio declarativo para que previa la prueba de que se trata de una «deuda de la sociedad» como dice el artículo 1401 del Código Civil se pueda cumplir lo que ese precepto ordena...»

B) DEUDAS DERIVADAS DE RELACIONES COMERCIALES

- Sentencia de 5 junio de 1990.
- Sentencia de 22 octubre de 1990.
- Sentencia de 18 julio de 1991.
- Sentencia de 25 noviembre de 1991.
- Sentencia de 22 junio de 1993.
- Sentencia de 6 junio de 1994.
- Sentencia de 13 octubre de 1994.
- Sentencia de 22 diciembre de 1995.
- Sentencia de 18 abril de 1997.
- Sentencia de 26 junio de 1997.
- Sentencia de 10 marzo de 1998.

C) ADQUISICIÓN DE BIENES GANANCIALES

- Sentencia de 21 junio de 1994.

D) OBLIGACION EXTRACONTRACTUAL

- Sentencia de 8 febrero de 1991.
- Sentencia de 27 noviembre de 1993.
- Sentencia de 29 julio de 1993.
- Sentencia de 8 julio de 1997.

E) DEUDA LABORAL

- Sentencia de 24 julio de 1991.
- Sentencia de 21 mayo de 1992.
- Sentencia de 7 noviembre de 1992.
- Sentencia de 13 abril de 1993.
- Sentencia de 2 marzo de 1994.
- Sentencia de 17 julio de 1997.
- Sentencia de 7 noviembre de 1997.

F) DEUDA TRIBUTARIA

- Sentencia de 19 febrero de 1992.
- Sentencia de 9 marzo de 1995.
- Sentencia de 18 marzo de 1995.

G) OTRAS DEUDAS DE DIFÍCIL CLASIFICACIÓN

- Sentencia de 12 junio de 1990.
- Sentencia de 9 julio de 1990.
- Sentencia de 24 julio de 1990.
- Sentencia de 30 octubre de 1991.
- Sentencia de 4 marzo de 1994.
- Sentencia de 10 noviembre de 1995.

H) DEUDAS CONTRAÍDAS EN LA COMUNIDAD POST GANANCIAL

- Sentencia de 8 octubre de 1990.
- Sentencia de 20 noviembre de 1991.
- Sentencia de 17 febrero de 1992.
- Sentencia de 14 marzo de 1994.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

BUSTOS PUECHE, José Enrique: *La doctrina de la apariencia jurídica. (Una explicación unitaria de los artículos 34 LH y 464 del CC, y otros supuestos de apariencia)*, ed. Dykinson, Madrid, 1999, 171 pp.

El Dr. Bustos Pueche, profesor titular de Derecho Civil de la Universidad de Alcalá, nos ofrece en esta obra uno de los temas más interesantes de nuestro Derecho Patrimonial: la apariencia jurídica.

Es de resaltar que, a pesar de la importancia que presenta la teoría de la apariencia jurídica, no se encuentran en la doctrina patria numerosos trabajos sobre el particular. Y no se trata de un tema nada pacífico, pudiéndose apreciar dos extremos doctrinales: para algunos, se trata de un auténtico principio general del Derecho, susceptible de aplicación analógica (*analogía iuris*); para otros, el reconocimiento de la apariencia subvierte los fundamentos del ordenamiento jurídico, que ha de basarse en la realidad, y no en la ficción, por lo que la apariencia sólo puede surtir efectos en los casos concretos en que la ley expresamente la reconozca, sin que sea lícita su extensión a casos distintos de los previstos en la ley.

Comienza el autor, en su capítulo I, con el concepto, afirmando que, de los dos conceptos que aparecen de apariencia en el Diccionario de la Real Academia («aspecto o parecer exterior de una persona o cosa», y «cosa que parece y no es»), sólo la segunda nos interesa desde el punto de vista jurídico; sólo cabe hablar de apariencia jurídica, cuando la información ofrecida al exterior, la que aparece, no es verídica, no coincide con la realidad. Pero, además, ha de tratarse de un engaño verosímil, es decir, que la información, por las características exteriores que ofrece, se acepta como verdadera por una persona con una diligencia normal. De esta manera aparece la verosimilitud como la segunda nota integradora del concepto de apariencia jurídica; verosimilitud porque objetivamente la información ofrecida a terceros se expone adornada de signos externos que permiten pensar a cualquier persona prudente que coincide con la realidad.

Por otra parte, entiende el autor que, si bien en la inmensa mayoría de los casos en que tiene aplicación la doctrina de la apariencia jurídica (que son los de adquisiciones de bienes o derechos de quien no es titular o carece de facultades dispositivas) ello se hace en beneficio del tercero, existen dos supuestos en que sólo pueden explicarse por la eficacia de la apariencia, y que son: el de liberación del deudor engañado que paga al acreedor aparente (art. 1164 CC) y el del matrimonio que se declara válido a pesar de concurrir un defecto formal grave (art. 78 CC). En ambos casos, el reconocimiento de efectos jurídicos se hace en favor de quien es parte en la única relación jurídica que se toma en consideración por la doctrina de la apariencia. En el artículo 1164 se favorece al deudor, en la relación jurídica que le unía con el acreedor verda-

dero, pues se reputa válido el pago. En el supuesto del artículo 78, el matrimonio se tiene por válido, es decir, se favorece a los mismos contrayentes o, al menos, a uno de ellos, con tal que exista buena fe.

Concluye el autor el capítulo I definiendo la apariencia como «aquella institución por cuya virtud el ordenamiento jurídico reconoce eficacia a una situación jurídica que, de suyo, habría de ser ineficaz por apoyarse en otra anterior que resulta incierta, pero que se ofrece externamente como regular, por aparecer adornada de signos exteriores suficientemente verosímiles».

En el capítulo II, el Dr. Bustos trata de los supuestos legales de apariencia jurídica, y entiende que en nuestro Derecho sólo existen tres supuestos: las llamadas adquisiciones *a non domino*, el del deudor que paga, engañado, a quien no es el acreedor, del artículo 1164 CC, y el del matrimonio con defectos formales, de los artículos 53 y 78 CC.

El artículo 34 LH, para cosas inmuebles, y el artículo 464 CC, para cosas muebles, hacen posible la adquisición *a non domino*, esto es, adquirir a pesar de que el *tradens* carecía de poder dispositivo sobre la cosa. El *accipiens* ha confiado en una situación –la relación jurídica antecedente por la que parecía haber adquirido el *tradens*– incierta pero con signos suficientes de verosimilitud, que le sirve como causa remota para adquirir, a pesar de que, con arreglo al sistema legal, no podía funcionar como causa o título habilitante.

El autor realiza una enumeración de otros supuestos de adquisiciones *a non domino* que podemos encontrar en el Código; en la mayoría de los casos tal previsión resulta innecesaria, por encontrarse amparada la adquisición a través de los artículos 34 LH o 464 CC. Cita entre tales supuestos, los artículos 197, 1295 (párrafo segundo), 1540 (último párrafo), 1765, 1778, 1897, 976... Y entiende que no son supuestos de apariencia jurídica la posesión, la simulación negocial y lo que se denomina dentro del estado civil como posesión de estado.

El capítulo III está dedicado a los requisitos, considerando los siguientes: un requisito objetivo o material, que alude a la situación de hecho o fáctica en que se apoya el tercero o persona beneficiada por la apariencia; un requisito subjetivo o psicológico, que alude al estado personal de quien invoca en su favor la apariencia; un requisito formal, que se refiere al negocio jurídico realizado, cuando se trata de la adquisición de un bien o derecho; y un requisito negativo, en el sentido de que el ordenamiento jurídico no haya excluido expresamente la aplicación de la doctrina de la apariencia jurídica.

El capítulo IV trata de la naturaleza jurídica de la institución, entendiendo el autor que no nos encontramos ante un principio general, siendo el reconocimiento de la apariencia excepcional en nuestro Derecho. No obstante, afirma el autor que puede tener un amplio juego la apariencia gracias a la analogía, entendiendo que las normas excepcionales sí pueden aplicarse por analogía, identificando norma especial y excepcional.

El capítulo V lo dedica al fundamento de la protección de la apariencia jurídica. La doctrina ha presentado la cuestión como un conflicto entre principios generales, que nos encontramos ante la alternativa justicia (protección del *verus dominus*) o seguridad en el tráfico jurídico (protección del adquirente). Pero el autor entiende que tal planteamiento es erróneo, pues existe un principio general, aplicable en la gran mayoría de los supuestos, sin perjuicio de que tal principio tenga unas excepciones. Es la manera de dar coherencia al sistema, pues no puede haber dos principios generales contrarios y al mismo tiempo operantes en igual esfera jurídica. El Dr. Bustos entiende que, de conformidad con la

naturaleza excepcional de la doctrina de la apariencia jurídica, el fundamento de ésta ha de ser individual o singular, con miras al caso concreto, pero no de naturaleza general o institucional. El fundamento de la apariencia es la inexigibilidad de otra conducta al tercero, por respeto a los mismos elementos materiales, establecidos por el Estado para que discurra el tráfico jurídico.

Finaliza la obra con el capítulo VI, en el que estudia los efectos de la apariencia jurídica, en concreto, de los tres supuestos legales que existen para el autor: adquisiciones a *non domino* (el de mayor ámbito y frecuencia), el pago erróneo a quien no es verdadero acreedor y el matrimonio con defectos formales.

En conclusión, se trata de una obra digna de destacar entre las novedades editoriales por dos aspectos: por el contenido, ya que presenta una monografía sobre un tema de especial interés en nuestro Derecho civil, exponiendo una teoría unitaria al respecto; y por la forma, ya que se trata de una obra redactada con claridad y sencillez.

Juan Pozo VILCHES

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, María Begoña: *El reconocimiento de los hijos no matrimoniales*, ed. Dykinson, Madrid, 1998, 278 pp.

El reconocimiento de hijos no matrimoniales, uno de los temas más interesantes de nuestro Derecho de Familia, vuelve a figurar entre las novedades editoriales, tras la muy completa monografía publicada en 1997 por la profesora Quicios Molina.

La presente obra constituye la tesis doctoral de la autora, que obtuvo, en su día, la máxima calificación.

No cabe duda que abordar un tema como el reconocimiento de hijos, donde se ha escrito tanto y tan bien por autores de gran prestigio (entre los que cabe destacar, sin carácter exhaustivo, a De la Cámara, Peña o Rivero), resulta un auténtico reto muy difícil de superar, por lo que, cualquiera que lo intente, merece todos nuestros respetos.

En realidad, en materia de reconocimiento de hijos, como se expresa en el prólogo de la presente obra, un «punto clave» (en palabras textuales de su autor), es si se precisa que el reconocedor sea biológicamente el progenitor del reconocido. Tal cuestión ya fue analizada por una monografía publicada en 1993, que trataba de la verdad biológica, el interés del hijo y la autonomía de la voluntad en el reconocimiento de hijos. Y es que, en realidad, se trata de un problema de capital importancia, no sólo por los problemas que suscitan los llamados reconocimientos de complacencia, sino porque el auténtico progenitor, en ocasiones, no va a poder determinar la filiación ni extrajudicialmente (al no concurrir alguno de los llamados «requisitos complementarios» del reconocimiento), ni judicialmente (al carecer de legitimación para ello, si bien la jurisprudencia, en los últimos años, se ha mostrado quizás «demasiado generosa» en este aspecto).

La autora, en la Introducción, indica que los motivos que le han llevado a realizar el presente trabajo se encuentran en su trascendencia humana y social, pues afecta profundamente a valores indisolublemente unidos a los

derechos primarios de la persona y que le atañen directamente en la fase más delicada de su existencia.

La obra se encuentra dividida en cuatro partes, tituladas, respectivamente, «Filiación y reconocimiento», «Voluntad libre y consciente», «Capacidad para reconocer» y «La *conditio iuris* en el reconocimiento».

En la primera parte analiza la autora el tratamiento de la familia y de la filiación en el ámbito constitucional, los motivos que provocaron la reforma de la filiación en 1981, así como los modos de determinación de la filiación no matrimonial recogidos en el artículo 120 CC.

Posteriormente, centra su estudio en el reconocimiento, examinando su concepto (que define como «acto jurídico que contiene una declaración de ciencia del reconocedor destinada a afirmar su paternidad, que determina la relación de filiación y produce *ex lege* los efectos propios de tal declaración»), naturaleza jurídica (exponiendo la autora las teorías surgidas sobre el particular, entendiendo, al parecer, siguiendo la doctrina mayoritaria, que se trata de un «acto jurídico» y no de un «negocio jurídico»), caracteres, la forma que puede adoptar conforme al artículo 120.1 CC, y termina con un apartado relativo a la aplicación al reconocimiento de la «ineficacia general del negocio jurídico».

La segunda parte trata de la declaración del reconocimiento, del error, la violencia y la intimidación, de la posibilidad de que exista dolo, y de los efectos del reconocimiento viciado.

La tercera parte, relativa a la capacidad para reconocer, trata de la edad del reconocedor, distinguiendo si se trata de un menor no emancipado mayor de catorce años, o si se trata de un menor de la indicada edad, así como del reconocimiento otorgado por incapacitados, y los efectos del reconocimiento con defecto de capacidad.

La última parte está dedicada por la autora a la *conditio iuris* en el reconocimiento, en donde incluye, además de los diversos supuestos de reconocimiento del hijo mayor de edad, del menor de edad o incapaz y del ya fallecido, el reconocimiento de la filiación incestuosa.

Juan Pozo VILCHES

MAYOR DEL HOYO, María Victoria: *La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores en el Código Civil*, ed. Comares, Granada, 1999, 506 pp.

Como es sabido entre los estudiosos del Derecho civil, la doctrina, que no ha escatimado esfuerzos a la hora de estudiar las importantes innovaciones introducidas en el sistema de protección de menores por la Ley de 11 de noviembre de 1987, y sobre las que después ha hecho hincapié la Ley Orgánica de 15 de enero de 1996, no se ha detenido, sin embargo, en el estudio de una interesante institución: la guarda administrativa. Existían hasta ahora, en efecto, estudios serios sobre el desamparo, la tutela administrativa, el acogimiento y las novedades relativas a la adopción; sin embargo, se echaba en falta para completar la construcción doctrinal sobre las instituciones de protección de los menores, un estudio profundo sobre el mecanismo tutivo que regula el artículo 172.2 CC, en torno al cual, no había ningún trabajo mono-

gráfico; cierto es que la doctrina no había ignorado esta figura, pero los autores se habían acercado a ella, por lo general, de forma colateral, con ocasión de la investigación sobre otras instituciones o sobre otros temas más amplios. Por ello, quedaban sin recibir atención muchas cuestiones interesantes, y sobre todo, faltaba el estudio especializado y profundo que esta institución reclamaba.

La obra de la Doctora Mayor del Hoyo –*La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores en el Código Civil*– en consecuencia, no sólo ha venido a cubrir –sobradamente, por cierto– una auténtica laguna doctrinal en el ámbito de la protección jurídica del menor, sino que pasa a ser un punto de referencia imprescindible para el conocimiento y estudio de la figura de la guarda administrativa.

Como antes apuntaba, la doctrina había dedicado loables esfuerzos al estudio de otras figuras introducidas por las citadas reformas legislativas. De hecho, como el profesor Carlos Martínez de Aguirre pone de relieve al prologar la obra, la guarda administrativa en 1987 quedó empalidecida por el brillo tanto de la tutela administrativa –figura novedosa cuyos perfiles y funcionalidad confusos atrajeron de inmediato la atención de los autores–, como del también innovador acogimiento; y después, en la reforma de 1996, lo que acaparó la atención es el ajuste técnico de la citada tutela y la reordenación del acogimiento. Sin embargo, la institución estudiada cumple un papel relevante en el sistema jurídico-tutitivo del menor, en cuanto que se sitúa –en palabras de Martínez de Aguirre– como el eslabón intermedio entre la protección derivada del normal funcionamiento de la patria potestad o tutela y la procedente de una intervención administrativa de máxima intensidad, que provoca la suspensión de estas potestades en caso de desamparo del menor. Entre ambos extremos, la guarda administrativa supone la colaboración entre los padres o tutores a fin de brindar al menor en riesgo de caer en desamparo, la protección a que tiene derecho.

Puesto de relieve el interés doctrinal de este trabajo, tanto por lo que viene a suponer en este sector, como por la propia importancia de la figura que estudia, paso, a continuación a delimitar el contenido de la obra, antes de ofrecer una exposición detallada del mismo.

Como puede deducirse de cuanto viene dicho, el trabajo está dedicado, y así se refleja en su título, al estudio de la guarda administrativa en cuanto mecanismo de protección de menores, regulado en el artículo 172.2 CC. A la vista del texto legal, puede decirse que el mecanismo consiste en la asunción por parte de la Administración de la guarda del menor cuando los padres o tutores se encuentran temporalmente imposibilitados para guardarlo. Por tanto, no debe confundirse –y a lo largo de la obra se sienta con toda claridad esta diferencia– con la «guarda de la Administración», puesto que ésta puede asumir también la guarda del menor, en otras circunstancias. Como presentación general de la obra, hay que añadir también que el estudio se realiza desde la perspectiva del Derecho estatal, dejando para otro trabajo diferente, –en prensa en estos momentos– lo referente a la regulación autonómica de esta figura.

La estructura de la obra es clara y sistemática, distribuida en ocho capítulos: antecedentes, marco normativo, delimitación conceptual y caracterización, constitución –previa solicitud y judicial–, efectos, cese y vigilancia.

Dado que la guarda administrativa considerada como mecanismo protector, es una figura nueva, la Doctora Mayor del Hoyo, comienza su estudio abordando la cuestión del nacimiento e introducción de esta figura en nuestro

ordenamiento. La exposición de los antecedentes de la guarda administrativa que aparece en el libro, combina el rigor que necesariamente ha de tener el estudio histórico de una institución, con el acierto en la selección de los datos que puedan verdaderamente ilustrar al lector. Tras la misma, la autora analiza el entorno en el que surge, es decir, el marco, tanto nacional, como internacional, en el que se crea el mecanismo de la guarda administrativa, enlazando con el *iter* concreto que se siguió hasta llegar a la Ley 21/1987, de 11 de noviembre; en este punto, alude a focos de influencia que pudieron incidir en el legislador, como, el Derecho francés y en especial, el italiano.

Vista su introducción en nuestro Derecho a través de la citada Ley de 1987, presenta la autora en el siguiente capítulo la regulación actual de la guarda administrativa en el Código Civil –recuérdese que este trabajo está dedicado al estudio de esta institución en la legislación estatal, razón por la cual, como la autora señala, se omite en este punto la aproximación a la regulación autonómica, que es objeto de estudio en otro trabajo–. Dicha regulación se centra en el segundo párrafo del artículo 172 CC, modificado y ampliado por la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

Aunque el contenido de dicha regulación es el principal protagonista de la obra, no quiere su autora eludir los aspectos formales del texto legal. Así, analiza, tanto la ubicación sistemática de la figura en el Código, como las rúbricas que se utilizan en el capítulo y la sección que la contienen, realizando algunas críticas y proponiendo, con acierto, una ubicación alternativa.

Resueltas las cuestiones sobre el origen de la guarda en estudio y presentada la actual regulación en el Código sobre ella, se procede, en el tercer capítulo, a su delimitación. Se aborda en primer lugar, la interpretación del contenido del artículo 172.2 CC, sobre la base del atento estudio que la autora ha realizado de las variadas opiniones doctrinales; estudio que le lleva a concluir que este precepto regula un mecanismo autónomo de protección. Partiendo de esta sólida base, se plantea la Doctora Mayor del Hoyo la necesidad, de determinar el sujeto sobre el recae su protección y de resolver la debatida cuestión de su naturaleza, civil o administrativa, en cuanto que es una institución regulada en el Código Civil en la que intervienen las entidades públicas. Las conclusiones obtenidas llevan a la autora, a determinar la posición que viene a ocupar en el sistema jurídico-civil de protección de menores y la función que pasa a desempeñar en el mismo. Llegados a este punto, desciende ya a una delimitación más concreta, trazando sus características, investigando sus fines y comparándolo con otras medidas tutivas del menor.

Delimitada la guarda respecto a otras figuras, procede el estudio de su constitución, a lo que la profesora Mayor del Hoyo dedica dos capítulos. El primero, y siguiendo el orden marcado por el propio Código, versa sobre el primer modo de constituirse la guarda administrativa que prevé el artículo 172.2, es decir, previa solicitud; y en el segundo capítulo relativo a la constitución aborda la otra forma prevista de constituirse esta guarda: la vía judicial. Se abordan también otras cuestiones que se plantean en relación con el tema, entre las que destaca la posibilidad de constitución de la guarda administrativa de oficio por parte de la entidad pública.

En cuanto a la constitución previa solicitud, algunos de los interrogantes a los que se da solución son, entre otros, el de la legitimación para realizar la solicitud; este punto es uno de los ejemplos de la exhaustividad y hondura con que la Doctora Mayor del Hoyo trata los temas que aborda; agotando, puede decirse, la multitud de posibilidades existentes, se ocupa del supuesto de hecho

en que procede tanto la solicitud como la guarda, de la posibilidad de negativa de la Administración, de la naturaleza del acto constitutivo de la guarda administrativa en este caso, etc. Y respecto de la constitución por acuerdo del juez, el problema que merece destacarse, dada la ambigüedad con que es regulado en el Código, es el de la determinación de los casos en que puede el juez realizar tal acuerdo, cuestión que se aborda con idéntico rigor.

Tratado el tema de la constitución de la guarda, el siguiente capítulo –el sexto, ya– está dedicado al estudio de los efectos que produce, no están regulados, al menos directamente, por el Código.

En primer lugar, se estudian los efectos que esta institución origina en la Administración. Se comienza determinando el contenido y modo de ejercicio de la guarda que asume la Administración, distinguiéndose previamente la titularidad del ejercicio de la misma. Vistos los modos de ejercicio, se aborda, primero, la cuestión de cómo se llega a una u otra forma de ejercicio; se alude, después, a la obligación de informar sobre la forma elegida que establece el Código Civil en los nuevos incisos 2.^º y 3.^º del artículo 172.2; y a la posibilidad de remoción que, una vez puesto en funcionamiento el ejercicio de la guarda, prevé en ciertos casos el también nuevo inciso 5.^º del artículo 172.2 CC.

Después se concretan los efectos que surte, por una parte, respecto a los padres o tutores y, por otra parte, respecto al menor. Se cierra el apartado estudiando el tema de la responsabilidad sobre el menor sometido a guarda administrativa y sobre los actos de éste mientras dure la guarda.

El siguiente capítulo se dedica al cese de la guarda administrativa, cuestión no sencilla, a la vista del silencio del Código Civil en este punto. Nuevamente, la Doctora Mayor del Hoyo, no defrauda las expectativas del lector y sobre la base de los datos de que se dispone, abre todo un abanico de posibilidades: aludiendo, primero, a lo que será la situación normal de cese; y, luego, a las situaciones irregulares de cese que pueden producirse ante el discurrir irregular de los acontecimientos. Algunos de los problemas que ha debido afrontar son los relativos a las causas de cese, modo de realizarse, situación posterior al mismo, etc.

Se cierra el trabajo abordando, en un último capítulo, el tema de la superior vigilancia a la que está sometida toda la guarda administrativa –incluido el cese– por parte del Ministerio Fiscal. Destaca en este punto, el estudio del órgano encargado de esta vigilancia, dado que se produjo un cambio importante en la fijación del mismo; la determinación de la amplitud de la misma, desde el punto de vista del contenido; y los medios previstos por el Código para dotarla de efectividad.

A todo lo visto en relación a la estructura y contenido de la obra, ha de añadirse una mención a la claridad expositiva e impecable corrección con la que está escrita y que hace, sumamente agradable y enriquecedora su lectura. El libro que el lector tendrá entre manos es, en suma un serio estudio doctrinal, que conjuga perfectamente la profundidad al abordar los problemas –que denota la madurez investigadora de la autora–, con el arte de saber hacer asequible al no especialista, el conocimiento completo de una figura tan importante en el Derecho y en la vida práctica.

Doctora Sofía DE SALAS MURILLO
Profesora Ayudante de Facultad del Área
de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza

ZUMAQUERO, José Manuel/BAZÁN, José Luis, *Textos Internacionales de Derechos Humanos, II*, EUNSA, Pamplona, 1998, 2148 pp.

Este segundo volumen continúa la obra del mismo título, cuyo primer volumen se debe a Javier Hervada y a José Manuel Zumaquero, y que fue publicado también por EUNSA en Pamplona, 1978 (del cual hay segunda edición). El primer volumen contiene textos internacionales desde el año 1776 al año 1976. El segundo volumen, el que ahora es objeto de nuestra reseña, recoge los textos del período comprendido entre 1978 y 1998.

En este segundo volumen se ordenan los textos que se recogen según un criterio geográfico-temporal. Un primer bloque de textos está dedicado a los *textos universales*, y en él se distinguen, a su vez, según el órgano de procedencia: Asamblea General de las Naciones Unidas, Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Organización Internacional del Trabajo y otras procedencias. En el segundo bloque de textos, bajo el epígrafe *textos regionales*, se distinguen, a su vez, los textos de Europa (y dentro de este apartado, los derivados del Consejo de Europa, los de la Comunidad Europea o Unión Europea, los procedentes de la Organización de Seguridad y Cooperación en Europa y otros documentos de ámbito europeo), los textos de América, los de África y un distinto apartado para otros documentos (de países islámicos, de la Comunidad de Estados independientes). El tercer bloque de textos se dedica a los *convenios internacionales no adscritos a áreas determinadas*. Termina la relación de textos internacionales con un Apéndice, siendo el último texto recogido en él el Estatuto del Tribunal Penal Permanente Internacional (de 17 de julio de 1998). Dentro de cada apartado o subapartado se exponen los textos por orden cronológico. La obra termina con un *índice de términos*, que facilitará la búsqueda del tratamiento que en los diferentes textos internacionales se da a cualquier materia específica.

La obra no ha pretendido ser exhaustiva; los autores han dejado fuera muchos textos, «entre otras razones, por razones editoriales». «En todo caso –como dice Bazán en el *Estudio preliminar*–, los muchos que se han incluido dan buena cuenta de la evolución que está transformando el Derecho Internacional Público de los Derechos humanos en pieza básica de un nuevo orden internacional».

La obra, según Bazán, «posee una esencial dimensión académica». Esto se dice para excusar que no se hayan «incluido las referencias prácticas –de indudable utilidad para el jurista nacional– sobre la publicación en el BOE de los textos recogidos –cuando así procediese– ni la fecha de entrada en vigor de los mismos en España». Tampoco aparece precisado en la obra cuándo la versión española de los textos internacionales recogidos –los textos se reproducen siempre en español– constituyen versiones españolas oficiales o si se trata de traducciones privadas, ajenas o propias de los autores.

La obra viene precedida de unas palabras de presentación del Profesor Javier Hervada, Director del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Navarra, y del *Estudio Preliminar*, ya mencionado, debido al Doctor Bazán, ahora docente de la Universidad Antonio de Nebrija. El *Estudio*, además de dar cuenta de «las características de la presente recopilación», constituye un trabajo monográfico sobre los llamados derechos humanos. En este trabajo se pone de manifiesto que es «dificilmente admisible» una «concepción del Derecho como producto exclusivo de la voluntad»; los derechos humanos constituyen «auténticas exigencias de justicia que derivan, cierto es, no del poder

público, sino de la naturaleza humana» (son «expresión jurídica de la dignidad humana»). El «Derecho no puede identificarse con la Ley» y «por ello cabe hablar de leyes contra Derecho, esto es, injustas». Los derechos humanos «son previos en su existencia al Derecho positivo (*prepositividad*)» y «poseen antes de su reconocimiento por éste plenitud sustancial de juridicidad».

Según Bazán, una «correcta concepción de la naturaleza como realidad dinámica» «incluye la historia y, por tanto, la relatividad, lo culturalmente diverso». «El Derecho es muestra de la variedad cultural del hombre». «Pero no es un producto exclusivamente cultural: la raíz de lo deontológico en el Derecho está fuertemente ligada a la condición humana como una realidad, en parte, dada y, en parte, por realizar. Lo realizable en el hombre debe respetar lo dado. La cultura –necesariamente diversa– debe respetar las exigencias de la naturaleza».

Queremos, también, destacar algunas de las consideraciones que en este Estudio se hacen, bajo el epígrafe *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, sobre el amplio reconocimiento que estos derechos han encontrado en el presente siglo en los ordenamientos positivos, internos e internacional. «Los Estados han admitido que las relaciones entre los poderes públicos y la población están reguladas por normas internacionales». Por obra de ciertos Tratados incluso se constituyen Tribunales que desde instancias superestatales imponen a los Estados el respeto a los derechos humanos. Y ya hay doctrina que propugna la injerencia en la esfera interna de los Estados, «y no como un derecho sino como un deber de la comunidad internacional en caso de violaciones muy graves, sistemáticas y generalizadas, agotados los recursos diplomáticos».

Nos hemos fijado en el valor que en el *Estudio* se reconoce a los derechos humanos como exigencias de justicia que se imponen al legislador porque este valor viene a reafirmar la primacía que para el Derecho vivo tienen fuentes distintas del Estado y de la Ley (o de los Tratados). Hay principios normativos que son previos a la Ley y que estructuran el orden comunitario como exigencias derivadas de estar integrada la comunidad por personas humanas. Es más, es en estos principios normativos donde encuentran su autoridad el Estado y su fuerza de obligar la Constitución y las leyes.

El reconocimiento generalizado de los derechos humanos no sólo ha aumentado el contenido del Derecho Internacional Público. Este reconocimiento universal ha trascendido a los mismos Derechos internos, y en ellos –en las normas de Derecho público y en las normas de Derecho privado– ha venido a reconocerse un mínimo común uniforme, a modo de nuevo *jus gentium* y con valor de Derecho común en todos los países.

Nos parece, finalmente, muy acertado que en el *Estudio* se haga notar el valor, en parte, relativo –histórico–, de las formulaciones y reglamentaciones concretas de los derechos humanos. Estas formulaciones y reglamentaciones son productos de un momento cultural y, por tanto, en gran parte modificables con la historia. Por lo mismo, el régimen concreto que establecen es por sí discutible; a veces lo que ocurre es que es peligrosa la misma formulación de ciertos derechos, dada la vaguedad de los conceptos con los que son definidos. Debe evitarse, en consecuencia, que estas reglamentaciones y formulaciones discutibles den base a nuevos dogmatismos fundamentalistas.

Revistas Extranjeras

Por **Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, M.^o Rosario DÍAZ ROMERO, Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA, Carmen JEREZ DELGADO, Jordi RIBOT IGUALADA, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, Albert RUDA GONZÁLEZ, Isabel SIERRA PÉREZ, Josep SOLÉ FELIU**

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

ASPRELLA, C.: «Brevi cenni sulla rinunzia all’azione e sulla cessazione della materia del contendere – nota a Cass. 13 marzo 1999 num. 2268», *GC*, 1999, núm. 10, pp. 2691-2694. (*M. R. D. R.*)

ATIAS: «Le code civil nouveau», *RDS*, 1999, núm. 18, chr. pp. 200 ss.

La necesidad de un nuevo Código civil para el siglo XXI que reunifique el derecho civil y recomponga las categorías jurídicas fundamentales. Recodificación. (*R. A. R.*)

BUSCH, D.: «Indirect representation and the Lando Principles», *ERPL*, 1999, núm. 3, pp. 319-348.

El segundo informe de la Comisión Lando sobre los Principios de Derecho Europeo de Contratos, no publicado, contiene un número importante de disposiciones dirigidas a la armonización de las reglas sobre la representación en los distintos Derechos europeos. Siguiendo el modelo del Derecho civil, el artículo 3: 102 de los Principios distingue entre representación directa y representación indirecta. El autor estudia tales disposiciones y plantea algunos problemas desde la perspectiva del Derecho inglés. (*I. G. P.*)

CARRIERE, J. L.: «*From Status to Person* in Book I, Title 1 of the Civil Code», *Tul. L. Rev.*, 1999, vol. 73, núm. 4, pp. 1263-1286.

Evolución del derecho de personas en Louisiana. Se destaca la contribución del profesor A.N. Yiannopoulos a la reforma del Código Civil de

Louisiana en esta materia, la cual supuso el abandono de principios anti-cuados como la clasificación de las personas según su estatus. (A. R. G.)

DE LA GIRONDE: «Que la nouvelle constitution a fait périr les lois anciennes inconciliables avec elle», *RDS*, 1999, núm. 44, 1.^{er} cahier, pp. 705-710.

Nota a la decisión del Consejo de Estado de 4 *nivôse* an VIII. (I. S. P.)

EVAN-JONES, R.: «Roman Law in Scotland and England and the Development of One Law for Britain», *L.Q.R.*, 1999, vol. 115, pp. 605-630.

El autor examina las sentencias más relevantes de la *House of Lords* que han resuelto casos de Derecho inglés conforme a reglas y principios propios de la tradición del *civil law* tal como se recogen en el Derecho escocés. Expone las dificultades –a menudo insuperables– para que la doctrina emanada de esas sentencias se consolide en el *common law* y concluye que su importancia histórica radica en que el proceso inverso, la recepción del Derecho inglés en el ordenamiento escocés, ha sido por razones políticas y culturales la única vía de convergencia hacia un Derecho común de todo el Reino Unido. (J. R. I.)

FROSINI, V.: «Temporalità e diritto», *RDC*, 1999, núm. 4, parte primera, pp. 431-437.

Eficacia de la Ley en la dimensión temporal. Visión de la temporalidad en diferentes instituciones civiles. (M. R. D. R.)

GRIDEL: «Déclin des spécificités françaises et éventuel retour d'un droit commun européen», *RDS*, 1999, núm. 13, chr. pp. 139-146.

Fuentes formales y esquemas conceptuales franceses. Alteración de las instituciones propias francesas por su ingreso en la Unión Europea. Raíces históricas útiles para un derecho común europeo de la época medieval y del derecho natural. Principios comunes sobre la actividad normativa y la eficiencia jurídica. (R. A. R.)

LACHAUD: «Cinquante ans de Droit rural», *GP*, 2000, núm. 2-4, pp. 38-57.

Estudio sobre el desarrollo del derecho agrario. Análisis breve de sus instituciones con la ley de 4 de julio de 1980. (I. S. P.)

PONTIER: «A quoi servent les lois?», *RDS*, 2000, núm. 4, 1.^{er} cahier, pp. 57-60.

Ante la abundancia de leyes aprobadas en los últimos años el autor se pregunta su utilidad. Su aplicación no se hace bien, los poderes públicos no se interesan por su aplicación efectiva. Necesidad de tener constancia de que las leyes se adoptan para cumplir determinadas funciones. (R. A. R.)

RECCHIA, G.: «Riflessioni di diritto comparato sull'ermeneutica giudiziaria e la chiarezza delle leggi», *RTDPC*, 1999, núm. 2, pp. 435-443.

Breve reflexión de derecho comparado acerca de la interpretación judicial de las normas legales y la claridad de las leyes, desde la perspectiva de las diferentes disciplinas jurídicas. (M. R. D. R.)

REIMANN, M.: «Towards a European Civil Code: Why European Jurists Should Consult Their Transatlantic Colleagues», *Tul.L.Rev.*, 1999, vol. 73, núm. 4, pp. 1337-1346.

Los juristas europeos y norteamericanos tratan fenómenos o problemas similares. Por esta razón, la experiencia de los segundos podría ser útil a los primeros para conseguir unificar el Derecho privado europeo. (A. R. G.)

SIMONE, P.: «Esecuzione di sentenza straniera e rispetto dell'ordine pubblico secondo la Convenzione di Bruxelles – nota a Cass. 3 marzo 1999 num. 1769», *GC*, 1999, núm. 11, pp. 3013-3018. (M. R. D. R.)

WINDEL, P. A.: «Welche Willenserklärungen unterliegen der Einschränkung der Täuschungsanfechtung gem. § 123 Abs.2 BGB?», *AcP*, 1999, pp. 422-454.

El autor analiza el significado y el ámbito de aplicación del supuesto contemplado en el parágrafo 123.2 *BGB*, que establece límites a la impugnación de la declaración de voluntad por dolo en dos supuestos: cuando el engaño proceda de tercero y la declaración habría de emitirse frente a otro; y cuando otra persona, distinta de aquella frente a la cual se emitió la declaración, haya adquirido un derecho en virtud de la declaración. Se destaca que el precepto no se refiere sólo a las declaraciones recepticias en sentido estricto, sino a toda declaración cuyos efectos alcancen a la esfera jurídica de otra persona. (I. G. P.)

DERECHO DE LA PERSONA

BALESTRIERO: «La situation de l'enfant mort-né», *RDS*, 1999, núm. 8, chr. pp. 81-84.

Consecuencias civiles, estado civil y derecho funerario en caso de aborto. (R. A. R.)

BESSON DE VÉZAC: «La réforme du Code de la nacionalité en Allemagne», *GP*, 2000, núm. 12-13, pp. 20-22.

Análisis de la Ley de 14 de junio de 1999 que permite la adquisición de la nacionalidad alemana mediante el *ius sanguinis* y también mediante el *ius soli*. (R. A. R.)

BONA, M.: «Danno alla persona», *RDC*, 1999, núm. 2, parte segunda, pp. 313-340.

Información jurisprudencial, legal y bibliográfica sobre daños personales y daño moral: cuantificación. (M. R. D. R.)

BOULMIER: «L'intérêt légitime à substituer un prénom dont il n'a jamais été fait usage», *RDS*, 1999, núm. 42, 1.^{er} cahier, pp. 673-676.

BOUTET: «La liberté d'expression publicitaire selon l'interpretation de la Convention européenne des droits de l'homme», *RDS*, 2000, núm. 2, 1.^{er} cahier, pp. 26-32.

Estudio a propósito de la sentencia de la corte de casación penal de 19 de noviembre de 1997 que extiende a la publicidad comercial la protección

del artículo 10.1.^º de la Convención europea de derechos humanos. Contradicción con la Corte de Estrasburgo. (*I. S. P.*)

CALLU: «Autour de la mort: variations sur ‘‘Madame se meurt, Madame est morte’’, *RTDC*, 1999, núm. 2, pp. 313-342.

La autora analiza la situación antes y después de la muerte. Persona moribunda, refuerzo de la protección patrimonial y aspectos relativos al cuerpo de la persona: su voluntad y la de sus allegados. Una vez muerto, el derecho a morir. (*R. A. R.*)

DASSIO, M.: «Tutela delle persone e trattamento dei dati personali: l’esperienza francese», *RTDPC*, 1999, núm. 2, pp. 445-463.

Breve estudio sobre el tratamiento del derecho francés de los datos personales y la tutela de los derechos de la persona, en relación con la Ley de 6 de enero de 1978, núm. 17, sobre informática, ficheros y libertad: principios, caracteres, aplicación e interpretación. (*M. R. D. R.*)

DELBANO: «Les difficultés d’application des principes de nécessité et de subsidiarité des régimes de protection des majeurs», *RDS*, 1999, núm. 38, 1.^{er} cahier, pp. 408-413.

La necesidad y la subsidiariedad de los regímenes de protección. Excepciones al principio de protección de los mayores. (*I. S. P.*)

DUVAL-ARNOULD: «Minorité et interruption volontaire de grossesse», *RDS*, 1999, núm. 42, 1.^{er} cahier, pp. 471-475.

Problemas de aplicación de la interrupción voluntaria del embarazo por razones personales y terapéuticas cuando la embarazada es una menor. El consentimiento paterno. Solución particular de cada uno de los casos. Necesidad de modificaciones legales. (*R. A. R.*)

FRIANT-PERROT: «Transsexualisme: une modification des conditions du changement de sexe?», *RDS*, 1999, núm. 35, jur., pp. 508-511.

Comentario a la sentencia de la corte de apelación de *Rennes* de 26 de octubre de 1998. No conformidad de la sentencia con el derecho positivo y el carácter inoportuno de la solución por las consecuencias que produce. (*R. A. R.*)

GYERTYANFY, P.: «On the evolution of copyright legislation in Central and Eastern Europe up to January 1999», *RIDA*, núm. 182, octubre 1999, pp. 3-51.

Desde la perspectiva del Derecho húngaro, el autor realiza un estudio comparado de diferentes leyes europeas –en concreto, de Europa del este y central– en relación con el derecho de autor. Trata tan sólo de destacar algunos temas, tales como el derecho al respeto a la integridad de la obra, derechos patrimoniales, transmisión por cable, contratos de explotación... y, en particular, el que considera el tema de actualidad: la explotación numérica. (*C. J. D.*)

HAUSER: «Personnes et droits de la famille», *RTDC*, 1999, núm. 1, pp. 59-77.

Notas a decisiones jurisprudenciales recientes en la materia. (*R. A. R.*)

HAUSER: «Personnes et droits de la famille», *RTDC*, 1999, núm. 2, pp. 355-375.

Notas a decisiones de los tribunales franceses sobre estado civil, filiación y separación matrimonial. (*I. S. P.*)

HAUSER: «Personnes et droits de la famille», *RTDC*, 1999, núm. 4, pp. 811-830.

Notas a sentencias francesas sobre estado civil, filiación y divorcio. (*I. S. P.*)

HOCQUET-BERG: «Le droit de diffuser, sans autorisation parentale, la photographie en portrait d'un enfant décédé», *RDS*, 1999, núm. 43, 1.^{er} cahier, pp. 694-698.

Nota a la sentencia del Tribunal de Gran Instancia de *Metz* de 18 de noviembre de 1998. (*R. A. R.*)

JEAN-PIERRE: «La liberté d'expression politique des étrangers en France. Réflexions sur l'existence d'un devoir de réserve», *RDS*, 1999, núm. 10, chr., pp. 98-102.

La obligación de reserva de extranjeros en el derecho francés. Su desaparición en el Derecho europeo. Conflicto con la libertad de expresión. (*I. S. P.*)

KOUMANTOS, G.: «Chronique de Grèce», *RIDA*, núm. 182, octubre 1999, pp. 53-107.

Comentario a las modificaciones a la Ley sobre el derecho de autor vigente en Grecia, de 3 de marzo de 1993 (núm. 2121/1993). En relación con la jurisprudencia, se destacan ciertos casos que han sido relevantes a la hora de aplicar la ley, sometiéndolos a crítica (casos relativos, entre otros temas, a la protección de los programas de ordenador, películas y repertorios antiguos, etc.). (*C. J. D.*)

LABBÉE, X.: «Esquisse d'une definition civiliste de l'espèce humaine», *RDS*, 1999, núm. 40, 1.^{er} cahier, pp. 437-442.

La expresión especie humana se encuentra en el Código civil, aunque no esté jurídicamente definida. El autor nos invita a redescubrir los fundamentos del artículo 714 de dicho código y la categoría de las cosas comunes. (*R. A. R.*)

LUZZA, M.: «Legittimo esercizio del diritto di critica nella diffamazione a mezzo Internet», *NGCC*, 1999, núm. 3, pp. 402-409.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Roma de 4 de julio de 1998 sobre los requisitos para el ejercicio legítimo del derecho de información y la aplicación de tal derecho fuera de la actividad periodística. (*Alma R.G.*)

MAGRINI, G.: «I complessi musicali e la tutela dello pseudonimo collettivo», *NGCC*, 1999, núm. 4, pp. 560-563.

Comentario a la ordenanza de la *Pret.* Roma de 18 de diciembre de 1998 relativo a la tutela de la denominación de los grupos musicales. (*Alma R. G.*)

MARGUÉNAUD: «La Cour européenne des droits de l'homme renouvelée», *RDS*, 1999, núm. 21, chr., pp. 221-225.

Evolución de los derechos humanos con las nuevas tecnologías. (*R. A. R.*)

MASSIMO BIANCA, C.: «Tutela della privacy», *NLCC*, 1999, núm. 2-3, pp. 219-795.

Extenso comentario a la Ley de 31 de diciembre de 1996, núm. 675, sobre tutela de la persona, respecto al tratamiento de los datos personales: precedentes, evolución, definición, finalidad, ámbito de aplicación, notificación, responsabilidad, requisitos, consentimiento, límites, supuestos especiales. (*M. R. D. R.*)

MASSIP: «Pleins feux sur l'état civil», *GP*, 1999-2000, núm. 365-1, pp. 2-3.

Notas a la instrucción general de 28 de julio de 1999 sobre estado civil. (*I. S. P.*)

MATHIEU: «La recherche sur l'embryon au regard des droits fondamentaux constitutionnels», *RDS*, 1999, 1.^{er} cahier, pp. 451-456.

Protección jurídica del embrión ante la despenalización parcial del aborto. Protección desde el principio de dignidad humana. Problemas de la comercialización de los embriones, su constitucionalización. (*R. A. R.*)

MORELLI, S./MORELLI, M. R.: «Il diritto alla identità personale del nato da fecondazione eterologa al duplice vaglio della Corte costituzionale e della Cassazione – nota a Cass., 16 marzo 1999 num. 2315», *GC*, 1999, núm. 5, pp. 1333-1337. (*M. R. D. R.*)

OPPO, G.: «Ancora sulle fondazioni (ex) bancarie: una strana vicenda legislativa», *RDC*, 1999, núm. 5, parte segunda, pp. 561-569.

Comentario de la normativa sobre fundaciones bancarias: definición, naturaleza jurídica, operatividad, gestión del patrimonio, etc. (*M. R. D. R.*)

PATTI, S.: «Il Consenso dell'interessato al trattamento dei dati personali», *RDC*, 1999, núm. 4, parte segunda, pp. 455-468.

Ánalisis del tema del consentimiento para el uso de datos personales y el derecho a la intimidad: capacidad, invalidez, revocación, tutela, etc. (*M. R. D. R.*)

RAVANAS: «La liberté de la caricature en permet pas son exploitation commerciale», *RDS*, 1999, núm. 8, jur., pp. 120-123.

Notas a la sentencia de la corte de casación civil de 13 de enero de 1998 sobre el derecho a la vida privada y el derecho a la imagen. (*I. S. P.*)

RENUCCI: «Droit européen des droits de l'homme», *RDS*, 1999, núm. 31, pp. 269-276.

Sumario anotado de las diversas decisiones jurisprudenciales en la materia. (*I. S. P.*)

RETTENER: «Une discrimination à raison des opinions politiques», *RDS*, 1999, núm. 11, jur., pp. 162-166.

Nota a la sentencia del Tribunal de Gran Instancia de *Toulon* de 5 de mayo de 1998 sobre dignidad de la persona y derecho a la opinión política en relación con las normas sociales. (*R. A. R.*)

ROSSATO, A.: «Diritto alla riservatezza», *RDC*, 1999, núm. 2, parte segunda, pp. 287-312.

Legislación comunitaria e italiana y jurisprudencia, sobre el derecho a la intimidad y utilización de datos personales en el sector de las telecomunicaciones: Directiva 95/46/CE; 97/66/CE y Ley de 31 de diciembre de 1996, núm. 675 y 676. (*M. R. D. R.*)

SAINT-PAU: «L'article 9 du code civil: matrice des droits de la personnalité», *RDS*, 1999, núm. 37, 1.^{er} cahier, pp. 541-544.

Comentario a la sentencia de la corte de casación civil, sección primera, de 16 de julio de 1998. El artículo 9 como norma de procedimiento. (*I. S. P.*)

SAVINI, A.: «Chiose brevi in margine alla critica cinematografica», *Dir. Aut.*, 1999, núm. 3, pp. 486-489.

Límites del interés público a la información en un artículo periodístico sobre crítica cinematográfica. (*Alma R. G.*)

SORDINO/PONSEILLE: «Un skieur averti en vaut deux: une décision qui risque de faire "boule de neige"», *RDS*, 2000, núm. 4, 1.^{er} cahier, pp. 81-86.

Nota a la sentencia de la corte de casación criminal de 9 de marzo de 1999 sobre derecho a la integridad física. (*I. S. P.*)

VV AA: «Personnes et droits de la famille», *RTDC*, 1999, núm. 3, pp. 597-614.

Notas a sentencias recientes de los tribunales franceses sobre estado civil, incapacidad, divorcio y disolución del matrimonio. (*I. S. P.*)

PERSONA JURÍDICA

DE GIORGI, M. V.: «Il nuovo diritto degli enti senza scopo di lucro: dalla povertà delle forme codicistiche al groviglio delle leggi speciali la riservatezza», *RDC*, 1999, núm. 3, parte primera, pp. 287-323.

Revisión de la figura de la asociación sin ánimo de lucro, como ente definido por sus actividades y fines, sin necesidad de configurar una persona jurídica.

Escasa regulación por el Código civil y orientación de las leyes especiales, como la núm. 381/1991 sobre cooperativas sociales, la Ley 266/1991 sobre voluntariado y la Ley 281/1998 sobre asociaciones de consumidores y usuarios. (*M. R. D. R.*)

EHRICKE, U.: «Zur Begründbarkeit der Durchgriffshaftung in der GmbH, insbesondere aus methodischer Sicht», *AcP*, 1999, pp. 258-304.

El autor analiza desde una perspectiva crítica la teoría del levantamiento del velo, de penetración en el sustrato personal de la persona jurídica, en el caso de la sociedad de responsabilidad limitada y como un cauce para afirmar la responsabilidad patrimonial de los socios junto a la responsabilidad de la propia sociedad. El estudio examina cada uno de los supuestos en los que, según la doctrina, se justifica este levantamiento del velo: la confusión de patrimonios, la confusión de identidades, el abuso formal de la persona jurídica y los supuestos de infracapitalización. El autor mantiene que en realidad no sería necesario acudir a este expediente para la finalidad pretendida, puesto que la protección de los acreedores la proporcionan los instrumentos generales. (*I. G. P.*)

FUSARO, A.: «Gli enti non commerciali secondo il decreto legislativo 4.12.1997, n. 640», *NGCC*, 1999, núm. 4, pp. 291-296.

Algunas cuestiones sobre las entidades no comerciales (noción de entidad no comercial, estatutos de tales entes, requisitos específicos, asociaciones de promoción social). (*Alma R. G.*)

GENTILE, A.: «La riforma delle fondazioni di origine bancaria», *RDC*, 1999, núm. 3, parte segunda, pp. 399-413.

Revisión de la figura de fundaciones de origen bancario, tras la reforma introducida por la Ley de 23 de diciembre de 1998, núm. 461 y d. legisl. de 17 de mayo de 1999, núm. 153 en el ámbito civil y fiscal: naturaleza jurídica, fines sociales y fines económicos, vigilancia, control, etc. (*M. R. D. R.*)

VV AA: «Droit civil de l'entreprise», *RDS*, 1999, núm. 27, pp. 241-248.

Sumario anotado sobre decisiones jurisprudenciales recientes en la materia. (*I. S. P.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

ABATE, A.: «Gli interessi nelle obbligazioni pecuniarie», *NGCC*, 1999, núm. 5, pp. 333-348.

Diversas cuestiones relativas a los intereses tras el incumplimiento de las obligaciones pecuniarias. (*Alma R. G.*)

ADLER, M. D./POSNER, E. A.: «Rethinking Cost-Benefit Analysis», *Yale L. J.*, 1999, vol. 109, núm. 2, pp. 165-247.

Revisión del análisis coste-beneficio en el derecho norteamericano. En la práctica actual, el análisis ha perdido parte de su reputación entre la doctrina, pero es utilizado con frecuencia por el gobierno norteamericano. Adler y Posner defienden la validez del análisis en la planificación de la acción de gobierno. En primer lugar, porque su aplicación genera menores costes que el uso de otros procesos de decisión alternativos. Utilizado en condi-

ciones adecuadas, este análisis es compatible con objetivos de justicia distributiva, derechos deontológicos y otros valores morales. (*J. S. F.*)

ALPA, G.: «L'applicazione della normativa sulle clausole abusive nei contratti dei consumatori: primo bilancio», *RTDPC*, 1999, núm. 4, pp. 1173-1200.

Análisis del régimen de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, tras la recepción de la directiva comunitaria sobre la materia, con la ley de 6 de febrero de 1996, núm. 52.

Interpretación doctrinal y aplicación jurisprudencial. (*M. R. D. R.*)

ALPA, G./SANINO, M./RICKTER, S.: «Prime riflessioni sulla sentenza num. 500/99 delle Sezioni unite relativa alla risarcibilità della lesione degli interessi legittimi», *GC*, 1999, núm. 10, pp. 427-435.

Comentario a la sentencia núm. 500/99 de la *Sez. unite*, sobre responsabilidad de la Administración Pública por lesión culposa de intereses legítimos. (*M. R. D. R.*)

ANCEL: «Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat», *RTDC*, 1999, núm. 4, pp. 771-810.

Efectos no obligacionales del contrato, como la extinción de los derechos, su transmisión y la constitución de derechos y situaciones jurídicas. Fuerza obligatoria del contrato en ausencia de contenido obligacional y la derivada de la obligación real. (*R. A. R.*)

ANGELONI, F.: «La responsabilità civile del notaio: il punto sull'evoluzione normativa e giurisprudenziale anche con riferimento al recepimento della direttiva CEE 93/13 sulle clausole abusive», *CI*, 1999, núm. 2, pp. 619-675.

Responsabilidad civil del notario por el otorgamiento de actos que contienen cláusulas vejatorias ineficaces. (*Alma R. G.*)

ASPRELLA, C.: «Intempestiva conoscenza del decreto ingiuntivo per caso fortuito o forza maggiore: spunti in tema di norme a struttura aperta - nota a Cass. 18 giugno 1998 num. 6074», *GC*, 1999, núm. 4, pp. 1116-1120. (*M. R. D. R.*)

ATIAS: «Nul en peut se prévaloir...», *RDS*, 1999, núm. 20, chr. pp. 218-220.

Análisis del principio de no beneficiarse del error propio a través de la sentencia de la corte de casación mercantil sobre fianza y su extensión de 26 de mayo de 1992. (*R. A. R.*)

AULETTA, F.: «Sul principio di unicità della notificazione del titolo esecutivo - osservazione a C. Cost. 30 dicembre 1998 num. 463 (ord.)», *GC*, 1999, núm. 5, pp. 1279-1280. (*M. R. D. R.*)

BANAKAS, S.: «Liability for Incorrect Financial Information: Theory and Practice in a General Clause System and in a Protected Interests System», *ERPL*, 1999, núm. 3, pp. 261-286.

Estudio comparativo sobre los remedios en caso de perjuicio económico derivado de consejo financiero incorrecto. El autor enfrenta el sistema francés, de cláusula general, con las soluciones más restrictivas del Dere-

cho inglés y alemán, y pone de relieve la repercusión práctica de los distintos sistemas. (*I. G. P.*)

BARBA, V.: «*Interesse di gruppo e qualificazione del contratto – nota a Cass. 5 dicembre 1998 num. 12325*», *GC*, 1999, núm. 11, pp. 3098-3113. (*M. R. D. R.*)

BARRET-BARNAV: «*Le sort du cautionnement en cas de non-conformité de l'offre de crédit à la consommation: nullité, déchéance des intérêts ou absence de preuve?*», *GP*, 1999, núm. 323-324, pp. 20-25.

Estudio a propósito de la sentencia de casación civil de 9 de marzo de 1999 sobre aplicación de los artículos 312-33 del Código de consumo. (*I. S. P.*)

BASILE, M.: «*1.º Seminario-Primavera 1999: Cessione di atleta e azione redibitoria (il caso Lorenzon)*», *NGCC*, 1999, núm. 3, pp. 151-192.

Relevancia jurídica de la salud de un jugador en los casos de cesión de éste a otra organización deportiva y validez de las cláusulas negociales que derogan la normativa deportiva referente a las cesiones de jugadores. (*Alma R. G.*)

BECKMANN, R. M.: «*Auswirkungen des EG-Rechts auf das Versicherungsvertragsrecht*», *ZEuP*, 1999, pp. 809-833

Estudio sobre el contenido y la influencia que el Derecho de la Unión Europea ha tenido sobre la evolución del Derecho de seguros en Alemania. (*I. G. P.*)

BEIGNIER: «*Secret médical et assurance de personnes*», *RDS*, 1999, núm. 42, 1.^{er} cahier, pp. 469-471.

Seguro de riesgos. Necesidad de evaluar cada uno de ellos y conflicto con la intimidad de la persona. La necesidad de que el médico salvaguarde la intimidad mediante el secreto médico. Conflicto de intereses entre el médico y el asegurado. (*R. A. R.*)

BENAYOUN: «*De l'autorité de la chose jugée au pénal en matière de cause étrangère*», *RDS*, 1999, núm. 42, 1.^{er} cahier, pp. 476-480.

Línea jurisprudencial reciente sobre la no vinculación del juez civil a las apreciaciones penales sobre la existencia de fuerza mayor o no. Explicación del principio según las exigencias civiles y penales. (*I. S. P.*)

BENOIT DE ROQUEFEUIL: «*Services informatiques et devoir d'information*», *GP*, 1999, núm. 108-110, pp. 41-44.

Nota a la sentencia de la Corte de *Orleans* de 23 de octubre de 1997 (*I. S. P.*)

BERAUDO: «*L'application internationale des nouvelles dispositions du Code civil sur la responsabilité du fait des produits défectueux*», *SJ*, 1999, núm. 22, pp. I-140, 1015-1020.

Inserción de las directivas comunitarias en el derecho interno y su eficacia. Conflicto de leyes entre Estados. Convenio de Viena de compraventa

ta internacional de mercancías y su contradicción con la directiva. Necesidad de revisión de las condiciones generales de compra. (*I. S. P.*)

BESSERVE: «Non, l'article 87-1 de la loi 96-314 du 12 avril 1996 validant certaines offres préalables de crédit immobilier irrégulières au regard de l'échéancier des amortissements n'est pas contraire à la Convention européenne des Droits de l'homme», *GP*, 1999, núm. 69-70, pp. 2-4.

Estudio a propósito de la sentencia del Tribunal de Gran Instancia de *Saintes* de 21 de febrero de 1997 que no considera aplicable el artículo 87.1.^º a determinados créditos. (*I. S. P.*)

BILLIAU y OTROS: «Droit des obligations», *SJ*, 1999, núm. 40, pp. I-171, 1776-1780.

Notas a decisiones jurisprudenciales recientes en la materia. (*I. S. P.*)

BITAN: «Le contentieux lié au passage à l'an 2000 des systèmes informatiques», *GP*, 1999, núm. 108-110, pp. 4-12.

La obligación de información. Ejecución de los contratos y responsabilidad por vicios ocultos. (*R. A. R.*)

BOURDIER: «Vae victimis! (malheur aux victimes)», *GP*, 1999, núm. 113-114, pp. 2-4.

Indemnización a las víctimas de transfusiones de sangre contaminada. Reparación del daño. (*R. A. R.*)

BOURDILLAT: «La résiliation du bail à usage d'habitation à l'épreuve de la loi núm. 98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions: approche pragmatique d'un leurre politique», *RDS*, 1999, núm. 33, chr., pp. 375-378.

La continuidad de los contratos de arrendamiento de vivienda y el derecho fundamental al alojamiento. (*I. S. P.*)

BOY: «Le chirurgien a une obligation de sécurité accessoire à l'obligation de moyens», *SJ*, 1999, núm. 15, pp. II-10068, 735-740.

Naturaleza jurídica del contrato entre el cirujano y el paciente que lleva una obligación de medios y no de resultado. Obligación de garantía del paciente y ausencia de falta. Evolución previsible del estado de salud. (*I. S. P.*)

BREMOND: «L'erreur virtuelle de la caution», *RDS*, 1999, núm. 13, pp. 181-185.

Nota a la sentencia de la corte de casación civil de 1 de julio de 1997, sección primera, sobre error en la extensión de la garantía al acreedor. Causa de nulidad de la fianza. (*R. A. R.*)

BRUSCHI: «Au-delà du réel: le crédit immobilier?», *RDS*, 1999, núm. 14, jur., pp. 194-197.

Nota a la sentencia del tribunal de casación civil, sección primera, de 27 de mayo de 1998 sobre la naturaleza del contrato: real o personal.

Carácter consensual y su requisito de forma solemne. Contrato sinalagmático. (R. A. R.)

CALZOLAIO, E.: «Prime riflessioni sul contratto d'agenzia dopo il d. Lgs. 15 febbraio 1999, num. 65», *NLCC*, 1999, núm. 2-3, pp. 899-919.

Recibimiento de la Directiva comunitaria sobre agentes de comercio independiente y aplicación al contrato de agencia: forma, obligaciones de las partes, derecho de provisión, indemnizaciones, etc. (M. R. D. R.)

CAMILLETTI, F.: «Il pagamento al creditore apparente», *CI*, 1999, núm. 2, pp. 676-695.

Observaciones acerca del principio de la buena fe y de la diligencia en el pago al acreedor aparente. (Alma R. G.)

CANNELLA, A.: «Ancora sul sistema di difesa endofallimentare, in particolare con riferimento al credito nascente da detenzione del bene carente di titolo giuridico, e conseguente inapplicabilità dell'equo compenso dell'art. 80 l. fall. – nota a Cass. 23 aprile 1998 num. 4190», *GC*, 1999, núm. 4, pp. 1169-1173. (M. R. D. R.)

CANNELLA, A.: «Definitività dello stato passivo in relazione all'ammissione o esclusione dei crediti ed impossibilità di controverttere sull'esclusione in sede di provvedimento di ripartizione dell'attivo – nota a Cass. 21 aprile 1999 num. 3924», *GC*, 1999, núm. 10, pp. 2678-2681. (M. R. D. R.)

CAPECCHI, M.: «Responsabilità del gestore di maneggio e prova liberatoria», *NGCC*, 1999, núm. 5, pp. 751-756.

Comentario a Cass. de 23 de noviembre de 1998 sobre responsabilidad civil por los daños causados por animales, en concreto en el ámbito de la equitación. (Alma R. G.)

CAPECCHI, M.: «Integrazione del contratto ed eccezione di inadempimento in tema di spazi destinati a parcheggio», *NGCC*, 1999, núm. 3, pp. 372-377.

Comentario a Cass. de 12 de junio de 1998 sobre si en el contrato preliminar de venta de un apartamento situado en una construcción nueva en la que no se ha previsto la transmisión del derecho real de uso sobre el espacio destinado a parque, el comportamiento del promitente vendedor, que intenta transferir el apartamento pero no el derecho sobre el espacio de parque, justifica el rechazo a cumplir por parte del promisario adquirente. (Alma R. G.)

CAPILLI, G.: «In tema di debiti di valore e rivalutazione monetaria», *NGCC*, 1999, núm. 5, pp. 614-623.

Comentario a Cass. de 22 de diciembre de 1998 respecto a los criterios a adoptar para la determinación del resarcimiento integral del dañado en las obligaciones de valor. (Alma R. G.)

CAROZZI, A. M.: «Questioni in tema di interessi su crediti privilegiati derivanti da contratti di mutuo fondiario», *NGCC*, 1999, núm. 4, pp. 489-494.

Comentario a Cass. de 8 de julio de 1998 respecto a los intereses sobre créditos garantizados con prenda, hipoteca y privilegios en la quiebra. (Alma R. G.)

CARSANA, R.: «Vendita di un immobile soggetto ad immissioni: qualche riflessione su (vecchi) argomenti e (nuovi) quesiti in materia di garanzia per i vizi», *NGCC*, 1999, núm. 3, pp. 451-461.

Comentario a Cass. de 28 de agosto de 1998 sobre los remedios jurídicos de que dispone el adquirente de un bien sujeto a inmisiones vecinales. (*Alma R. G.*)

CASSANO, G./DEL VECCHIO, M.: «Diritto a nascere sani e responsabilità civile: un inventario di questioni ed un risarcimento miliardario», *DFP*, 1999, núm. 2-3, pp. 633-658.

Comentario a la sentencia de la Corte *App. de Trento* de 18 de octubre de 1996 en materia del derecho a la salud del concebido. (*Alma R. G.*)

CENDON, P.: «Circostanze incerte e responsabilità civile», *RTDPC*, 1999, núm. 4, pp. 1237-1311.

Extensa revisión de los presupuestos de responsabilidad civil y la carga de la prueba: supuestos, causas de justificación, dolo y culpa, daño, causalidad, etc. (*M. R. D. R.*)

CHABAS: «La loi du 19 mai 1998 et le droit commun», *GP*, 1999, núm. 127-128, pp. 13-15.

La responsabilidad civil por productos defectuosos. Análisis de su anterior regulación y la actual con la Ley de 1998. (*I. S. P.*)

CHABAS: «La responsabilité du médecin et du biologiste envers l'enfant en matière de procréation médicalement assistée», *GP*, 1999, núm. 127-128, pp. 16-19.

Los perjuicios que se producen mediante la procreación asistida. Responsabilidad de los productores o por hecho en las cosas. (*R. A. R.*)

CHECCHINI, A.: «La promessa del fatto del terzo», *RDC*, 1999, núm. 5, parte primera, pp. 563-607.

Extenso estudio de la responsabilidad por hechos de otros, y obligación de indemnizar en diferentes supuestos: fiducia, seguros, contratos de garantía, asunción de riesgos, etc. (*M. R. D. R.*)

COLAIACONO, G.: «L'informazione sul diritto di recesso e la nullità parziale del contratto nel d. legis. n. 50 del 1992», *NGCC*, 1999, núm. 5, pp. 590-598.

Comentario a *de 15 de diciembre de 1998 relativo al derecho de desistimiento en los contratos «puerta a puerta». (*Alma R. G.*)*

COLLART-DUTILLEUL/DERRUPPÉ: «Loyers civils et commerciaux», *RDI*, 1999, núm. 2, pp. 313-325.

Notas a las sentencias de los tribunales franceses más recientes en la materia. (*I. S. P.*)

COLLART-DUTILLEUL/DERRUPPÉ: «*Loyers civils et commerciaux*», *RDI*, 1999, núm. 3, pp. 466-475.

Notas a algunas decisiones jurisprudenciales recientes en la materia.
(*R. A. R.*)

COLLART-DUTILLEUL/DERRUPPÉ: «*Loyers civils et commerciaux*», *RDI*, 1999, núm. 4, pp. 690-696.

Notas a sentencias francesas recientes en la materia. (*I. S. P.*)

CONVERY, J.: «Standard Form Building Contracts and Duty of Care», *Mod. L. Rev.*, 1999, vol. 62, núm. 5, pp. 766-776.

Deber de diligencia del subcontratista en la ejecución de un contrato redactado mediante condiciones generales. Se analiza una reciente sentencia de la *House of Lords* británica que examinó en qué condiciones puede afirmarse que ese deber existe. (*A. R. G.*)

COSTANZA, M.: «Anatocismo: la svolta della Cassazione – nota a Cass. 30 marzo 1999 num. 3096 e Cass. 16 marzo 1999 num. 2374», *GC*, 1999, núm. 6, pp. 1585-1587. (*M. R. D. R.*)

COSTANZO, P.: «La responsabilità della Pubblica Amministrazione per omissione di controlli: danni da trasfusione di emoderivati infetti – nota a Trib. Roma 27 novembre 1998», *GC*, 1999, núm. 10, pp. 2857-2866. (*M. R. D. R.*)

CREVEL: «La liberté économique du preneur à bail rural confrontée au droit de contrôle du propriétaire», *RDS*, 1999, núm. 15, jur., pp. 218-221.

Nota a la sentencia de la corte de casación civil, sección tercera, de 1 de julio de 1998 sobre arrendamiento rústico y facultades del arrendatario. (*I. S. P.*)

CUFARO, V.: «Patti contrari alla legge (contratto di locazione e nullità speciali)», *RDC*, 1999, núm. 4, parte primera, pp. 465-499.

Extenso estudio del régimen de la nulidad de cláusulas contractuales ilícitas en el contrato de arrendamiento de viviendas: violación del término de duración legal, rentas abusivas, incumplimientos fiscales, falta del requisito de forma, etc. (*M. R. D. R.*)

DAMPIED: «La loi de 1985 et le sort du candide créancier: la dernière chance», *GP*, 1999, núm. 346-348, pp. 3-11.

Diferencia entre deudor individual y deudor como empresa. Críticas a la Ley de 25 de enero de 1985. (*I. S. P.*)

DE ANGELIS, L.: «Trust e fiducia nell'ordinamento italiano», *RDC*, 1999, núm. 3, parte segunda, pp. 353-372.

Comentario a propósito de una sentencia del Tribunal de *Oristano*, 15 de marzo de 1956, sobre los institutos del *trust* y la fiducia en el ordenamiento italiano, tras la recepción de la normativa de la Convención de la Haya de 1 de julio de 1985 en la Ley de 16 de octubre de 1989, núm. 364. (*M. R. D. R.*)

DE LACY, J.: «Selling in the Course of a Business Under the Sale of Goods Act 1979», *Mod. L. Rev.*, 1999, vol. 62, núm. 5, pp. 776-791.

Una reciente sentencia de la *Court of Appeal* británica ha clarificado la interpretación de la sección 14(2) de la *Sale of Goods Act 1979* en materia de condiciones implícitas (*implied terms*). En concreto, se ha adoptado una interpretación extensiva del requisito de que la venta se realice en el transcurso de un negocio (*in the course of a business*) para que entre en juego la presunción de que la cosa tiene un cierto nivel de calidad. (A. R. G.)

DE MARCO, P.: «Eventus damni ed onere della prova nella revocatoria ordinaria, tra il principio della garanzia patrimoniale e la libertà di iniziativa economica del debitore – nota a Cass. 6 maggio 1998 num. 4578», *GC*, 1999, núm. 4, pp. 1134-1146. (M. R. D. R.)

DENIS-CHAUBET: «Clinique: présomption de faute en matière d'infection nosocomiale», *SJ*, 1999, núm. 27, pp. II-10122, 1295-1297.

Estudio a propósito de la sentencia de casación civil, sección primera, de 16 de junio de 1998 sobre responsabilidad civil médica en caso de infección. Funcionamiento del servicio y causa de exoneración. (R. A. R.)

DENOIX DE SAINT MARC: «La réforme du droit allemand de l'arbitrage», *GP*, 2000, núm. 9-11, pp. 71-74.

Análisis de la Ley de 1 de enero de 1998 sobre el libre arbitraje a raíz de la sentencia de la corte de casación de 21 de mayo de 1996. (R. A. R.)

DERIEUX: «La responsabilité des médias. Responsable, coupables, condamnables, punissables?», *SJ*, 1999, núm. 28, pp. I-153, 1335-1343.

Dificultades a la hora de fijar la responsabilidad de los medios de comunicación y de las personas que trabajan en ellos. Problemas de buscar un equilibrio entre los derechos individuales y la libertad de información. (I. S. P.)

DESSUET: «Le problème des travaux sur existants? Quand l'immeuble devient le manteau d'Arlequin. Aux fourmilllements de la jurisprudence répondent les solutions unificatrices de l'assurance», *GP*, 1999, núm. 52-54, pp. 2-10.

Modalidades de aplicación de la responsabilidad civil decenal a trabajos nuevos. Daños existentes y soluciones ofrecidas por las compañías aseguradoras. (I. S. P.)

DI CIOMMO, F.: «Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilitá del medico ospedaliero», *FI*, 1999, vol. 11, pp. 3333-3337.

Comentario a Cass. de 22 de enero de 1999 en materia de responsabilidad civil del médico. (Alma R.G.)

DIDONE, A.: «Osservazioni in tema di beni sopravvenuti nel corso del procedimento di concordato preventivo per cessione – osservazione a

Cass. 14 ottobre 1998 num. 10141», *GC*, 1999, núm. 4, pp. 1062-1064.
(M. R. D. R.)

DUGDALE, T.: «Contributory Negligence applied to Economic Loss: Platform Home Loans and Fancy and Jackson», *Mod. L. Rev.*, 1999, vol. 62, núm. 2, pp. 281-289.

En un contrato de préstamo con garantía real sobre una finca, en el que la finca ha sido objeto de sobrevaloración debido a la negligencia del perito, como consecuencia de lo cual el prestamista ha avanzado una suma superior al importe real de la garantía ¿puede el prestamista dirigirse contra el perito para recuperar los daños sufridos? En caso afirmativo, ¿puede el perito solicitar que se reduzca la cuantía indemnizatoria por culpa del prestamista que en el momento del préstamo no investigó la solvencia económica del prestatario para devolver el préstamo? Así lo han considerado recientemente los tribunales británicos. (*J. S. F.*)

DUNNÉ, J. M.: «Liability for Pure Economic Loss: Rule or Exception?», *ERPL*, 1999, núm. 4, pp. 397-428.

En el ámbito del Derecho de daños, la noción de daño puramente económico, en ausencia de daño causado a la persona o a los bienes de la víctima, es una noción compleja y afirmar en tales casos la responsabilidad civil suscita dificultades. Los sistemas de Derecho civil generalmente la admiten, con algunas excepciones, mientras que el *common law* tradicionalmente la ha rechazado. El autor ofrece una clara síntesis de lo que se entiende por «daño puramente económico», con numerosos ejemplos extraídos de la jurisprudencia y realiza un estudio comparativo sobre la indemnizabilidad del mismo. (*I. G. P.*)

DURRY/LEGUAY: «Assurances», *RDI*, 1999, núm. 2, pp. 277-287.

Notas a sentencias sobre los seguros de construcción y cobertura en caso de incumplimiento del constructor. (*I. S. P.*)

DURRY/LEGUAY: «Assurances», *RDI*, 1999, núm. 3, pp. 425-438.

Notas a sentencias de los tribunales franceses en la materia de seguro de construcción. (*I. S. P.*)

DURRY/LEGUAY: «Assurances», *RDI*, 1999, núm. 4, pp. 669-672.

Notas a algunas decisiones jurisprudenciales en materia de seguro de construcción y cobertura. (*R. A. R.*)

ECKERT, J.: «Sittenwidrigkeit und Wertungswandel», *AcP*, 1999, pp. 337-359

El parágrafo 138 *BGB* establece la nulidad del negocio jurídico contrario a las buenas costumbres. Pero el sentido de lo que sean las «buenas costumbres», según el autor, depende del tiempo, y ello en dos sentidos. De un lado, con el tiempo las concepciones morales y sociales se transforman, y la cuestión es determinar si la validez del negocio ha de juzgarse según la concepción vigente cuando se celebró, o según la que impera cuando el Juez examina su contenido. De otro, son las propias circunstancias las que pueden alterarse, de modo que lo que acaso era contrario a la moral en el momento de celebrarse el negocio, ya no lo sea cuando ha de juzgarse sobre su eficacia, debido a la

alteración del supuesto de hecho. El autor mantiene que la calificación del negocio como contrario a las buenas costumbres habrá de hacerse atendiendo a la concepción vigente y a la situación de hecho existente en el momento en que produzca sus efectos jurídicos, salvo algunas matizaciones. (I. G. P.)

ERNST, W.: «Die Gegenseitigkeit im Vertragsvollzug», *AcP*, 1999, pp. 485-524.

El autor profundiza en el análisis de las obligaciones sinalagmáticas, afrontando la complejidad de la posición jurídica de quien es simultáneamente acreedor y deudor. Considera que la atención se ha centrado en el aspecto procesal de la excepción de contrato no cumplido y la posible condena al cumplimiento simultáneo con el que incumbe al propio demandante. Su estudio se centra en cambio en el análisis de los deberes que corresponden a cada parte en un contrato sinalagmático y su calificación desde la perspectiva del cumplimiento voluntario y la posible consideración aislada de cada una de las pretensiones. En este sentido, el hilo conductor a través de diversos problemas relacionados con el cumplimiento de las obligaciones sinalagmáticas es la consideración de que el ofrecimiento de la contraprestación debida se puede calificar como una carga que incumbe al acreedor, un deber de colaboración para hacer posible el cumplimiento del deudor y la obtención de la prestación debida a aquél. (I. G. P.)

ERNST, W.: «Kurze Rechtsgeschichte des Gattungskaufs», *ZEuP*, núm. 3, 1999, pp. 584-641.

El autor expone de forma sintetizada la «historia jurídica» de la venta de cosa determinada por su pertenencia a un género, como figura contrapuesta a la venta de cosa específica, sin constituir, por tal razón, un tipo contractual distinto, salvo en algunos Ordenamientos. (I. G. P.)

FALLON, M.: «Proposition pour une convention européenne sur la loi applicable aux obligations non contractuelles», *ERPL*, 1999, núm. 1, pp. 45-68.

El autor informa de la Propuesta del Grupo Europeo de Juristas de Derecho Internacional Privado dirigida a complementar el Tratado de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales. La Propuesta, inspirada en las soluciones del Tratado de Roma, establece los criterios para determinar la ley aplicable a obligaciones no contractuales nacidas de hechos dañosos o de cuasicontratos. (I. G. P.)

FIALAIRE: «Le contentieux de la responsabilité dans le domaine de l'enseignement», *SJ*, 2000, núm. 6, pp. I-204, 239-243.

Necesidad de adaptar la materia a la nueva normativa europea. Profesión de educador como un servicio público integrado en la organización administrativa. Adaptación a las nuevas necesidades. (I. S. P.)

FUCHS, A.: «Zum Einwendungs- und Rückforderungsdurchgriff bei verbundenen Geschäften», *AcP*, 1999, pp. 306-336.

La jurisprudencia ha definido los contratos vinculados o conexos como aquellos entre los que existe una común finalidad económica y, sin embargo, una independencia jurídica. No obstante, la jurisprudencia

encontró el camino para afirmar, a algunos efectos, la mutua interdependencia, particularmente en los casos de conexión entre venta y contrato de financiación. El legislador además ha dedicado su atención a estos supuestos, como ocurre en el parágrafo 9 de la Ley de crédito al consumo (*VerbrKrG*) y en el parágrafo 6 de la Ley de ventas a plazos. La autora centra su atención en las excepciones que el consumidor puede oponer al prestamista al amparo de la Ley de crédito al consumo; pero también lamenta la deficiente regulación que en dicha Ley se dedica a las pretensiones de restitución; al estimar que la citada Ley no excluye la aplicación de las reglas generales, se analizan las normas del *BGB* que pueden servir para fundamentar las pretensiones de restitución. (I. G. P.)

GABRIELLI, G.: «Capitalizzazione trimestrale degli interessi attivi ed usi ereditizi», *RDC*, 1999, núm. 4, parte segunda, pp. 443-453.

Análisis de la capitalización trimestral de los intereses como uso normativo, en la práctica bancaria, a propósito de dos recientes sentencias de la Corte Suprema, en sentido contrario a la legitimidad de dicha práctica (*Cass.* de 16 de marzo de 1999, núm. 2374 y *Cass.* de 30 de marzo de 1999, núm. 3096, que indican su nulidad por incompatibilidad con los límites impuestos en materia de anatocismo.

Comparación del sistema italiano y alemán. (M. R. D. R.)

GABRIELLI, G.: «Il requisito di specificatezza dell'autorizzazione a contrarre in conflitto di interessi: un eccesso di rigore moralistico», *RDC*, 1999, núm. 5, parte primera, pp. 547-562.

Análisis del fenómeno de la autocontratación y el conflicto de intereses con el representado. Medios de tutela preventivos y posteriores en el ordenamiento jurídico italiano y alemán. (M. R. D. R.)

GHISIGLIERI, F.: «Il risarcimento del danno per uccisione del convivente *more uxorio*», *NGCC*, 1999, núm. 5, pp. 607-612.

Comentario a la ordenanza de *Assise Milano* de 20 de mayo de 1998 y a la ordenanza del Tribunal de Milán de 27 de julio de 1998 sobre muerte en accidente de circulación de la pareja de hecho y el problema relativo al resarcimiento por tal daño. (Alma R.G.)

GIACALONE, G.: «Illegittima la capitalizzazione trimestrale degli interessi bancari a debito dei clienti – nota a Cass., 30 marzo 1999 num. 3096 e Cass., 16 marzo 1999 num. 2374», *GC*, 1999, núm. 5, pp. 1307-1309. (M. R. D. R.)

GIACALONE, G.: «La responsabilità del medico dipendente dal servizio sanitario nazionale: contrattuale, extracontrattuale o «transtipica»? – osservazione a Cass. 22 gennaio 1999 num. 589», *GC*, 1999, núm. 4, pp. 1007-1011. (M. R. D. R.)

GIVRI, P.: «Scioglimento per mutuo consenso, obbligazioni facoltative e alternative – nota a Trib. Savona 26 giugno 1998», *GC*, 1999, núm. 11, pp. 3153-3157. (M. R. D. R.)

GOREVA, S.: «Bankkonten und Giroverkehr nach russischem Recht», *ZEuP*, 1999, pp. 920-930.

La autora analiza la regulación del nuevo Código civil ruso dedicado a diversos aspectos de los contratos bancarios. La nueva legislación comprende las diversas relaciones entre el Banco y los clientes y persigue una mayor seguridad jurídica, teniendo en cuenta la experiencia de Bancos extranjeros. (*I. G. P.*)

GRIGOLEIT, H.C.: «Abstraktion und Willensmängel – Die Anfechtbarkeit des Verfügungs geschäfts», *AcP*, 1999, pp. 380-420.

La concepción del negocio traslativo como acuerdo abstracto, diferenciado e independiente del acuerdo causal, plantea inmediatamente el problema de identificar las causas específicas por las que dicho negocio puede ser impugnado. El autor analiza en particular la impugnación del negocio por vicios de la voluntad que afecten de manera exclusiva al contenido del propio acuerdo abstracto traslativo, pero no al del negocio causal, y la aplicabilidad al caso de los supuestos previstos en el parágrafo 119 *BGB*. Además, se destaca que la impugnación del negocio causal no determina de forma automática la invalidez del acuerdo de disposición. (*I. G. P.*)

GRIGOLI, M.: «In merito alla regolamentazione comunitaria della responsabilità del vettore aereo», *GC*, 1999, núm. 6, pp. 305-312.

Análisis del Reglamento núm. 2027/97 del Consejo de la CE de 9 de octubre de 1997, sobre responsabilidad del sector aéreo en caso de accidentes y obligatoriedad del seguro. (*M. R. D. R.*)

GRIGOLI, M.: «Sulla validità della dichiarazione di abbandono delle merci all'assicuratore – nota a Cass. 7 settembre 1998 num. 8848», *GC*, 1999, núm. 6, pp. 1766-1768. (*M. R. D. R.*)

GRIGOLI, M.: «Sulle dotazioni di sicurezza dei natanti da diporto – nota a Cass. 5 maggio 1999 num. 4485», *GC*, 1999, núm. 10, pp. 2674-2676. (*M. R. D. R.*)

GRONDONA, M.: «Desiderio del marito di essere padre e diritto della moglie di non essere madre», *NGCC*, 1999, núm. 5, pp. 711-714.

Comentario a Cass. de 5 de noviembre de 1998 relativo a la solicitud del resarcimiento del daño sufrido por el marido por lesión de su derecho a la paternidad tras la arbitraria y voluntaria interrupción del embarazo de la mujer. (*Alma R.G.*)

GROSLIÈRE/SAINTE-ALARY-COUTEAUX: «Promotion immobiliaire. Vente d'immeuble», *RDI*, 1999, núm. 2, pp. 264-276.

Notas a sentencias recientes sobre las sociedades inmobiliarias y las promotoras; venta de inmuebles bajo plano; incumplimiento en la entrega. (*I. S. P.*)

GROSLIÈRE/SAINTE-ALARY-COUTEAUX: «Promotion immobilière. Vente d'immeuble», *RDI*, 1999, núm. 3, pp. 416-425.

Notas a decisiones jurisprudenciales recientes en la materia. (*I. S. P.*)

GROSLIÈRE/SAINTE-ALARY-COUTEAUX: «Promotion immobilière. Vente d'immeuble», *RDI*, 1999, núm. 4, pp. 657-669.

Notas a algunas decisiones de la jurisprudencia francesa más reciente en materia de sociedades promotoras, venta de inmuebles en construcción y posible incumplimiento. (*R. A. R.*)

GSELL, B.: «Die zeitlichen Grenzen der Gewährleistungsrechte des Verbrauchers nach der EU-Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf», *ERPL*, 1999, núm. 2, pp. 151-172.

Estudio sobre el plazo de garantía y el plazo de ejercicio de la acción para exigir dicha garantía en la Directiva sobre venta y garantía de bienes de consumo. (*I. G. P.*)

GUEGUEN, ALER: «Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle», *RDS*, 1999, núm. 33, chr., pp. 352-358.

Estudio a propósito de la sentencia de 22 de febrero de 1996. Obligación esencial y ausencia de causa. La causa al servicio de la justicia contractual. (*R. A. R.*)

GUÉVEL: «La confusion ou les confusions: théorie générale ou relativité générale?», *GP*, 1999, núm. 304-308, pp. 3-16 y 33-44.

Problemas de régimen jurídico de la confusión. Noción y efectos desde Roma. Situaciones problemáticas y vías de solución. (*R. A. R.*)

HAMMEN, H.: «Die Forderung – ein “sonstiges Recht” nach § 823 Abs.1 BGB», *AcP*, 1999, pp. 591-614.

Una cuestión recurrente en la doctrina alemana es el relativo a la protección aquiliana del derecho de crédito, y, en particular, la posible inclusión del mismo en la expresión «otros derechos» que se utiliza en el parágrafo 823 *BGB*. La cuestión ha resurgido a partir de las reflexiones de Canaris, en el sentido de admitir en algunos casos la responsabilidad extracontractual del tercero que a través de un acto jurídico lesionó el derecho de crédito. El autor ofrece un resumen de los diferentes supuestos en los que la cuestión se suscita y estima que no puede admitirse tal protección con carácter general, fuera de las hipótesis expresamente previstas por la ley. (*I. G. P.*)

HEUGAS-DARRASPEN: «La réforme des sociétés de crédit foncier ou “les obligations foncières à la française”», *RDI*, 1999, núm. 4, pp. 571-612.

Estudio a propósito de la Ley 99-532 de 25 de junio de 1999 sobre ahorro y seguridad financiera. (*R. A. R.*)

HOCQUET-BERG: «Les médecins sont tenus d'une obligation de sécurité-réultat», *GP*, 1999, núm. 127-128, pp. 20-25.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Gran Instancia de Metz, sección primera civil, de 12 de agosto de 1998. (*I. S. P.*)

HOONAKKER: «Des intérêts dus sur les créances de restitution», *RDS*, 1999, núm. 31, chr., pp. 328-332.

Los intereses moratorios: reconocimiento jurisprudencial del principio de los intereses moratorios. Los intereses compensatorios en la ejecución definitiva y en la ejecución provisional. (*R. A. R.*)

HUET: «Un bienfait de l'histoire: la subrogation opérée par le débiteur pour le remboursement anticipé d'un prêt d'argent en cas de baisse des taux d'intérêt (art. 1250, 2º c.civ.)», *RDS*, 1999, núm. 29, chr., pp. 303-312.

Análisis histórico de la subrogación en interés del deudor y en interés general. Jurídicamente se estudia la necesidad de que la subrogación no perjudique a otros acreedores. En cuanto al aprovechamiento económico ve necesario que la subrogación no dañe a un acreedor desinteresado. (*I. S. P.*)

HUET/VALMACHINO: «Réflexion sur l'arbitrage dans le commerce électronique», *GP*, 2000, núm. 9-11, pp. 6-18.

Solución a los problemas del arbitraje ante los cambios mediante comercio electrónico. Análisis de la ley tipo de la Comisión de Naciones Unidas de 21 de junio de 1985. (*I. S. P.*)

HÜNERT, M.: «Rechtliche Bewältigung der Haftung für Massenschäden im deutschen Recht», *ERPL*, 1999, núm. 4, pp. 459-480.

Las normas sobre Derecho de daños y responsabilidad civil en Alemania se dirigen ante todo a la indemnización de perjuicios individuales y se adaptan mal a la reparación de daños colectivos. Por tal razón el autor estima que en varios ámbitos se impone una reforma legislativa, pues el Derecho de daños debe ofrecer los instrumentos para lograr una adecuada reparación de los daños, por lo que no es aceptable que descuide esta función; ni siquiera en aquellos supuestos en los que la reparación se articula a través de un sistema de seguro colectivo, pues el problema resurge cuando se ejercitan las acciones de regreso. (*I. G. P.*)

INZITARI, B.: «The legal doctrine concerning the introduction of the Euro as the single european currency», *ERPL*, 1999, núm. 2, pp. 173-197.

El autor se enfrenta con diversos problemas relacionados con la introducción de la moneda única europea: el marco legal, el pago de las deudas de dinero, y cuestiones de Derecho transitorio. (*I. G. P.*)

IRTI, N.: «È vero, ma... (Replica a Giorgio Oppo)», *RDC*, 1999, núm. 2, parte primera, pp. 273-278.

Breve reflexión acerca de la eficacia y relevancia de los actos unilaterales en las relaciones contractuales. (*M. R. D. R.*)

IRTI, N.: «Principi e problemi di interpretazione contrattuale», *RTDPC*, 1999, núm. 4, pp. 1139-1171.

Interpretación del contrato y actos unilaterales: principios, metodología y criterios legales. (*M. R. D. R.*)

IZORCHE: «A propos du “mandat sans représentation”», *RDS*, 1999, núm. 35, chr., pp. 369-374.

La representación como elemento accidental del mandato. Concepto de mandato y de representación. Considerando la representación como elemento esencial del mandato estudia la ausencia de representación y la exclusión de efectos del mandato o la eventualidad de éstos. (*R. A. R.*)

IZZO, N.: «La sanatoria giudiziale della morosità è inapplicabile alle locazioni ad uso diverso – nota a C. Cost. 21 dicembre 1998 num. 448 (ord.) e Cass., sez. num., 28 aprile 1999 num. 272», *GC*, 1999, núm. 5, pp. 1295-1298. (*M. R. D. R.*)

IZZO, N.: «La temporanea limitazione del danno per ritardata restituzione dell’immobile locato – nota a Trib. Milano 29 aprile 1999, Pret. Bologna 4 maggio 1999 (ord), Pret. Napoli 3 maggio 1999 (ord) e Pret. Firenze 17 marzo 1998 (ord)», *GC*, 1999, núm. 6, pp. 1844-1852. (*M. R. D. R.*)

JACQUIN: «Travaux d’amélioration, déplafonnement et valeur locative», *GP*, 1999, núm. 87-89, pp. 8-13.

Concepto y contenido de las mejoras arrendaticias. Su valoración en la determinación de la renta. (*I. S. P.*).

JAMIN: «Vers la résolution unilatérale du contrat», *RDS*, 1999, núm. 14, jur., pp. 197-201.

Nota a la sentencia de casación civil, sección primera, de 13 de octubre de 1998 sobre validez del contrato por el comportamiento de la otra parte. (*I. S. P.*)

JANSEN, N.: «The Idea of Lost Chance», *Oxford J. Legal Stud.*, 1999, vol. 19, núm. 2, pp. 271-296.

La pérdida de la oportunidad (*lost of chance*) de obtener una ganancia o de evitar un posible daño constituye un daño indemnizable *per se*, con independencia del juicio hipotético de qué es lo que habría ocurrido si no se hubiera perdido la oportunidad. Con ello, pueden superarse algunos de los problemas tradicionales sobre causalidad hipotética. No obstante, esta solución implica configurar la idea de «pérdida de oportunidad» como concepto normativo que implica considerar la oportunidad de evitar un daño o de obtener un beneficio como derechos personales (*personal rights*) reconocidos por el ordenamiento jurídico. (*J. S. F.*)

JESU, G.: «L’insediamento del coltivatore diretto sul fondo offerto in vendita quale causa di esclusione della prelazione del confinante», *NGCC*, 1999, núm. 4, pp. 471-479.

Comentario a Cass. de 26 de octubre de 1998 en materia de contratos agrarios. (*Alma R.G.*)

KALLIMPOULOS, G. D.: «The impact of the introduction of the euro on monetary obligations in Greece», *ERPL*, 1999, núm. 2, pp. 221-236.

El autor examina las cuestiones jurídico-privadas que surgirán a raíz de la introducción del euro en Grecia, ocupándose fundamentalmente de

dos aspectos. De un lado, la repercusión sobre las obligaciones pecuniarias contraídas o nacidas antes de la introducción de la moneda única; de otro, su repercusión sobre la legislación monetaria. Se estima que, en principio, no deben producirse problemas importantes por lo que se refiere al cumplimiento de las deudas de dinero, y que la solución de los que pudieran surgir puede encontrarse a través de una interpretación teleológica de la legislación europea, lo que comprende la remisión a los principios de buena fe y abuso de derecho, como principios generales del Derecho europeo. (*I. G. P.*)

KENDERIAN: «Le bail rural aurait-il une valeur vénale?», *RDS*, 2000, núm. 1, 1.^{er} cahier, pp. 14-17.

Notas a la sentencia de la corte de casación civil, sección tercera, de 10 de febrero de 1999. (*I. S. P.*)

KENFACK: «La constatation de la défaillance de la condition suspensive sans délai», *RDS*, 1999, núm. 27, jur., pp. 403-406.

Estudio a propósito de la sentencia de la Corte de casación civil, sección tercera, de 24 de junio de 1998 sobre la aplicación estricta del artículo 1176 del Código civil francés. Supuestos de inaplicación a la fecha de realización de la condición suspensiva. (*R. A. R.*)

LAGARDE: «Observations critiques sur la renaissance du formalisme», *SJ*, 1999, núm. 40, pp. I-170, 1767-1775.

Uniformidad entre las soluciones legislativas y las necesidades prácticas en materia de forma. Multiplicidad de nulidad formal y necesidad de buscar nuevas sanciones a los defectos de forma que no sean la nulidad. (*R. A. R.*)

LALAUT: «Le contrat et la convention européenne des droits de l'homme», *GP*, 1999, núm. 127-128, pp. 2-12.

La formación del contrato y la influencia del Tribunal Europeo. Ejecución del contrato: régimen jurídico aplicable y garantías de ejecución en la Convención. Las consecuencias en el Derecho francés. (*R. A. R.*)

LANDRY: «La limitation de la responsabilité est-elle réalisable», *GP*, 1999, núm. 148-149, pp. 31-35.

Las cláusulas de limitación de responsabilidad del abogado. Sus formas y análisis de su validez. (*I. S. P.*)

LAPLANCHE: «Le marché de l'art à nouveau dans tous ses états: annulation de la vente d'une oeuvre en raison du doute avéré sur l'authenticité de celle-ci», *RDS*, 2000, núm. 3, 1.^{er} cahier, pp. 54-58.

Estudio a propósito de la sentencia de la corte de casación civil, sección primera, de 13 de enero de 1998. (*I. S. P.*)

LAPORTE: «Un automobiliste ayant consommé du cannabis peut-il mettre en danger autrui?», *RDS*, 1999, núm. 7, jur., pp. 110-114.

Nota a la sentencia del Tribunal de Gran Instancia de *Poitiers* de 28 de mayo de 1998 sobre infracción del deber de seguridad y prudencia del conductor. Prueba. (*R. A. R.*)

LASCARO, P.: «La conoscenza da parte del terzo della qualità di imprenditore commerciale del dettitore come requisito dell'azione revocatoria fallimentare – nota a Cass. 12 gennaio 1999 num. 242», *GC*, 1999, núm. 6, pp. 1676-1677. (*M. R. D. R.*)

LAUDE: «La responsabilité des produits de santé», *RDS*, 1999, núm. 18, chr., pp. 189-194.

La ley de 1 de julio de 1998 que refuerza el control de seguridad sanitaria. Aportación legal esencial: ofrecer a la víctima una vía simplificada para exigir responsabilidad sin distinguir entre responsabilidad contractual y extracontractual. Responsabilidad objetiva y causas de exoneración. (*R. A. R.*)

LECOURT: «Les loteries publicitaires. La déception a-t-elle un prix?», *SJ*, 1999, núm. 29, pp. I-155, 1401-1407.

Inmoralidad de la publicidad de los concursos en los que se constata la existencia de un premio ganado en un concurso. Confusión en las decisiones jurisprudenciales. (*I. S. P.*)

LEDUC: «Réflexions sur la convention de prête-nom (contribution à l'étude de la représentation imparfaite)», *RTDC*, 1999, núm. 2, pp. 283-312.

Diferencias entre la representación imperfecta, donde se oculta a la persona del representado frente a los terceros y la simulación. Soluciones jurisprudenciales al tema. Unión al contrato de comisión que permite una construcción más completa en la teoría de las obligaciones. (*R. A. R.*)

LENER, R.: «La nuova disciplina delle offerte pubbliche di acquisto», *RDC*, 1999, núm. 2, parte segunda, pp. 241-274.

Comentario al d. Legisl. de 24 de febrero de 1998, núm. 58, que regula la disciplina de la oferta pública de adquisición y cambio, anteriormente contenida en la Ley de 18 de febrero de 1992, núm. 149, y de 7 de junio de 1974, núm. 216: sistema, finalidad y tipos de adquisición. (*M. R. D. R.*)

LEPRE, A.: «Nuovi spunti in tema di responsabilitá civile dell'avvocato», *NGCC*, 1999, núm. 3, pp. 363-368.

Comentario a *Cass.* de 6 de febrero de 1998 sobre responsabilidad civil del abogado. (*Alma R.G.*)

LEVIEEN, D. I./STOLKER, C.: «Compensation for the fear of contracting Asbestos-related diseases – Critical reflections on an important US Supreme Court decision an its relevance for Europe», *ERPL*, 1999, núm. 1, pp. 1-20.

La exposición al asbesto es susceptible de provocar a largo plazo daños a la salud, y muchas víctimas potenciales de enfermedades provocadas

por tal motivo han comenzado a interponer demandas dirigidas a la indemnización de daños psíquicos. El artículo se centra en el tema de la compensación por tales daños, a la vista de una importante decisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos (julio 1997). Los autores concluyen que los Tribunales europeos pueden resolver los problemas legales que suscitan tales reclamaciones de responsabilidad utilizando los instrumentos tradicionales del Derecho de daños, por lo que estiman innecesaria la introducción de nuevas reglas. (*I. G. P.*)

LEWIS, R.: «Recovery of NHS Accident Costs: Tort as a Vehicle for Raising Public Funds», *Mod. L. Rev.*, 1999, vol. 62, núm. 6, pp. 903-911.

Comentario crítico sobre la reciente normativa que permite repetir a las entidades que prestan asistencia sanitaria gratuita dentro del sistema público de salud contra el responsable de daños corporales en accidentes de circulación [*Road Traffic (NHS Charges) Act 1999*]. Esta normativa se suma a la anteriormente vigente que faculta al Estado para repetir el importe de las prestaciones sociales abonadas a la víctima desde el momento en que ésta reclama contra el causante del accidente [*Social Security (Recovery of Benefits) Act 1997*]. A juicio del autor, ambas normas sugieren que en Derecho inglés la responsabilidad civil ha recuperado terreno frente a otros modelos de compensación de daños basados en la socialización de ciertos riesgos y que se han impuesto en otros sistemas del área del *Common law*. Dado que afecta de lleno a la relación entre responsabilidad civil y Estado social el autor concluye que el análisis del problema de los llamados *collateral benefits* tiene una dimensión política que no debe ser obviada. (*J. R. I.*)

LEYLAND, P.: «La responsabilità in tort delle Pubbliche Amministrazioni», *RDC*, 1999, núm. 4, parte primera, pp. 501-512.

Estudio de derecho comparado sobre la responsabilidad por daños de la Administración pública: incompetencia en el cumplimiento de funciones públicas, omisiones, negligencia, etc. (*M. R. D. R.*)

LITVINOFF, S.: «Damages, Mitigation and Good Faith», *Tul. L. Rev.*, 1999, vol. 73, núm. 4, pp. 1161-1195.

Configuración del deber de mitigar los daños, previsto en el Código civil de Louisiana (art. 2002), como una consecuencia natural del principio general de buena fe. (*A. R. G.*)

LO CASCIO, G.: «Il limite dell'opponibilità degli atti ai creditori nel concordato preventivo – nota a Cass. 1 giugno 1999 num. 5306», *GC*, 1999, núm. 11, pp. 2960-2964. (*M. R. D. R.*)

LOOKOFSKY, J.: «The Limits of Commercial Contract Freedom: Under the UNIDROIT "Restatement" and Danish Law», *Am. J. Comp. L.*, 1999, vol. 46, núm. 3, pp. 485-508.

Límites del principio de autonomía contractual en el Derecho danés y en los Principios de UNIDROIT sobre contratos mercantiles internacionales. Estos principios serán bien recibidos por los Tribunales daneses, como una fuente de Derecho internacionalmente aceptada. (*A. R. G.*)

MACDONALD, E.: «The Emperor's Old Clauses: Unincorporated Clauses: Misleading Terms and the Unfair Terms in Consumer Contract Regulations», *Cambridge L.J.*, 1999, vol. 58, pp. 413-436.

Repaso de las novedades introducidas en Derecho inglés por la normativa de transposición de la Directiva 93/CEE/13, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Se destaca la mejora de la protección de los consumidores a raíz de las facultades conferidas al *Director General of Fair Trading* en cuanto a la interpretación y a la eficacia de las cláusulas supuestamente abusivas, pero también se advierte de los efectos negativos derivados de la aplicación de criterios distintos a los contratos con consumidores y a las demás transacciones comerciales. (*J. R. I.*)

MAGNUS, U.: «Wesentliche Fragen des UN-Kaufrechts», *ZEuP*, 1999, pp. 642-662.

El autor pone de relieve la importancia del Convenio de Viena de 1980 sobre la compraventa internacional de mercaderías, como marco de referencia para el desarrollo de los Principios de UNIDROIT, así como para el de los Principios del Derecho europeo de contratos realizados por la Comisión Lando. Ofrece un breve panorama de las cuestiones fundamentales reguladas por el citado Convenio y la doctrina y jurisprudencia europeas sobre los distintos temas tratados. (*I. G. P.*)

MALINVAUD: «La loi du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux et le droit de la construction», *RDS*, 1999, núm. 10, chr., pp. 93-97.

La nueva responsabilidad del constructor. Régimen jurídico. Causas de exoneración y prescripción de la acción. Consecuencias jurídicas para los distintos sujetos. (*I. S. P.*)

MALINVAUD/BOUBLI: «Architectes, entrepreneurs et techniciens», *RDS*, 1999, núm. 2, pp. 253-263.

Observaciones a determinadas sentencias recientes de los tribunales franceses en materia de contrato de prestación de servicios del arquitecto; subcontratación; recepción de la obra; responsabilidad de los profesionales; etc. (*I. S. P.*)

MALINVAUD/BOUBLI: «Architectes, entrepreneurs et techniciens», *RDI*, 1999, núm. 3, pp. 402-416.

Notas a sentencias francesas recientes sobre contratos celebrados con estos profesionales así como la posibilidad de subcontratas. (*I. S. P.*)

MALINVAUD/BOUBLI: «Architectes, entrepreneurs et techniciens», *RDI*, 1999, núm. 4, pp. 650-657.

Notas a decisiones jurisprudenciales francesas recientes. (*R. A. R.*)

MARCHEGIANI, L.: «Sulla soggettività delle società personali e sulla estinzione della collettiva regolare – nota a Cass. 29 maggio 1999 num. 5233», *GC*, 1999, núm. 11, pp. 2966-2972. (*M. R. D. R.*)

MAROT: «Prolongement de l'arrêt de la Chambre commerciale du 10 février 1998 sur l'information précontractuelle en matière de franchise», *RDS*, 1999, núm. 39, 2.^eme cahier, pp. 431-442.

En relación con la ley *Doubin* y su decreto de aplicación, el autor analiza la nulidad del contrato y su aplicación según la sentencia de 10 de febrero de 1998. (*R. A. R.*)

MASSARI, I.: «Spunti problematici sull'overlapping tra Tort e Contract nell'esperienza inglese», *RDC*, 1999, núm. 4, parte primera, pp. 513-528.

Apuntes sobre la responsabilidad civil contractual y extracontractual en el derecho anglosajón: distintos supuestos y problemas de la práctica anglosajona en relación con daños físicos y económicos. (*M. R. D. R.*)

MERUZZI, G.: «Il contratto usurario tra nullità e rescissione», *CI*, 1999, núm. 2, pp. 410-500.

Análisis de la sanción civil del contrato realizado con usura. (*Alma R.G.*)

MESTRE/JOURDAIN/GAUTIER: «Obligations et contrats spéciaux», *RTDC*, 1999, núm. 1, pp. 78-131.

Notas a algunas decisiones en materia de obligaciones, responsabilidad civil y contratos en particular. (*I. S. P.*)

MICKLITZ, H.W.: «Die Fernabsatzrichtlinie 97/7EG», *ZEuP*, 1999, pp. 875-902.

El autor analiza la Directiva 97/7UE sobre Protección de los consumidores en los contratos negociados a distancia. (*I. G. P.*)

MIGNOT: «Décret du 30 septembre 1953, quelques observations techniques», *GP*, 1999, núm. 87-89, pp. 3-7.

Estudio de la modificación del citado decreto a raíz de la sentencia de la corte de casación de 24 de enero de 1996. (*R. A. R.*)

MINNECI, U.: «Struttura del dolo: contegno del decipiens e consenso del deceptor», *RDC*, 1999, núm. 3, parte primera, pp. 373-400.

Análisis de la figura del dolo: concepto, naturaleza, clases, mala fe subjetiva y objetiva y efectos sobre el contrato. (*M. R. D. R.*)

MISSE: «Internet un espace commercial», *GP*, 1999, núm. 108-110, pp. 32-36.

Oferta y contratación a través de internet. (*I. S. P.*)

MOSCUZZA, D.: «L'anatocismo nel contratto di conto corrente ordinario en el contrato de conto corriente bancario – nota a Cass. 30 marzo 1999 num. 3096 e Cass. 16 marzo 1999 num. 2374», *GC*, 1999, núm. 6, pp. 1588-1598. (*M. R. D. R.*)

MOURRE: «Les rapports de l'arbitrage et du droit communautaire après l'arrêt eco Swiss de la Cour de Justice des communautés européennes», *GP*, 2000, núm. 9-11, pp. 30-35.

Aplicación de las normas comunitarias sobre competencia de los árbitros. Actualidad a partir de la sentencia de 4 de enero de 1993 y su control judicial. (*I. S. P.*)

NAJAR: «La donation en possession (à propos d'un arrêt de la 1.^{er} chambre civile de la Cour de cassation du 14 janvier 1997)», *RDS*, 1999, núm. 14, chr., pp. 155-156.

Validez de la donación en estos casos. (*I. S. P.*)

NIEPER, F.: «Allgemeine Geschäftsbedingungen; Begriff der "Bestimmungen, die den Kern der Leistungen bezeichnen"», *ZEuP*, 1999, pp. 732-744.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo Holandés de 19 de septiembre de 1997, en la que se suscita la cuestión sobre el concepto de condiciones generales de la contratación, a la vista del Código holandés, cuyo artículo 6:231 excluye del mismo las cláusulas que describen el núcleo de la prestación. (*I. G. P.*)

OLIVIER: «Marchés des travaux privé: le rétablissement de la garantie de paiement de l'entrepreneur», *RDI*, 1999, núm. 4, pp. 613-618.

Estudio a propósito del Decreto núm. 99-658 de 30 de julio de 1999 que impone la garantía del pago. Análisis del artículo 1799.1.^º del Código civil francés. (*I. S. P.*)

OLSEN, L.: «The choice of the aggrieved party – An analysis of the remedies in the Principles of the European Contract Law», *ERPL*, 1999, núm. 1, pp. 21-44.

En este artículo se analizan los Principios del Derecho Europeo de contratos desde el punto de vista del acreedor; se examinan los diversos remedios entre los que puede elegir en caso de incumplimiento del deudor. Se concluye que la Comisión ha logrado atender a los distintos intereses de las partes y ofrece medidas efectivas, por lo que se espera que los Principios sean tenidos en cuenta por la UE a la hora de elaborar nuevas Directivas en el ámbito del Derecho contractual. (*I. G. P.*)

OPPO, G.: «Maggioranza e minoranze nella riforma delle società quotate», *RDC*, 1999, núm. 2, parte segunda, pp. 231-239.

Comentario a la reforma de la sociedad por cuotas: régimen de mayorías y minorías, voto por correspondencia, delegación, etc., para el gobierno de la sociedad; a propósito de la nueva ley del TU 1998 núm. 58, que regula y modifica la distribución del poder social. (*M. R. D. R.*)

OPPO, G.: «Sulla tipicità delle società quotate», *RDC*, 1999, núm. 4, parte segunda, pp. 483-493.

Breve análisis de la nueva disposición, TU 1998, núm. 59, que afronta la problemática de la sociedad por cuotas: supuestos legales y régimen societario. (*M. R. D. R.*)

PALAZZOLO, A.: «In tema di contratto di appalto stipulato da un'associazione temporanea di imprese», *NGCC*, 1999, núm. 4, pp. 540-544.

Comentario a *Cass. de 15 de mayo de 1998 sobre la validez y eficacia del desistimiento unilateral de la parte mandante en un contrato de asociación temporal de empresas.* (*Alma R.G.*)

PALMIERI, A.: «L'ibrida definizione di consumatore e i beneficiari (talvolta pretermessi) degli strumenti di riequilibrio contrattuale», *FI*, 1999, vol. 11, pp. 3118-3173.

Nota a la ordenanza del Tribunal Constitucional de 30 de junio de 1999 en materia de tutela del consumidor. (*Alma R.G.*)

PARENTI, V.: «Sulla riduttiva considerazione della forma convenzionale ex art. 1352 c.c.», *GC*, 1999, núm. 4, pp. 175-187.

Breves apuntes sobre la legitimidad y validez de los pactos de forma. (*M. R. D. R.*)

PARISI-GIAMPAOLO FREZZA, F.: «Il concorso di colpa: analisi economico-comparata», *RTDPC*, 1999, núm. 3, pp. 945-991.

Extenso estudio de las reglas de la concurrencia de culpas en el sistema de *common law*, con un análisis económico de la materia en el derecho comparado.

Especial referencia a los sistemas de *contributory negligence* (nexo causal, conducta de la víctima, efectos), y *comparative negligence*, haciendo hincapié en las informaciones defectuosas y errores en el juicio de responsabilidad: errores en la previsión del daño e identificación del agente, legislativos, judiciales sobre el *standard* de diligencia exigida, etc. (*M. R. D. R.*)

PARISI-GIAMPAOLO FREZZA, F.: «Rischio e causalità nel concorso di colpa», *RDC*, 1999, núm. 2, parte primera, pp. 233-271.

Extenso estudio del riesgo y la causalidad en la concurrencia de culpas, y las relaciones externas entre los agentes del daño y la víctima, e internas entre los agentes: hipótesis y análisis económico de los diferentes sistemas y criterios a aplicar. (*M. R. D. R.*)

PESCATORE, V.: «Cessione del contratto e interpretazione», *RTDPC*, 1999, núm. 2, pp. 583-604.

Estudio de algunas peculiaridades de la figura de la cesión del contrato: definición, causa, estructura, naturaleza jurídica, partes, tercero e interpretación del contrato. (*M. R. D. R.*)

PICARDI, F.: «Sul termine di adempimento ex art. 127, comma 2, legge núm. 633 del 1941: condizione dell'azione o presupposto processuale – nota a Cass. 11 dicembre 1998 num. 12503», *GC*, 1999, núm. 6, pp. 1712-1715. (*M. R. D. R.*)

PICCIANO, I.: «Transazione semplice e novativa: brevi note in tema della prior obligatio – nota a Cass. 10 luglio 1998 num. 6703», *GC*, 1999, núm. 6, pp. 1779-1782. (*M. R. D. R.*)

PICCIANO, I.: «Transazione semplice e novativa: brevi note in tema di nullità della prior obligatio», *RDC*, 1999, núm. 3, parte segunda, pp. 435-441.

Comentario a la sentencia *Cass. Civ. Sez. I*, 10 de julio de 1998, número 6703, sobre la transacción simple y novativa: estructura y función de la transacción, eficacia novativa, contenido, consecuencias de la transacción sobre título nulo –anulabilidad–. (*M. R. D. R.*)

PISANI, C.: «Il subcontratto», *NGCC*, 1999, núm. 4, pp. 245-286.

Construcción doctrinal de una teoría general del subcontrato ante la laguna existente de tal instituto en el Código civil italiano de 1942. (*Alma R.G.*)

PORCHY: «Redéfinition par la Cour de cassation des critères de l'information médicale», *RDS*, 1999, núm. 10, jur., pp. 145-148.

Comentario a la sentencia de la corte de casación civil, sección primera, de 7 de octubre de 1998 sobre la responsabilidad médica y el deber de información en caso de urgencia. (*R. A. R.*)

PULIGHEDDU, C.: «Ancora sulla responsabilità della banca con riferimento al c.d. “venerdì nero” – nota a Cass. 5 maggio 1998 num. 4486», *GC*, 1999, núm. 4, pp. 1151-1154. (*M. R. D. R.*)

RADÉ: «Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile. I-l’impasse», *RDS*, 1999, núm. 30, chr., pp. 313-319.

El autor centra su análisis en el deterioro de las técnicas jurídicas y la evolución del concepto de responsabilidad. (*I. S. P.*)

RADÉ: «Réflexions sur le fondements de la responsabilité civile. 2-Les voies de la réforme: la promotion du droit à la sûreté», *RDS*, 1999, núm. 31, chr., pp. 323-327.

Continuando con su estudio del número 30 el autor estudia el reconocimiento del derecho a la seguridad y su ejercicio. (*I. S. P.*)

RAGNONI, G. L.: «Una ordinanza ex art. 186 *quater* in materia di danno da cose in custodia», *NGCC*, 1999, núm. 5, pp. 725-735.

Comentario a la ordenanza del Tribunal de Roma de 10 de junio de 1997 sobre los elementos constitutivos de la responsabilidad por daños ocasionados por las cosas depositadas. (*Alma R.G.*)

RILEY, C. A.: «The Company’s Director’s Duty of Care and Skill: The Case for an Onerous but Subjective Standard», *Mod. L. Rev.*, 1999, vol. 62, núm. 5, pp. 697-724.

Ánalisis económico del fundamento de la responsabilidad de los administradores de una sociedad frente a ésta por daños derivados de su actuación. Aunque en general es preferible una responsabilidad por culpa, ésta tiene el inconveniente de incentivar la pasividad de los administradores además de una formulación excesivamente vaga. En casos de insolvencia de la sociedad es preferible un régimen de responsabilidad objetiva. (*A. R. G.*)

ROSSI, F.: «Condizione unilaterale e opzione: la Suprema Corte non riconosce una sua "creatura" – nota a Cass. 25 febbraio 1998 num. 2017», *GC*, 1999, núm. 10, pp. 2811-2821. (*M. R. D. R.*)

RZEPECK: «Rupture unilatérale par une clinique d'un contrat d'exercice de la profession d'anesthésiste-réanimateur», *SJ*, 1999, núm. 29, pp. II-10133, 1413-1416.

Estudio a propósito de la sentencia de la corte de casación civil, sección primera, de 13 de octubre de 1998. Admisibilidad por transgresión de deberes del médico. (*R. A. R.*)

SABIRAU-PÉREZ: «Vers une evolution de la garantie décennale du constructeur en matière de biens d'équipement...», *RDS*, 1999, núm. 14, jur., pp. 201-204.

La garantía decenal y los bienes de equipamiento. Problema de aplicación de las normas sobre garantía decenal. Responsabilidad subjetiva del constructor. (*R. A. R.*)

SACCO, R.: «Alla ricerca dell'origine dell'obbligazione», *RDC*, 1999, núm. 5, parte primera, pp. 609-618.

Revisión del instituto de la obligación: definición, origen, forma, contrato, trueque, obras colectivas, etc. (*M. R. D. R.*)

SADIKOV, O.: «Das zweite Buch des neuen Zivilgesetzbuches Russlands», *ZEuP*, 1999, pp. 903-919.

En este artículo se informa sobre el proceso de elaboración y el contenido del recientemente aprobado II Libro del nuevo Código civil ruso, dedicado a contratos en particular y responsabilidad extracontractual. El nuevo Código no determina la derogación de numerosas leyes especiales sobre diversos contratos, y, de otro lado, en la regulación de los contratos se ha tenido en cuenta la nueva situación económica de Rusia, así como la experiencia jurídica internacional, en particular la Convención de Viena de 11 de abril de 1980 sobre venta internacional de mercaderías. (*I. G. P.*)

SAINT-JOURS: «De la garantie des victimes d'accidents corporels par les générateurs de risques», *RDS*, 1999, núm. 20, chr., pp. 211-214.

Necesidad de garantizar a las víctimas de accidentes de trabajo una indemnización. Introducción del riesgo profesional. Doble dimensión de la garantía. (*I. S. P.*)

SALAFIA, V.: «Note in tema di mandato conferito dai fiduciari ad una società fiduciaria – nota a Cass. 21 maggio 1999 num. 4943», *GC*, 1999, núm. 10, pp. 2641-2644. (*M. R. D. R.*)

SALAFIA, V.: «Questioni in tema di scioglimento del rapporto sociale limitatamente ad un socio – osservazione a Cass. 10 giugno 1999 num. 5732», *GC*, 1999, núm. 11, pp. 2953-2955. (*M. R. D. R.*)

SALES, P./STILITZ, D.: «Intentional Infliction of Harm by Unlawful Means», *L. Q. R.*, 1999, vol. 115, pp. 411-437.

El trabajo estudia el *tort* conocido en el derecho británico con el nombre de *interference with trade or business by unlawful means*, basado en la

lesión intencional del interés económico del demandante. Los autores proponen sustituir la denominación tradicional por otra (*intentional infliction of harm by unlawful means*) que destaque el elemento intencional y el mecanismo ilícito empleado por el demandante para causar el daño, y que contribuya a dotarle de autonomía propia para distinguirlo de otros *torts* (*inducing breach of contract, conspiracy*), cuya consecuencia es también la lesión de intereses económicos del demandante. (J. S. F.)

SANTAGADA, F.: «Ancora sulla distinzione tra la garanzia propria ed impropria – osservazione a Cass. 4 giugno 1998 num. 5478», *GC*, 1999, núm. 4, pp. 1123-1125. (M. R. D. R.)

SARGOS: «L'aléa thérapeutique devant le juge judiciaire», *SJ*, 2000, núm. 5, pp. I-202, 189-193.

Solución jurisprudencial al problema mediante una indemnización por daños de naturaleza médica que no derivan de una falta. Falta de solución legislativa al problema. Recorrido jurisprudencial de la obligación de garantía del resultado. (R. A. R.)

SARZINA, G.: «Le tariffe di trasporto tra prescrizione e nullità – nota a Trib. Monza 22 gennaio 1999», *GC*, 1999, núm. 6, pp. 1855-1864. (M. R. D. R.)

SAUTEL: «Sur la déchéance en droit privé (contribution à la théorie de la permanence de la cause)», *RDS*, 1999, núm. 43, 1.^{er} cahier, pp. 487-497.

Paradojas de la noción jurídica. Determinación de su régimen jurídico según determinados prejuicios fácticos. Necesidad de encontrar la esencia del mecanismo y su funcionamiento. (I. S. P.)

SAVAUX: «La fin de la responsabilité contractuelle», *RTDC*, 1999, núm. 1, pp. 1-26.

Ante las críticas de un sector doctrinal que propugnan la desaparición de esta responsabilidad el autor pone de relieve que no trata de buscar la reparación de daños y perjuicios sino un equivalente a la parte contratante que sufre el incumplimiento. Necesidad de que continúe a pesar de la existencia de remedios alternativos, por su insuficiencia en todos los casos. (I. S. P.)

SCARPELLO, A.: «Determinazione dell'oggetto, arbitraggio, *ius variandi*», *NGCC*, 1999, núm. 3, pp. 346-353.

Comentario a *Cass. de 8 de noviembre de 1997 sobre la validez de las cláusulas contractuales que establecen un poder unilateral de modificación de la relación contractual*. (Alma R.G.)

SCHERMI, A.: «Apunti sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni – nota a Cass. 4 aprile 1998 num. 3483», *GC*, 1999, núm. 6, pp. 1814-1821. (M. R. D. R.)

SCHERMI, A.: «Assegno non trasferibile e responsabilità del banchiere – nota a Cass. 9 febrero 1999 num. 1098», *GC*, 1999, núm. 11, pp. 3026-3033. (M. R. D. R.)

SCHLESINGER, P.: «Scopo della norma violata e responsabilità civile della Pubblica Amministrazione», *RDC*, 1999, núm. 5, parte segunda, pp. 505-510.

Responsabilidad civil de la Administración Pública por violación de normas en su actuación. (*M. R. D. R.*)

SCILABRA, A.: «Responsabilità notarile e tutela del beneficiario», *RTDPC*, 1999, núm. 3, pp. 1071-1085.

Reflexiones acerca de la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil de los notarios, excluyendo el fundamento contractual, y la tutela del beneficiario. (*M. R. D. R.*)

SERVERIN: «Le juge, la loi et le règlement: ce qui reste des pouvoirs de contrôle du juge sur les clauses limitatives de garantie d'assurance dans le temps», *RDS*, 1999, núm. 44, 1.^{er} cahier, pp. 714-719.

Notas a la sentencia de la corte de casación civil, sección primera, de 9 de marzo de 1999 sobre cláusulas en el contrato del seguro terrestre. (*I. S. P.*)

SMORTO, G.: «La responsabilità sanitaria per concepimento non voluto. Note comparatistiche», *DFP*, 1999, núm. 2-3, pp. 942-960.

Problema del resarcimiento del daño a causa de una procreación no programada. Estudio de esta materia en el *Common Law*. (*Alma R.G.*)

SPIER, J./HAAZEN, O.: «The European Group on Tort Law ("Tilburg Group") and the European Principles of Tort Law», *ZEuP*, núm. 3, 1999, pp. 469-493.

Los autores informan de los trabajos y conclusiones alcanzadas por el denominado «Grupo de Tilburg», en el campo de la responsabilidad extracontractual. Dicha comisión, integrada por juristas de todos los países de la Unión Europea, se formó en 1992 con la finalidad de discutir las cuestiones y conceptos básicos de la responsabilidad aquiliana, como primer paso hacia una posible unificación del Derecho privado europeo en este ámbito (*I. G. P.*)

TERRANOVA, G.: «La prova della simulazione nelle revocatorie fallimentari», *RDC*, 1999, núm. 2, parte segunda, pp. 129-170.

Extenso estudio sobre la simulación y los contratos disimulados en las situaciones concursales, y cuestiones probatorias. (*M. R. D. R.*)

THIBIERGE: «Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile)», *RTDC*, 1999, núm. 3, pp. 561-584.

Estudio sobre la necesidad de revocar el régimen jurídico de responsabilidad civil. Transformaciones necesarias como prueba de la relación de causalidad: carácter del perjuicio. Posibilidad de una aplicación de la noción de responsabilidad civil que englobe una responsabilidad preventiva. (*R. A. R.*)

THOMAS: «Une clinique est présumée responsable d'une infection contractée dans une salle d'accouchement», *RDS*, 1999, núm. 41, 1.^{er} cahier, pp. 653-657.

Notas a la sentencia de la Corte de casación civil, sección primera, de 16 de junio de 1998. (*I. S. P.*)

THOUVENIN: «Les masques de la faute», *RDS*, 1999, núm. 38, 1.^{er} cahier, pp. 559-566.

Nota a propósito de la sentencia de la corte de casación civil, sección primera, de 29 de junio de 1999. Partiendo de que la responsabilidad médica es una responsabilidad contractual se cuestiona si la obligación del médico es de medios o de resultado. Posteriormente se analiza la obligación de información. (*R. A. R.*)

TODDE, S.: «Offerte con aumento di sesto: i problemi non finiscono mai – osservazione a Cass. 27 febbraio 1998 num. 2226», *GC*, 1999, núm. 4, pp. 1189-1194. (*M. R. D. R.*)

TOTI, E.: «Il contratto per persona da nominare», *GC*, 1999, núm. 11, pp. 447-461.

Ánalisis del contrato por persona a designar: concepto, naturaleza jurídica, validez de dicha cláusula, atribución de titularidad, eficacia contractual, etc. (*M. R. D. R.*)

TOURNAFOND: «L'influence du motif illicite ou immoral sur la validité du contrat», *RDS*, 1999, núm. 22, pp. 237-239.

Destaca la revolución lógica desde un punto de vista jurídico, solución discutible desde un punto de vista práctico y la no necesidad de llegar a un equilibrio. (*I. S. P.*)

TRAVAGLINI, L.G.: «Negozio per relationem, condizioni generali di contratto ed arbitrato obbligatorio – nota a Cass. 21 aprile 1999 num. 3929», *GC*, 1999, núm. 11, pp. 2988-2990. (*M. R. D. R.*)

TREBER, J.: «Der Kaufmann als Rechtsbegriff im Handels-und Verbraucherrecht», *AcP*, 1999, pp. 525-590.

Reflexiones del autor sobre la Ley de Reforma del Código de Comercio: *Handelsrechtsreformgesetz* de 22 de junio de 1998. Se analiza el concepto de comerciante conforme a la nueva regulación, y el sistema elegido para delimitar el ámbito de aplicación de las normas mercantiles. (*I. G. P.*)

TROCHU: «Protection des consommateurs en matière de contrats à distance: directive núm. 97-7 CE du 20 mai 1997», *RDS*, 1999, núm. 17, chr., pp. 179-183.

Ánalisis de la directiva. Obligación de información al consumidor por escrito. Derecho de retracto del consumidor. Ejecución del contrato y regulación de los problemas. (*R. A. R.*)

TULLIO, A.: «La subfornitura industriale: considerazioni in merito all'ambito di applicazione della legge num. 192 del 1998 e alla forma del contratto di subfornitura», *GC*, 1999, num. 6, pp. 251-289.

Breve análisis del contrato de subabastecimiento industrial: tipo de contrato, ámbito de aplicación de la Ley núm. 192 de 1998, forma y modo de perfección del contrato. (*M. R. D. R.*)

VANORIO, F.: «Il reato di usura ed i contratti di credito: un primo bilancio», *CI*, 1999, núm. 2, pp. 501-537.

Artículo dedicado a la usura y al estudio de las sanciones civiles correspondientes. (*Alma R.G.*)

VIDIRI, G: «Sulla forma (libera) del negozio di trasferimento di quote di società a responsabilità limitata – nota a Cass. 10 novembre 1998 num. 11296», *GC*, 1999, núm. 6, pp. 1718-1723. (*M. R. D. R.*)

VINEY: «Responsabilité civile», *SJ*, 2000, núm. 1-2, pp. I-197, pp. 24-28; núm. 3, pp. I-199, 70-76.

Notas a decisiones jurisprudenciales recientes en la materia. (*R. A. R.*)

VISALLI, N.: «Il contratto imposto», *RDC*, 1999, núm. 2, parte primera, pp. 193-231.

Relación del contrato legalmente impuesto y la autonomía privada, a través de las diferentes clases de este tipo de contratos. (*M. R. D. R.*)

VOITURIEZ: «La problématique de la responsabilité du fournisseur d'accès sur Internet», *GP*, 1999, núm. 108-110, pp. 20-27.

La responsabilidad del suministrador. Búsqueda de ley aplicable. Responsabilidad civil y penal. (*R. A. R.*)

VV AA: «Droit uniforme de la vente internationales de marchandises», *RDS*, 1999, núm. 40, 2ème cahier, pp. 355 ss.

Notas a las decisiones jurisprudenciales más recientes en la materia. (*I. S. P.*)

VV AA: «Droit de la santé», *GP*, 1999, núm. 167-168.

Número especial dirigido por Guigue y Pansier. Si bien hay diversos artículos predomina el estudio sobre la responsabilidad médica. (*R. A. R.*)

VV AA: «Droit du sport», *RDS*, 1999, núm. 10, pp. 85-92.

Notas a las sentencias más recientes sobre el tema en los tribunales franceses. (*R. A. R.*)

VV AA: «Droit des obligations», *RDS*, 1999, núm. 12, pp. 109-114.

Notas a las últimas decisiones jurisprudenciales sobre la materia en derecho francés. (*I. S. P.*)

VV AA: «Droit des obligations», *RDS*, 1999, núm. 13, pp. 115-117.

Notas a las decisiones más recientes de los tribunales franceses en la materia. (*I. S. P.*)

VV AA: «Baux d'habitation», *RDS*, 1999, núm. 15, pp. 135-142, y núm. 16, pp. 143-146.

Sumario comentado sobre las decisiones más recientes de los tribunales franceses en la materia. (*I. S. P.*)

VV AA: «Obligations et contrats spéciaux», *RTDC*, 1999, núm. 3, pp. 615-648.

Notas a sentencias recientes de los tribunales franceses en materia de nulidad y efectos de los contratos, responsabilidad civil contractual y aceptación de riesgos, venta y mandato. (*I. S. P.*)

VV AA: «Obligations et contrats spéciaux», *RTDC*, 1999, núm. 4, pp. 831-858.

Notas a sentencias recientes de los tribunales franceses sobre formación y efectos de los contratos; intereses y responsabilidad civil aérea y precio de la compraventa. (*R. A. R.*)

VV AA: «Obligations et contrats spéciaux», *RTDC*, 1999, núm. 2, pp. 376-421.

Notas a sentencias francesas recientes sobre la materia: obligaciones en general, responsabilidad civil y contratos en especial. (*I. S. P.*)

VV AA: «Les ouvrages immobiliers complexes», *RDI*, 1999, núm. 4, pp. 487-570.

Estudios sobre las obras inmobiliarias. El derecho de propiedad. Relación entre los propietarios. Cargas y redacción del acta de constitución de propiedad. Responsabilidad del constructor. Seguros de construcción y ejemplos concretos. (*R. A. R.*)

VV AA: «Le monde associatif de la plaisance face au droit», *GP*, 1999, núm. 330-331.

Número especial sobre los datos fiscales y comerciales de estas asociaciones. En especial se centra en el estudio de la responsabilidad civil de la asociación y de los directivos. Reparto de responsabilidad de las asociaciones deportivas federadas. (*R. A. R.*)

WILLMANN: «Le non-dit du dédit», *RDS*, 1999, núm. 7, jur., pp. 103-106.

Notas a la sentencia de la corte de casación comercial de 14 de octubre de 1997 sobre la diferencia entre la cláusula penal y la facultad de revocación. El poder de moderación judicial. (*I. S. P.*)

WILLMANN: «Violence, contrat et religion», *RDS*, 2000, núm. 4, 1.^{er} cahier, pp. 76-80.

Estudio sobre la sentencia de la corte de casación civil, sección tercera, de 13 de enero de 1999. (*R. A. R.*)

WITZ: «Le contentieux des ventes de marchandises intracommunitaires et le jeu combiné des Conventions de Bruxelles et de Vienne», *RDS*, 1999, núm. 8, jur., pp. 117-120.

Nota a la sentencia de la corte de casación civil, sección primera, de 16 de julio de 1998. (*R. A. R.*)

WITZ: «Le glas de l'action directe dans les chaines internationales de contrats de vente relevant de la Convention de Vienne», *RDS*, 1999, núm. 26, jur., pp. 383-386.

Notas a la sentencia de la corte de casación civil, sección primera, de 5 de enero de 1999 sobre la aplicación de la Convención de Viena a la acción del subadquirente contra el vendedor inicial. (*R. A. R.*)

WORTHINGTON, S.: «Reconsidering Disgorgement for Wrongs», *Mod. L. Rev.*, 1999, vol. 62, núm. 2, pp. 218-240.

Contribución a la construcción de la categoría del *disgorgement for wrong* (*restitutionary damages o restitution for wrong*: restitución de los beneficios por injusto), como figura intermedia entre las acciones de responsabilidad contractual o extracontractual y la acción de enriquecimiento injusto. La figura es útil en casos en que el demandado ha obtenido un beneficio que el demandante no podría recuperar porque cae más allá de lo que es el contenido propio de las acciones tradicionalmente reconocidas (enriquecimiento injusto o responsabilidad civil), o bien, simplemente, porque no se cumple alguno de los presupuestos para ejercitar tales acciones. (*J. S. F.*)

ZWALVE, W. J.: «Der Fall "De Koning"», *ZEuP*, núm. 3, 1999, pp. 570-582.

El autor realiza algunas reflexiones sobre la protección jurídica del deudor que paga al acreedor aparente y los remedios que en tal caso corresponden al acreedor real. Analiza la legitimación para recibir el pago a través de la historia, desde el Derecho romano, y el estado de la cuestión actualmente en el Derecho alemán. (*I. G. P.*)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

ALBERTINI, L.: «Esaurimento internazionale del marchio (con irrelevanza delle operazioni di mero sdoganamento), norme sull'etichettatura e pubblicazione della sentenza – nota a Cass., 18 novembre 1998 num. 11603», *GC*, 1999, núm. 5, pp. 1404-1412. (*M. R. D. R.*)

ALBERTINI, L.: «Noterelle su marchi descrittivi, secondary meaning e marchi di forma – nota a Cass. 126 gennaio 1999 num. 697», *GC*, 1999, núm. 6, pp. 1668-1672. (*M. R. D. R.*)

AMENDOLA, A.: «Misure cautelari e di istruzione preventiva a tutela del diritto di autore», *Dir. Aut.*, 1999, núm. 2, pp. 315-317.

Comentario a la sentencia de la *Pretura de Ancona* de 23 de febrero de 1999 sobre la reforma de las normas del código procesal civil relativas a medidas cautelares para la protección del derecho de autor. (*Alma R.G.*)

ANNUNZIATA, M.: «Sulla autotutela della p.a. in materia di edilizia – osservazione a Cons. St., sez. V, 30 settembre 1998 num. 1354», *GC*, 1999, núm. 5, pp. 1546-1547. (*M. R. D. R.*)

ANNUNZIATA, M.: «Sulla tutela cautelare della proprietà privata nei confronti della p.a. davanti al giudice amministrativo – osservazione a Tar Friuli-Venezia Giulia 21 agosto 1998 num. 154 (ord.)», *GC*, 1999, núm. 4, pp. 1189-1194. (*M. R. D. R.*)

AYNÉS: «Usufruit d'un portefeuille de valeurs mobilières: les pouvoirs de l'usufruitier», *RDS*, 1999, núm. 12, pp. 167-170.

El derecho de uso de los valores mobiliarios. Carácter de la cartera de valores como universalidad. Protección de los títulos. (*I. S. P.*)

BANDRAC/CROQ: «Sûretés, publicité foncière», *RTDC*, 1999, núm. 1, pp. 151-160.

Algunas anotaciones a decisiones jurisprudenciales recientes en la materia. (*R. A. R.*)

BANDRAC/CROQ: «Sûretés, publicité foncière», *RTDC*, 1999, núm. 2, pp. 436-455.

Notas a sentencias recientes de los tribunales franceses en la materia. (*R. A. R.*)

BANDRAC/CROQ: «Sûretés, publicité foncière», *RTDC*, 1999, núm. 3, pp. 665-670.

Notas a algunas sentencias recientes de los tribunales franceses en la materia. (*I. S. P.*)

BANDRAC/CROQ: «Sûretés, publicité foncière», *RTDC*, 1999, núm. 4, pp. 877-886.

Notas a sentencias de los tribunales franceses sobre reserva de propiedad y aval. (*I. S. P.*)

BARCAROLLI, M.: «Problemi di diritto comparato di autore nell'opera multimediale», *Dir. Aut.*, 1999, núm. 2, pp. 179-219.

Subsunción de la obra multimedial en la figura tradicional de la obra del ingenio. (*Alma R.G.*)

BEAUBRUN: «Un contentieux paritaire: la notion de saisie immobilière», *RDS*, 2000, núm. 2, 1.^{er} cahier, pp. 23-27.

Notas a la sentencia de la corte de casación civil, sección segunda, de 3 de junio de 1998 y 8 de abril de 1998. (*R. A. R.*)

BERGEL/BRUSCHI: «Propriété et droits réels», *RDI*, 1999, núm. 2, pp. 187-195.

Notas a decisiones jurisprudenciales recientes sobre protección del derecho de propiedad, indivisión de cosa común y servidumbres. (*R. A. R.*)

BERGEL/BRUSCHI: «Propriété et droits réels», *RDI*, 1999, núm. 3, pp. 361-368.

Notas a sentencias francesas recientes en la materia. (*R. A. R.*)

BERGEL/BRUSCHI: «Propriété et droits réels», *RDI*, 1999, núm. 4, pp. 619-625.

Notas a decisiones jurisprudenciales recientes de los tribunales franceses. (*I. S. P.*)

BOITTELLE-COUSSAU: «Les mesures conservatoires et les voies d'exécution en Angleterre et au Pays de Gales», *GP*, 1999, núm. 148-149, pp. 4-16.

El autor analiza las generalidades de las diversas medidas, su forma de ejercicio y las particularidades de cada una de ellas. (*R. A. R.*)

BOSQUÉ: «Adjudication et charges de copropriété: vers un retour des clauses de solidarité?», *GP*, 1999, núm. 309-310, pp. 21-24.

Comentario a propósito de la sentencia de la corte de casación civil, sección segunda, de 18 de enero de 1999. (*I. S. P.*)

CAPOULADE: «Propos sur l'article 25 de la loi du 10 juillet 1965», *RDI*, 1999, núm. 3, pp. 339-341.

Las juntas de propietarios en la comunidad de vecinos. Supuestos de indivisibilidad y sus consecuencias. (*R. A. R.*)

CAPOULADE/GIVERTON: «Copropriété et ensembles immobiliers», *RDI*, 1999, núm. 2, pp. 298-313.

Notas a sentencias de los tribunales franceses en la materia. Partes privativas y comunes. Junta de propietarios: convocatoria y toma de decisiones. Regulación normativa y administración. Obras en la parte común y en la parte privativa. (*R. A. R.*)

CAPOULADE/GIVERTON: «Copropriété et ensembles immobiliers», *RDS*, 1999, núm. 3, pp. 455-466.

Notas a sentencias recientes en la materia, en especial sobre partes comunes, derechos y obligaciones de los copropietarios, junta de comuneros, etc. (*I. S. P.*)

CAPOULADE/GIVERTON: «Copropriété et ensembles immobiliers», *RDS*, 1999, núm. 4, pp. 675-690.

Anotaciones a decisiones jurisprudenciales recientes en la materia. (*I. S. P.*)

CHATAIN/FERRIÈRE: «Le surendettement des particuliers», *RDS*, 1999, núm. 23, pp. 205-212.

Sumario comentado sobre decisiones jurisprudenciales en la materia. (*I. S. P.*)

CHIANALE, A.: «Ipoteca», *RDC*, 1999, núm. 4, parte segunda, pp. 495-499.

Síntesis de información jurisprudencial, bibliográfica y legislativa, sobre el derecho real de hipoteca. (*M.R.D.R.*)

COLOMBET: «Propriété littéraire et artistique», *RDS*, 1999, núm. 8, pp. 63-69.

Notas a las sentencias más recientes de los tribunales franceses en la materia. (*I. S. P.*)

CONTALDO, A.: «La digitalizzazione del segnale televisivo nelle iniziative dell'Unione Europea», *Dir. Aut.*, 1999, núm. 3, pp. 380-399.

Libertad de difusión del pensamiento y monopolio radiotelevisivo. (*Alma R.G.*)

DELEBECQUE/SIMLER: «Droit des sûretés», *SJ*, 1999, núm. 29, pp. I-156, 1408-1412.

Notas a decisiones jurisprudenciales recientes en la materia. (*I. S. P.*)

DE TILLA, M.: «Maggioranza assembleare e voto del condomino – nota a Cass. 13 febbraio 1999 num. 1208», *GC*, 1999, núm. 6, pp. 1620-1624. (*M. R. D. R.*)

DE TILLA, M.: «Sul divieto di incorporazione del bene comune – nota a Cass. 14 ottobre 1998 num. 10175», *GC*, 1999, núm. 4, pp. 1059-1061. (*M. R. D. R.*)

DE TILLA, M.: «Sul regime delle pertinenze – nota a Cass. 12 aprile 1999 num. 3574», *GC*, 1999, núm. 10, pp. 2685-2688. (*M. R. D. R.*)

DE TILLA, M.: «Sull’impugnativa delle delibere condominiali – nota a Cass. 14 gennaio 1999, num. 313», *GC*, 1999, núm. 11, pp. 3043-3046. (*M. R. D. R.*)

DI CIOMMO, F.: «Tutela del consumatore e multiproprietá: la luna di miele continua», *FI*, 1999, vol. 6, pp. 234-255.

Nota a la sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de abril de 1999 sobre protección del derecho del consumidor en materia de multipropiedad. (*Alma R.G.*)

DI FABIO, P.: «Il contratto di *bartering* e i suoi profili operativi», *Dir. Aut.*, 1999, núm. 3, pp. 437-459.

Naturaleza y futuro del contrato de *bartering*: problemas, perspectivas y sugerencias. (*Alma R.G.*)

DYMANT: «Procédure civile d’exécution. De la saisie-attribution et du tiers-saisi ou: “en dites pas à ma mère que je suis tiers-saisi; elle me croit à l’abri des tracas...”», *GP*, 1999, núm. 309-310, pp. 2-18.

Análisis sobre las nuevas medidas de ejecución. Consecuencias del efecto atributivo. (*R. A. R.*)

EDELMAN: «Enquête sur le droit moral des artistes-interprètes», *RDS*, 1999, núm. 22, chr., pp. 240-244.

Partiendo de la naturaleza de la prestación del artista-intérprete llega a la protección de esta prestación. (*R. A. R.*)

ERCOLANI, S.: «Limitazioni ed eccezioni al diritto d'autore nella legislazione italiana», *Dir. Aut.*, 1999, núm. 2, pp. 273-300.

Restricciones de los derechos exclusivos reconocidos por ley a los creadores de las obras del ingenio. (*Alma R.G.*)

FABIANI, M.: «Radiodiffusione abusiva di opere protette e determinazione del compenso per l'autore», *Dir. Aut.*, 1999, núm. 3, pp. 480-483.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Roma de 16 de septiembre de 1998 sobre el derecho de autor y la emisión radiotelevisiva. (*Alma R.G.*)

FABIANI, M.: «Copyshops e reprografia abusiva di opere protette dal diritto di autore», *Dir. Aut.*, 1999, núm. 3, pp. 498-499.

Falta de consentimiento a la reproducción de obras protegidas. (*Alma R.G.*)

FIORINA: «Les pouvoirs et les obligations de l'usufruitier d'un portefeuille de valeurs mobilières», *RDS*, 1999, núm. 40, 1.^{er} cahier, pp. 633-638.

Nota a la sentencia de casación civil, sección primera, de 12 de noviembre de 1998. (*R. A. R.*)

FRAGOLA, A.: «Aspetti giuridici dell'audiovisivo», *Dir. Aut.*, 1999, núm. 3, pp. 369-379.

Artículo dedicado a la autocensura cinematográfica. (*Alma R.G.*)

FRIGERIO, M.: «Inapplicabilità del principio *nemini res sua servit* quando la qualità di esclusivo proprietario del fondo servente e comproprietario del fondo dominante è riassunta nel medesimo soggetto», *NGCC*, 1999, núm. 3, pp. 442-443.

Comentario a *Cass.* de 17 de julio de 1998 sobre el ámbito de aplicación del principio *nemini res sua servit* (¿sólo se aplica cuando una única persona es titular del fundo sirviente y del dominante o también cuando el propietario de uno solo de los fundos es copropietario del otro?). (*Alma R.G.*)

GAUTIER: «L'exploitation d'un bien sous la forme de photographies porte atteinte au droit de jouissance du propriétaire», *SJ*, 1999, núm. 18, pp. II-10078, 857-862.

Nota a la sentencia de la corte de casación civil, sección primera de 10 de marzo de 1999. Derecho del propietario de explotar sus bienes de la forma que sea choque con el principio de que la explotación de un bien fotográficamente puede atentar contra el derecho al goce del propietario. (*R. A. R.*)

GIACALONE, G.: «Preliminare di vendita immobiliare, fallimento di uno dei comproprietari e scelta del curatore per lo scioglimento del contratto – osservazione a Cass., sez., num., 14 aprile 1999 num. 239», *GC*, 1999, núm. 6, pp. 1576-1579. (*M. R. D. R.*)

GIVERDON: «L'interpretation du deuxième alinéa de l'article 25 de la loi du 10 juillet 1965», *RDS*, 2000, núm. 4, 1.^{er} cahier, pp. 69-72.

Estudio a propósito de las sentencias de la corte de casación civil, sección tercera, de 17 de julio y 17 de diciembre de 1997. (*I. S. P.*)

HARGRAVE, L.: «Ruminations on the Revision of the Louisiana Law of Acquisitive Prescription and Possession», *Tul. L. Rev.*, 1999, vol. 73, núm. 4, pp. 1197-1229.

Valoración crítica sobre la reforma del Código civil de Louisiana en materia de usucapión y posesión (1982). Articula una propuesta de nueva reforma a partir de las sentencias que aplican la actual regulación y de las modernas elaboraciones de la doctrina científica. (*A. R. G.*)

HASSLER: «Droit de l'audiovisuel», *RDS*, 1999, núm. 13, pp. 118-124.

Notas a las decisiones jurisprudenciales más recientes en materia de cine, televisión, radio e *internet*. (*I. S. P.*)

JACOTOT: «De l'indivision en nue-propriété à la licitation en nue-propriété», *RDS*, 2000, núm. 3, 1.^{er} cahier, pp. 59-62.

Nota a la sentencia del Tribunal de gran instancia de *Chalonsur-Saône* de 16 de junio de 1999. (*R. A. R.*)

KAMINA: «Le droit du public à l'information peut-il justifier une exception au droit d'auteur?», *RDS*, 1999, núm. 38, 2.^{eme} cahier, pp. 580-590.

El derecho del público a la información como límite extrínseco al derecho de autor. La excepción de información rechazada por el tribunal. (*R. A. R.*)

KOSTIC: «La représentation de l'oeuvre d'un tiers dans une publicité», *RDS*, 1999, núm. 43, 2.^{eme} cahier, pp. 503-507.

La utilización de la obra de un tercero en la publicidad requiere el consentimiento del autor. No necesidad de tal autorización si la reproducción de la obra es accesoria en el anuncio, según señala la jurisprudencia en la materia. (*R. A. R.*)

LOISEAU: «Nom de domaine et Internet: turbulences autour d'un nouveau signe distinctif», *RDS*, 1999, núm. 23, chr., pp. 245-250.

El autor se plantea la naturaleza jurídica del dominio en *Internet*: como signo distintivo y como propiedad intelectual. Posteriormente estudia su contenido. (*R. A. R.*)

LUCIANI, C.: «La duplicazione abusiva dei supporti audiovisivi e multimediali. Profili penali», *Dir. Aut.*, 1999, núm. 3, pp. 415-436.

Piratería fonovideográfica y del *software*. (*Alma R.G.*)

MALLET-BRICOUT: «Exception d'inexécution et servitude: à propos des liens entre droit des obligations et droit des biens», *RDS*, 1999, núm. 38, pp. 571-576.

Estudio a propósito de la sentencia de casación civil, sección tercera, de 21 de enero de 1998 donde la autora analiza el principio de

autonomía de la voluntad en los derechos reales y la primacía del derecho real sobre el obligacional. (*I. S. P.*)

MARTIN: «Surendettement, exclusion et saisie immobilière», *RDS*, 1999, núm. 19, chr., pp. 205-208.

Cambios en el procedimiento de embargo inmobiliario con la Ley de 23 de enero de 1998 y el Decreto de 1 de febrero de 1999 que afectan a la venta forzosa: precio, adjudicación y publicidad. (*I. S. P.*)

MATTHYSSENTS/BENSOUSSAN: «Oeuvre audiovisuelle: Le statut légal du comédien de doublage», *GP*, 2000, núm. 14-15, pp. 11-12.

Análisis del problema según el artículo 212 del Código de propiedad intelectual. Prestación de doblaje y presunción de la cesión de derechos al productor. (*R. A. R.*)

MENOZZI, L.: «Dove va il diritto d'autore? Profezie buone e cattive di una trasformazione», *Dir. Aut.*, 1999, núm. 3, pp. 400-414.

Nuevos y viejos temas en la Ley sobre el derecho de autor. (*Alma R.G.*)

MENOZZI, L.: «Considerazioni sul nuovo pubblico registro per la cinematografia», *Dir. Aut.*, 1999, núm. 2, pp. 262-272.

Reforma del antiguo registro público para las obras cinematográficas. (*Alma R.G.*)

MONDINI, G.: «La direttiva comunitaria sulla protezione giuridica di disegni e modelli», *NLCC*, 1999, núm. 2-3, pp. 947-1006.

Comentario a la directiva núm. 98/71/CE del Parlamento y Consejo europeo, sobre la propiedad industrial de diseños y modelos, y especial referencia a los modos de tutela de la forma del producto en el ordenamiento italiano.

Definición de diseño o modelo, requisitos de tutela, ámbito de aplicación de la normativa, duración, nulidad, supuestos, competencia desleal, etc. (*M. R. D. R.*)

MOREL/HUBERT: «Expropriation», *RDI*, 1999, núm. 2, pp. 217-220.

Notas a decisiones jurisprudenciales recientes en la materia. (*I. S. P.*)

MOREL/RIBADEAU DUMAS: «Expropriation», *RDI*, 1999, núm. 3, pp. 383-391.

Notas a diversas sentencias de los tribunales franceses en materia de expropiación. (*I. S. P.*)

MOREL/RIBADEAU DUMAS: «Expropriation», *RDI*, 1999, núm. 4, pp. 625-627.

Notas a sentencias de los tribunales franceses en la materia. (*R. A. R.*)

NOVO, M.: «Inquinamento da rumore, normale tollerabilitá e inquinamento acustico accettabile», *NGCC*, 1999, núm. 5, pp. 309-332.

Criterio de la normal tolerancia respecto a los ruidos en sede de Derecho de vecindad. (*Alma R.G.*)

PERINET-MARQUET: «Droit des biens», *SJ*, 1999, núm. 11, pp. I-120, 519-524.

Sumario de decisiones jurisprudenciales más recientes en la materia: propiedad; relaciones de vecindad; indivisión de cosa común; servidumbre de paso y usufructo de valores mobiliarios. (*R. A. R.*)

PERINET-MARQUET: «Ouverture o non d'un compte séparée au nom du syndicat», *SJ*, 1999, núm. 11, pp. II-10048, 528-530.

Nota a la sentencia de la corte de casación, pleno, de 27 de noviembre de 1998. (*I. S. P.*)

PICARDI, F.: «Sul termine di adempimento ex art. 127, comma 2, legge num. 633 del 1941: condizione dell'azione o presupposto processuale – nota a Cass. 11 dicembre 1998 num. 12503», *GC*, 1999, núm. 6, pp. 1712-1715. (*M. R. D. R.*)

PINTO/TAYLOR: «La décompilation des logiciels: un droit au parasitisme», *RDS*, 1999, núm. 41, 2.^{ème} cahier, pp. 463-468.

Problemas jurídicos que presentan los derechos de los creadores de programas informáticos. Papel de árbitros que han de jugar los jueces en el problema. Posibles abusos que se pueden cometer. (*I. S. P.*)

PIRONTI, F.: «È obbligatorio redigere il verbale quando l'assemblea di condominio non adotta alcuna deliberazione? – nota a Cass. 22 maggio 1999 num. 5014», *GC*, 1999, núm. 11, pp. 2975-2977. (*M. R. D. R.*)

PIRONTI, F.: «L'introduzione del codice civile ha abrogato la normazione del 1935 sul condominio di case? Alcune riflessioni critiche», *GC*, 1999, núm. 10, pp. 413-417.

Crítica a la falta de derogación expresa de la *l.10 gennaio 1935*, núm. 56, en materia de propiedad horizontal, tras el Código civil de 1942. (*M. R. D. R.*)

POJAGHI, A.: «Il diritto d'autore e i diritti connessi nella recente evoluzione normativa», *Dir. Aut.*, 1999, núm. 2, pp. 236-261.

Modificaciones legislativas respecto al derecho de autor y derechos conexos a raíz de la ratificación de algunos convenios internacionales. (*Alma R.G.*)

POLLAUD-DULIAN: «De la prescription en droit d'auteur», *RTDC*, 1999, núm. 3, pp. 585-595.

Ineficacia de la prescripción como modo de adquirir la propiedad intelectual y la admisión de una forma de protección posesoria del titular del derecho de autor. Existencia de incertidumbre en la prescripción extintiva en relación con el ejercicio del derecho de autor. (*R. A. R.*)

POLLAUD-DULIAN: «Ombre et lumière sur le droit d'auteur des salariés», *SJ*, 1999, núm. 27, pp. I-150, 1283-1288.

Protección del estatuto jurídico del derecho de autor del trabajador asalariado según la reforma de 1957. El artículo 111-1-3.^a del Código de propiedad intelectual y su reafirmación por la jurisprudencia casacional. (*I. S. P.*)

RAVANAS: «L'image d'un bien saisie par le droit», *RDS*, 2000, núm. 2, 1.^{er} cahier, pp. 19-25.

Importancia de la imagen de los bienes a la hora de su comercialización. Importancia de la libertad de información sobre los bienes. Protección de éstos. Inexistencia de un derecho a la imagen autónomo de los bienes, necesidad de ver ese derecho como una prolongación del derecho a la imagen de su propietario. (*R. A. R.*)

RICHTER, P. S.: «A proposito dei vincoli a contenuto sostanzialmente espropriativo – nota a C. cost. 20 maggio 1999 num. 179», *GC*, 1999, núm. 10, pp. 2597-2599. (*M. R. D. R.*)

SAINT-ALARY: «La jouissance de biens immobiliers à temps partiel et la loi núm. 98-566 du 8 juillet 1998», *RDS*, 1999, núm. 14, chr., pp. 147-154.

Análisis de la ley: definición de contrato, sujetos y su régimen jurídico (formación, lenguaje, oferta, contenido y duración). Su validez. Sanciones y régimen de responsabilidad. (*R. A. R.*)

SCHERMI, A.: «Assegno non trasferibile e responsabilità del banchiere – nota a Cass. 9 febbraio 1999 num. 1098», *GC*, 1999, núm. 11, pp. 3026-3033. (*M. R. D. R.*)

SCHERMI, A.: «Dita contenenze dizioni non veritieri sulla qualità dei prodotti – osservazione a Cass. 16 febbraio 1999 num. 1305», *GC*, 1999, núm. 6, pp. 1617-1618. (*M. R. D. R.*)

SIMLER/DELEBECQUE: «Droit des sûretés», *SJ*, 1999, núm. 8-9, pp. I-116, 411-418.

Notas a propósito de diversas sentencias recientes sobre la materia, en especial, fianza hipotecaria, obligación de información, principio de proporcionalidad y responsabilidad del acreedor; garantías reales inmobiliarias: hipoteca; garantías reales como la prenda y prenda de valores mobiliarios. (*I. S. P.*)

SINISI, A. V.: «L'indennità di asservimento di un fabbricato deve essere commisurata all'indennità di esproprio prevista per le aree edificabili, secondo i criteri dell'art. 5-bis della legge num. 359 del 1992, e non al valore venale del fabbricato – nota a Cass., sez. num., 27 gennaio 1999 num. 2», *GC*, 1999, núm. 10, pp. 2736-2738. (*M. R. D. R.*)

THÉRY: «Sûretés immobilières. Publicité foncière et saisie immobilière», *RDI*, 1999, núm. 2, pp. 293-298.

Notas a sentencias recientes de los tribunales franceses en materia de derecho de retención, hipoteca y embargo inmobiliario. (*R. A. R.*)

THÉRY: «Sûretés immobilières. Publicité foncière et saisie immobiliaire», *RDI*, 1999, núm. 3, pp. 450-455.

Notas a decisiones jurisprudenciales recientes en materia de hipoteca, derecho de retención y embargo inmobiliario. (*I. S. P.*)

TRIOLA, R.: «Osservazioni in tema di ricorso per cassazione contro il provvedimento di revoca dell'amministratore di condomino – osservazione a Cass. 23 febbraio 1999 num. 1493», *GC*, 1999, núm. 11, pp. 3019-3020. (*M. R. D. R.*)

VV AA: «Brevets d'invention», *RDS*, 1999, núm. 14, pp. 125-134.

Notas a diversas sentencias de los tribunales franceses sobre la materia. (*I. S. P.*)

VV AA: «La révolution de l'immatériel», *SJ*, 2000, núm. 1-2, pp. I-194 a 196, 13-23.

Estudio sobre la evolución del derecho de autor, derecho de patentes y derecho de marca. (*I. S. P.*)

ZANELLI, P.: «Regime giuridico dei beni di interesse storico artistico appartenenti ad enti pubblici», *CI*, 1999, núm. 2, pp. 393-409.

Naturaleza demanial de los bienes culturales pertenecientes a entidades públicas territoriales a la luz de recientes modificaciones legislativas. (*Alma R.G.*)

ZENATI: «Propriété et droits réels», *RTDC*, 1999, núm. 1, pp. 132-150.

Notas a algunas decisiones jurisprudenciales en la materia. (*I. S. P.*)

ZENATI: «Propriété et droits réels», *RTDC*, 1999, núm. 2, pp. 422-435.

Notas a sentencias de los tribunales franceses en la materia. (*I. S. P.*)

ZENATI: «Propriété et droits réels», *RTDC*, 1999, núm. 3, pp. 649-664.

Notas a sentencias recientes en la materia, en especial sobre reivindicación, usufructo y servidumbre. (*R. A. R.*)

ZENATI: «Propriété et droits réels», *RTDC*, 1999, núm. 4, pp. 859-876.

Notas a sentencias de los tribunales franceses en la materia, con especial atención a la noción de propiedad y el derecho de servidumbre. (*R. A. R.*)

DERECHO DE FAMILIA

ALLEVA, F.: «La natura giuridica dei proventi dell'attività separata dei coniugi in comunione legale e l'interazione di tale regime patrimoniale con la disciplina delle partecipazioni azionarie», *NGCC*, 1999, núm. 5, pp. 628-636.

Comentario a *Cass.* de 23 de septiembre de 1997 relativo al derecho patrimonial de la familia. (*Alma R.G.*)

BARRIERE/JOUVION/LALANDE: «Utilité de la Société Civile Immobilière pour la transmission du patrimoine familial», *GP*, 1999, núm. 64-65, pp. 17-18.

Análisis de la sociedad civil inmobiliaria como técnica de gestión del patrimonio. Riesgos de su utilización. (*R. A. R.*)

BIANCA, M.: «Disconoscimento del figlio nato da procreazione assistita: la parola della Cassazione – nota a Cass., 16 marzo 1999 num. 2315», *GC*, 1999, núm. 5, pp. 1324-1333. (*M. R. D. R.*)

BOCCHINI, F.: «La pubblicità delle convenzioni matrimoniali», *RDC*, 1999, núm. 4, parte primera, pp. 439-463.

Reflexión acerca de la necesidad de dar publicidad al régimen económico matrimonial, sus modificaciones y actos relacionados con la economía conyugal y personal, para proteger a los terceros: anotación o inscripción en el Registro Civil y en el Registro de la Propiedad. (*M. R. D. R.*)

BODARD-HERMANT: «La convention de la Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civil de l'enlevement international d'enfants», *GP*, 2000, núm. 23-25, pp. 2-5.

Eficacia de la convención de la Haya de 1980. Análisis del procedimiento establecido en la Convención sobre adopción internacional. Papel de las autoridades y de sus intermediarios. Intervención judicial. (*I. S. P.*)

BOULANGER: «Faut-il revoir les règles d'attribution de l'autorité parentale? (examen critique de la loi núm. 93-22 du 8 janvier 1993)», *RDS*, 1999, núm. 22, chr., pp. 233-236.

Transformaciones sociales y morales de las relaciones familiares y su reflejo en las normas. (*I. S. P.*)

BOULANGER: «L'absence de contradiction entre les engagements internationaux de la France et le droit positif français sur l'attribution de l'autorité parentale», *RDS*, 2000, núm. 1, 1.^{er} cahier, pp. 1-4.

Estudio a propósito de la decisión del Consejo de Estado de 30 de junio de 1999. (*R. A. R.*)

BRAZIEF: «Réforme du divorce: Améliorer ou trahir la loi de 1975», *GP*, 1999, núm. 157-159, pp. 8-16.

Análisis de los diversos procedimientos de divorcio matrimonial así como su duración. Cálculo de la pensión compensatoria. (*I. S. P.*)

BRUGUIÈRE: «Le devoir conjugal (philosophie du code et morale du juge)», *RDS*, 2000, núm. 1, 1.^{er} cahier, pp. 10-14.

El deber de relación sexual en el matrimonio analizado según se recoge en el Código civil francés. Discreción del legislador francés frente al Código canónico. Debates jurídicos en torno a este deber, fundamentalmente en los tribunales. (*I. S. P.*)

BRUNETTI-PONS: «L'émergence d'une notion de couple en droit civil», *RTDC*, 1999, núm. 1, pp. 27-49.

La noción de pareja como alternativa a la crisis del matrimonio y al desarrollo del concubinato. Pareja como unión afectiva y moral entre hombre y mujer. (*R. A. R.*)

CABRILLAC: «Libres propos sur le PACS (après l'adoption du texte en première lecture par l'Assemblée nationale)», *RDS*, 1999, núm. 7, chr., pp. 71-74.

Problemas legales de las parejas de hecho con pacto civil de solidaridad. (*R. A. R.*)

CHARBONNEAU/PANSIER: «Et in Terra Pacs. Commentaire du Pacte Civil de solidarité créée par la loi du 14 novembre 1999 et à la lumière de la décision du Conseil constitutionnel», *GP*, 1999, núm. 323-324, pp. 2-16.

Análisis sobre las normas del acuerdo de solidaridad entre parejas de hecho. Críticas. (*I. S. P.*)

COHEN/MASSE: «Un contrat de mariage atypique: la participation aux acquêts avec clause d'exclusion des biens professionnels», *GP*, 1999, núm. 64-65, pp. 13-16.

Aplicación del régimen jurídico de participación en las ganancias introducido por la Ley de 13 de julio de 1965. Cláusula de exclusión de los bienes profesionales: utilidad y validez. (*I. S. P.*)

DAHAN: «S'assurer au présent», *GP*, 1999, núm. 64-65, pp. 8-9.

El seguro de vida entre los esposos y su incidencia en el matrimonio. (*I. S. P.*)

DEL DOTTO, E.: «Sui rapporti patrimoniali tra conviventi *more uxorio*», *DFP*, 1999, núm. 2-3, pp. 875-900.

Problemas inherentes a la posibilidad de configurar las obligaciones naturales subsistentes entre una pareja de hecho como objeto de eventuales contratos de convivencia. (*Alma R.G.*)

DI CIOMMO, F.: «Fecondazione eterologa, disconoscimento di paternità e tutela del minore», *FI*, 1999, vol. 10, pp. 2918-2930.

Nota a *Cass.* de 16 de marzo de 1999 sobre desconocimiento de la paternidad tras la fecundación artificial heteróloga con consentimiento del marido de la madre. (*Alma R.G.*)

DI GAETANO, L.: «I diritti successori dei coniuge superstiti di un matrimonio poligamico. Questione preliminare e validità nel nostro ordinamento dell'unione poligamica – nota a *Cass.* 2 marzo 1999 num. 1739», *GC*, 1999, núm. 10, pp. 2698-2706. (*M. R. D. R.*)

DI SAPIO, A.: «Effetti della riconciliazione sul regime patrimoniale della famiglia: ...dalle staccionate alle bandierine, passando da Cadmo ad Armonia», *DFP*, 1999, núm. 2-3, pp. 582-612.

Comentario a *Corte Cass.* de 12 de noviembre de 1998 sobre reconciliación de los cónyuges tras la separación personal y su repercusión en el régimen patrimonial. (*Alma R.G.*)

DONNIER: «Le consentement à l'adoption plénière d'un enfant étranger dont sa loi personnelle prohibe cette institution», *RDS*, 2000, núm. 3, 1.er cahier, pp. 45-50.

Estudio a propósito de la sentencia de la corte de apelación de *Aix en Provence* de 25 de marzo de 1999. (*R. A. R.*)

FERRANDO, G.: «Inseminazione eterologa e disconoscimento di paternità tra Corte costituzionale e Corte di Cassazione», *NGCC*, 1999, núm. 4, pp. 223-229.

Artículo relativo al desconocimiento del hijo nacido por inseminación artificial heteróloga obtenida con el consentimiento del marido de la madre. (*Alma R.G.*)

FLOUR: «Brèves remarques sur l'indivision entre partenaires d'un PACS», *GP*, 1999, núm. 64-65, pp. 2-4.

Composición de la masa indivisa en el pacto de solidaridad y el funcionamiento de la indivisión. (*I. S. P.*)

FORTIN, J.: «Rights Brought Home for Children», *Mod. L. Rev.*, 1999, vol. 62, núm. 3, pp. 350-370.

La autora examina qué impacto ha tenido sobre los derechos de los niños la incorporación al Derecho inglés de la CEDH y de la jurisprudencia emanada del Tribunal de Estrasburgo. Aunque en términos generales debe valorarse positivamente, considera que el énfasis que la CEDH pone en la autonomía de la familia frente al Estado (art. 8) puede perpetuar el tradicional abstencionismo de los poderes públicos del Reino Unido en lo referente al ejercicio de la potestad de los padres sobre sus hijos menores. (*J. R. I.*)

FRACCON, A.: «Trascrivibilità della domanda di assegnazione della casa familiare», *DFP*, 1999, núm. 2-3, pp. 669-681.

Comentario al Decreto del Tribunal de Milán de 26 de abril de 1997 en torno a la inscripción de la demanda de solicitud de la atribución de la vivienda familiar. (*Alma R.G.*)

GOLLOT/GOURY: «L'actualité du don manuel», *GP*, 1999, núm. 64-65, pp. 12 ss.

La donación mediante simple tradición material. Validez condicional. (*R. A. R.*)

GRANET: «Droit de la filiation», *RDS*, 1999, núm. 22, pp. 195-201.

Sumario comentado sobre decisiones jurisprudenciales de filiación legítima, natural, adopción y derecho de visita. (*R. A. R.*)

HUYETTE: «La réglementation des droits de visite et d'hébergement en assistance éducative», *RDS*, 1999, núm. 8, jur., pp. 123-125.

Nota a la sentencia de casación civil, sección primera, de 13 de octubre de 1998 sobre el poder del juez en la privación de la patria potestad y el derecho de visita. (*I. S. P.*)

LABBÉE: «L'enfant conçu n'est pas créancier d'aliments», *RDS*, 1999, núm. 12, jur., pp. 177-178.

Notas a la sentencia del Tribunal de Gran Instancia de *Lille* de 13 de febrero de 1998 sobre regulación de las medidas relativas al menor antes del nacimiento: atribución de patria potestad en caso de divorcio. (*R. A. R.*)

LACROCE, L.: «Delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale ed incertezze processuali – nota a Cass., 19 novembre 1998 num. 11658», *GC*, 1999, núm. 5, pp. 1394-1399. (*M. R. D. R.*)

LEMOULAND: «Presentation de la loi du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité», *RDS*, 1999, núm. 43, 1.^{er} cahier, pp. 483-487.

Estudio del contenido de la Ley de 1999 sobre el pacto civil de solidaridad atendiendo a los diversos trabajos parlamentarios. Señalización de lo no previsto. (*R. A. R.*)

LEONE, L.: «Regime patrimoniale della famiglia: comunione de residuo, acquisto di partecipazioni sociali con redditi di lavoro di uno dei coniugi, esercizio del diritto di opzione e proprietà dei titoli azionari gestiti da società fiduciari», *DFP*, 1999, núm. 2-3, pp. 537-552.

Comentario a *Corte Cass.* de 23 de septiembre de 1997 respecto al régimen patrimonial de la familia. (*Alma R.G.*)

MANERA, G.: «Osservazioni sulla pretesa necessità d'una motivazione espressa del decreto con il quale il Tribunale per i minorenni dispone l'inizio della procedura di adottabilità e la fine dell'affido familiare», *DFP*, 1999, núm. 2-3, pp. 556-582.

Comentario a *Corte Cass.* de 23 de septiembre de 1998 acerca de la necesidad de motivación de la sentencia en caso de adopción y acogimiento familiar. (*Alma R.G.*)

MARCHIO, A.M.: «Il limite "flessibile" per l'età dei genitori nell'adozione di minori – nota a C. cost. 9 luglio 1999 num. 283», *GC*, 1999, núm. 10, pp. 2589-2596. (*M. R. D. R.*)

MASSIP: «Recours à un examen sanguin pour prouver une fraude en matière d'adoption», *RDS*, 1999, núm. 43, 1.^{er} cahier, pp. 692-694.

Nota a la sentencia de la corte de casación civil de 16 de febrero de 1999. (*I. S. P.*)

MILAN, G.: «Consenso del marito all'inseminazione artificiale eterologa della moglie, successivo discoscimento della paternità ed interesse del minore», *DFP*, 1999, núm. 2-3, pp. 942-960.

Asunción voluntaria de paternidad y «derecho a repensar» tal decisión. (*Alma R.G.*)

MOINE DUPUIS: «Le droit de visite du parent incarcéré», *RDS*, 1999, núm. 23, chr., pp. 251-254.

Partiendo del claro derecho recogido en el artículo 288 del Código civil francés que sólo puede ser retirado si existe un motivo para ello, el autor lo aplica al progenitor que se encuentra encarcelado. Todo ello teniendo en cuenta el interés del menor. (*I. S. P.*)

MORELLI, S./MORELLI, M. R.: «Il diritto alla identità personale del nato da fecondazione eterologa al duplice vaglio della Corte costituzionale e della Cassazione – nota a Cass., 16 marzo 1999 num. 2315», *GC*, 1999, núm. 5, pp. 1333-1337. (*M. R. D. R.*)

MOSCA, S.: «Lo scioglimento della comunione legale a seguito della separazione personale dei coniugi e le ripercussioni dell'eventuale riconciliazione sul loro regime patrimoniale», *NGCC*, 1999, núm. 5, pp. 645-653.

Comentario a *Cass.* de 28 de noviembre de 1998 sobre los efectos de la reconciliación conyugal en el régimen patrimonial. (*Alma R.G.*)

NICOLUSSI, A.: «Riconciliazione e comunioni di beni», *FI*, 1999, vol. 6, pp. 1954-2002.

Nota a *Cass.* de 12 de noviembre de 1998 sobre la incidencia de la reconciliación de los cónyuges en el régimen patrimonial tras la separación conyugal. (*Alma R.G.*)

OBERTO, G.: «“Prenuptial agreements in contemplation of divorce” e disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale», *RDC*, 1999, núm. 2, parte segunda, pp. 171-229.

Extenso estudio de los acuerdos preventivos para los casos de crisis conyugal en el derecho comparado: validez, estado civil, libertad matrimonial, régimen económico matrimonial, renuncias de derechos futuros, etc. (*M. R. D. R.*)

PALAZZANI, L.: «La legge italiana sulla procreazione assistita: aspetti filosofico-giuridici», *DFP*, 1999, núm. 2-3, pp. 746-760.

Fecundación artificial o asistida: entre la ética y el derecho. (*Alma R.G.*)

PALMERINI, E.: «Nota a Cass. 26.2.1999, n. 231», *NGCC*, 1999, núm. 4, pp. 523-525.

Desconocimiento de la paternidad en el caso de una fecundación artificial heteróloga con consentimiento del marido de la madre. (*Alma R.G.*)

PANSIER: «De la contractualisation du droit de la famille en général et du droit du mariage en particulier», *GP*, 1999, núm. 64-65, pp. 5-7.

Las formas de unión de la pareja. Necesidad de contractualizar el derecho de familia. (*R. A. R.*)

POLIMENTO, L.: «Separazione giudiziale: addebitabilità della separazione e modalità di prospettazione nel processo – nota a Cass. 13 agosto 1998 num. 7945», *GC*, 1999, núm. 4, pp. 1081-1093. (*M. R. D. R.*)

PRANDINI, E.: «Il disconoscimento di paternità nel caso di fecondazione eterologa consentita dal marito: permanenza del vuoto normativo», *DFP*, 1999, núm. 2-3, pp. 527-532.

Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 1998 respecto a la acción de desconocimiento de la paternidad *ex artículo 235 del Código civil tras la fecundación heteróloga con consentimiento del marido de la madre.* (*Alma R.G.*)

REBECQ: «L'article 389-4 du Code civil et le conflit parental», *GP*, 1999, núm. 339-341, pp. 7-16 y 33.

Conflicto de intereses entre menor y sus padres. Administración de los bienes del menor. (*I. S. P.*)

RENGA, D.: «Effetti della riconciliazione dei coniugi sul regime patrimoniale – nota a Cass. 12 novembre 1998 num. 11418», *GC*, 1999, núm. 4, pp. 1036-1038. (*M. R. D. R.*)

ROVINSKI: «Les mesures d'urgence du juege aux affaires familiales et le devenir de l'article 257 du Code civil», *GP*, 1999, núm. 339-341, pp. 2-6.

Problemas de interpretación del artículo 257 del Código civil francés en los procedimientos de divorcio litigioso. Necesidad de una reforma legislativa. (*R. A. R.*)

ROVINSKI: «Les obligations mises à la charge du parent “gardien” pour la mise en oeuvre des droits de résidence et de visite et d'hébergement», *GP*, 2000, núm. 23-25, pp. 6-12.

Dificultades ante la ausencia de normas legales para garantizar la realización de los derechos de residencia y de visita de los padres privados de la patria potestad. (*R. A. R.*)

SESTA, M.: «La fecondazione assistita tra etica e diritto: il caso italiano», *NGCC*, 1999, núm. 5, pp. 297-308.

Algunas observaciones en torno a la procreación artificial. (*Alma R.G.*)

SIMLER Y OTROS: «Régimes matrimoniaux», *SJ*, 1999, núm. 28, pp. I-154, 1343-1352.

Notas a diversas decisiones jurisprudenciales recientes sobre la materia: régimen primario y deudas solidarias; matrimonio y cambio de régimen económico; régimen de comunidad y administración de los bienes; efectos de la disolución de la comunidad; separación de bienes. (*I. S. P.*)

THIERRY: «Faut-il supprimer le contrôle judiciaire du changement de régime matrimonial?», *RDS*, 2000, núm. 4, 1.^{er} cahier, pp. 68-78.

Cambio de régimen patrimonial del matrimonio según el artículo 1.397 del Código civil francés. Supresión del control judicial según un reciente proyecto de modificación legal. Ventajas económicas y desventajas jurídicas de tal supresión. No supresión total de dicho control. (*R. A. R.*)

UDA, G. M.: «Sulla pretesa inapplicabilitá dell'art. 235 c.c. nei confronti dei figli legittimi nati a seguito di fecondazione artificiale eterologa», *DFP*, 1999, núm. 2-3, pp. 505-527.

Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 1998 acerca del desconocimiento de paternidad en un caso de fecundación heteróloga consentida por el marido. (*Alma R.G.*)

VAREILLE: «Régimes matrimoniaux», *RTDC*, 1999, núm. 1, pp. 172-176.

Notas a algunas sentencias de los tribunales franceses en materia de régimen económico matrimonial. (*I. S. P.*)

VAREILLE: «Régimes matrimoniaux», *RTDC*, 1999, núm. 2, pp. 456-460.

Notas a algunas sentencias recientes de los tribunales franceses en la materia. (*I. S. P.*)

VV AA: «La filiation, la génétique et le juge: où est passée la loi?», *RTDC*, 1999, núm. 3, pp. 529-559.

La experiencia genética en la práctica jurídica y en particular en el proceso de filiación. La verdad humana y la verdad jurídica. Función sustancial del derecho procesal. (*I. S. P.*)

DERECHO DE SUCESIONES

ANN SAMUEL, C.: «The 1997 Successions and Donations Revision –A Critique in Honour of A.N. Yiannopoulos», *Tul. L. Rev.*, 1999, vol. 73, núm. 4, pp. 1041-1086.

Revisión crítica de la propuesta de reforma del derecho de sucesiones y donaciones de Louisiana. Como modelo propone seguir un trabajo previo del profesor Yiannopoulos. (*A. R. G.*)

BELLONI, S.: «Sulla nullità della revoca della rinuncia all'ereditá», *NGCC*, 1999, núm. 4, pp. 579-585.

Comentario a *Cass.* de 9 de septiembre de 1998 sobre la revocación de la repudiación de herencia (forma y naturaleza de la revocación, validez de la renuncia, revocación y derecho de acrecer...). (*Alma R.G.*)

CATALA: «Pour une réforme des successions», *GP*, 1999, núm. 157-159, pp. 2-7.

El autor manifiesta la necesidad de renovar el derecho de sucesiones tras los proyectos legislativos de 1988 y 1991. (*R. A. R.*)

CORTEGGIANO, F.: «Legati: chi é tenuto a prestare garanzia debe sopportare anche le relative spese?», *NGCC*, 1999, núm. 3, pp. 445-448.

Comentario a *Cass.* de 29 de abril de 1997 sobre si en el legado bajo condición suspensiva o a término el gravado con el legado puede ser constreñido a dar una garantía al legatario y si la garantía lleva aparejada el deber de soportar los gastos de la misma. (*Alma R.G.*)

DI GAETANO, L.: «I diritti successori dei coniuge superstiti di un matrimonio poligamico. Questione preliminare e validità nel nostro ordinamento dell'unione poligamica – nota a Cass. 2 marzo 1999 num. 1739», *GC*, 1999, núm. 10, pp. 2698-2706. (*M. R. D. R.*)

GENTILI, A./VECCHI, M.: «Il testamento a mano guidata: un contributo interdisciplinare», *RTDPC*, 1999, núm. 3, pp. 1061-1070.

Análisis del problema de verificación de autenticidad del contenido del testamento ológrafo, desde una perspectiva interdisciplinaria, grafológica y jurídica. (*M. R. D. R.*)

LARROUMET: «La liberalité consentie par un concubin adultera», *RDS*, 1999, núm. 33, chr., pp. 351-352.

Comentario a propósito de la sentencia de 3 de febrero de 1999 de la sección primera de la corte de casación civil que declara nula la donación hecha en un testamento donde se deshereda a la esposa. (*I. S. P.*)

LEQUETTE: «De l'imputation et de la réduction des libéralités à cause de mort réalisées au moyen d'un trust entre vifs», *RDS*, 1999, núm. 43, 1.^{er} cahier, pp. 683-689.

Nota a la sentencia de la corte de apelación de París de 7 de abril de 1999. (*R. A. R.*)

LEVENEUR: «Une liberalité consentie pour maintenir une relation adultera peut-elle être valable?», *SJ*, 1999, núm. 28, pp. I-152, 1333-1334.

Estudio a propósito de la sentencia de casación civil de 3 de febrero de 1999 sobre la causa de la donación. (*R. A. R.*)

PATARIN: «Successions et liberalités», *RTDC*, 1999, núm. 1, pp. 161-171.

Notas a algunas sentencias de los tribunales franceses en la materia. (*R. A. R.*)

PATARIN: «Successions et liberalités», *RTDC*, 1999, núm. 2, pp. 446-455.

Notas a las decisiones jurisprudenciales más recientes en la materia. (*R. A. R.*)

PATARIN: «Successions et liberalités», *RTDC*, 1999, núm. 3, pp. 671-684.

Notas a decisiones jurisprudenciales recientes sobre partición de herencia y reducción de donaciones. (*R. A. R.*)

PATARIN: «Successions et liberalités», *RTDC*, 1999, núm. 4, pp. 887-895.

Notas a las decisiones jurisprudenciales más recientes en la materia, en especial sobre indivisión de herencia y partición. (*I. S. P.*)

PIEDELIÈVRE: «Nullité du legs à une concubine?», *GP*, 2000, núm. 23-25, pp. 13-15.

Notas a la sentencia de casación civil, sección primera, de 3 de febrero de 1999 sobre desheredación de la esposa y legado a la pareja de hecho. Análisis de los artículos 1.131 a 1.133 del Código civil. (*R. A. R.*)

VARIA

ALPA, G.: «L'accesso alla professione forense: nuove prospettive per l'avvocatura», *NGCC*, 1999, núm. 3, pp. 193-196.

Finalidad de la reforma de la disciplina sobre acceso a la profesión forense y papel actual del abogado. (*Alma R.G.*)

CHAROLLOIS: «Le protecteur de la nature, le droit et le chasseur», *RDS*, 1999, núm. 37, 1.^{er} cahier, pp. 389-393.

Comentario a la sentencia de la corte europea de derechos del hombre de 29 de abril de 1999 por su condena a la ley *Verdeille* que viola la convención europea de salvaguarda de los derechos humanos. (*R. A. R.*)

LAGULLI, P.: «I "diritti riproduttivi". Elementi per una loro teoria generale», *Archiv.Giur.*, fasc. 3/4, 1999, pp. 355-394.

En el marco amplio de la teoría general, en este artículo se tratan diversos aspectos jurídicos relacionados con la reproducción humana, tales como el derecho a fundar una familia, el derecho a procrear, o la paternidad responsable. (*C. J. D.*)

KERAMEUS, K. D.: «Problems of Levy in a Comparative Perspective», *Tul. L. Rev.*, 1999, vol. 73, núm. 4, pp. 1347-1362.

El embargo en el Derecho comparado. Clasificación de los diversos sistemas jurídicos nacionales (incluido el español) en cuatro grandes familias según su regulación. Estudio de sus similitudes y diferencias. (*A. R. G.*)

KLESTA DOSI, L.: «Corte di Giustizia delle Comunità Europee (1º giugno 1998-30 novembre 1998)», *NGCC*, 1999, núm. 3, pp. 197-201.

Análisis de algunas sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas relativas a la libre circulación de mercancías y servicios, a la seguridad social de los trabajadores emigrantes y al tratado sobre la competencia jurisdiccional y ejecución de las sentencias en materia civil y mercantil. (*Alma R.G.*)

MIRABELLI, G./GRAZIADEI, G.: «Panorama di giurisprudenza della Corte di Cassazione – Terzo quadrimestre 1998», *RDC*, 1999, núm. 3, parte segunda, pp. 415-433.

Reseña de jurisprudencia relativa a diferentes materias de Derecho privado. (*M. R. D. R.*)

MIRABELLI, G./GRAZIADEI, G.: «Panorama di giurisprudenza della Corte di Cassazione – Primo quadrimestre 1999», *RDC*, 1999, núm. 5, parte segunda, pp. 571-588.

Reseña de jurisprudencia relativa a diferentes materias de Derecho privado. (*M. R. D. R.*)

RUDDEN, B.: «The Gentleman's Agreement in legal theory and in modern practice», *ERPL*, 1999, núm. 2, pp.199-220.

En este artículo se ofrece un resumen comparativo de los quince informes emitidos por representantes de diversos países sobre una cuestión raramente contemplada por la jurisprudencia o por la doctrina: la cuestión de los «acuerdos entre caballeros», o las «hipótesis de no-Derecho», según la conocida formulación de Carbonnier. El tema se analiza desde distintos puntos de vista, y, además, sirve para reflexionar sobre las diferentes concepciones sobre la función del Derecho privado. (*I. G. P.*)

TOMEI, R.: «Ingiustificato arricchimento e pubblica amministrazione nell'esperienza giuridica dello stato liberale», *Archiv.Giur.*, fasc. 3/4, 1999, pp. 395-449.

Estudio del enriquecimiento injusto en el Derecho civil, que desemboca en la consideración de su aplicabilidad en el ámbito de la administración pública. Junto a la perspectiva teórica, se aporta también la referencia jurisprudencial. (*C.J.D.*)

VV AA: «La publicité», *GP*, 1999, núm. 321-322.

Número especial en el que se estudia la publicidad en los diversos estados europeos. Régimen jurídico de la publicidad y el comercio electrónico. (*R. A. R.*)

VV AA: «Gazette européenne», *GP*, 1999, núm. 351-352.

Número especial sobre derecho europeo y su jurisprudencia comunitaria en materia de propiedad intelectual, circulación de personas, capitales y mercancías, libre competencia, consumo, etc. (*R. A. R.*)

DERECHO MERCANTIL

PARTE GENERAL. EMPRESA

BLANC: «Les frontières de l'entreprise en droit commercial (brève contribution)», *RDS*, 1999, núm. 38, 2.^{ème} cahier, pp. 415-430.

La noción jurídica de empresa es una noción incierta. Como objeto y como sujeto de derecho se encuentra regulada en numerosas leyes. Algunas de estas leyes identifican claramente la empresa con la persona jurídica. (*R. A. R.*)

COSTI, R.: «Tutela degli interessi e mercato finanziario», *RTDPC*, 1999, núm. 3, pp. 769-777.

Breve reflexión acerca de la tutela de los intereses del mercado financiero, entendiendo éste en un sentido amplio, con especial referencia a su función, agentes y medidas de control. (*M. R. D. R.*)

DELGA: «Ethique, éthique d'entreprise, éthique du gouvernement d'entreprise», *RDS*, 1999, núm. 37, 2.^{eme} cahier, pp. 397-400.

Dificultades a la hora de aplicar la noción de ética a la empresa. La ética de empresa puede deducirse a partir de las causas en que la jurisprudencia ha declarado la existencia de un abuso de derecho. (*I. S. P.*)

FILOGRANA, E.: «Circa il divieto di pubblicitá dei prodotti da fumo», *FI*, 1999, vol. 12, pp. 3537-3557.

Nota a *Cass.* de 7 de julio de 1999 en materia de publicidad de productos que atentan a la salud. (*Alma R.G.*)

LAIDIÉ: «Libéralisation des télécommunications et aménagement du territoire: les collectivités locales entre Charybde et Scylla», *RDS*, 1999, núm. 40, 1^{er}. cahier, pp. 617-622.

Nota a la sentencia del Tribunal de apelación de Nancy de 18 de marzo de 1999, con una interpretación rigurosa del principio de libertad de comercio y de industria. Las incertidumbres del derecho aplicable a las intervenciones locales en el campo de las telecomunicaciones. Las perspectivas del intervencionismo local en las telecomunicaciones. (*R. A. R.*)

PIAM: «La loi sur l'espargne et la sécurité financière: un toilettage juridique au service de l'intérêt général», *RDS*, 2000, núm. 4, 2.^{eme} cahier, pp. 71-77. (*I. S. P.*)

PUGEAULT: «Les services publics locaux et le droit interne de la concurrence», *RDS*, 1999, núm. 33, chr., pp. 347-350.

Aplicación del derecho interno de la competencia tanto en la creación y gestión de los servicios públicos locales como en los actos de organización y delegación de estos servicios. (*I. S. P.*)

SCHLESINGER, P.: «I mercati "neri"», *RDC*, 1999, núm. 2, parte primera, pp. 187-192.

Concepto y usos modernos del término «mercado»: perfiles esenciales del concepto y análisis del mercado «elemental» y «complejo», mercado ilícito, negro, etc. (*M. R. D. R.*)

SERRA: «Concurrence déloyale et parasitisme économique», *RDS*, 2000, núm. 4, 2.^{eme} cahier, pp. 87-89. (*I. S. P.*)

VV AA: «Concurrence interdite et concurrence déloyale», *RDS*, 1999, núm. 11, pp. 93-102.

Notas a las diferentes sentencias de los tribunales franceses en la materia. (*I. S. P.*)

DERECHO DE SOCIEDADES

BARBA, V.: «Interesse di gruppo e qualificazione del contratto – nota a Cass. 5 dicembre 1998 num. 12325», *GC*, 1999, núm. 11, pp. 3098-3113. (*M. R. D. R.*)

BASSI, A.: «Appunti sulle origini della società in accomandita», *RDC*, 1999, núm. 5, parte segunda, pp. 545-552.

La sociedad en comandita: origen, límite de responsabilidad, necesidad de un sistema de publicidad, régimen de las acciones. (*M. R. D. R.*)

CANNELLA, A.: «Definitività dello stato passivo in relazione all'ammissione o esclusione dei crediti ed impossibilità di controverttere sull'esclusione in sede di provvedimento di ripartizione dell'attivo – nota a Cass. 21 aprile 1999 num. 3924», *GC*, 1999, núm. 10, pp. 2678-2681. (*M. R. D. R.*)

CAROTA, L.: «Il valore giuridico dell'astensione dal voto», *CI*, 1999, núm. 2, pp. 337-350.

Incidencia de la abstención sobre el cálculo de la mayoría. (*Alma R.G.*)

COSTANZA, M.: «Fallimento del socio illimitatamente responsabile – osservazione a C. Cost. 12 marzo 1999 num. 66», *GC*, 1999, núm. 6, pp. 1563-1565. (*M. R. D. R.*)

FABRIS, P.: «Sulla natura dell'azione sociale di responsabilità esercitabile da parte dei soci di minoranza nelle società quotate», *NGCC*, 1999, núm. 5, pp. 349-354.

Diversas cuestiones relativas a la naturaleza de la acción social de responsabilidad ejercitable por los socios minoritarios (paralelismo con la acción subrogatoria, legitimación extraordinaria y tutela de los intereses difusos de los socios). (*Alma R.G.*)

LENER, R.: «La nuova disciplina delle offerte pubbliche di acquisto», *RDC*, 1999, núm. 2, parte segunda, pp. 241-274.

Comentario al d. *Legisl.* de 24 de febrero de 1998, núm. 58, que regula la disciplina de la oferta pública de adquisición y cambio, anteriormente contenida en la ley 18 de febrero de 1992, núm. 149 y 7 de junio de 1974, núm. 216: sistema, finalidad y tipos de adquisición. (*M. R. D. R.*)

MARCHEGIANI, L.: «Sul rapporto tra previsione di scindibilità e termine di esecuzione dell'aumento di capitale – nota a trib. Cagliari 19 marzo 1998», *GC*, 1999, núm. 5, pp. 1518-1521. (*M. R. D. R.*)

MARCHEGIANI, L.: «Sulla soggettività delle società personali e sulla estinzione della collettiva regolare – nota a Cass. 29 maggio 1999 num. 5233», *GC*, 1999, núm. 11, pp. 2966-2972. (*M. R. D. R.*)

MARTINA, G.: «L'emissione di obbligazioni da parte della società cooperative», *RDC*, 1999, núm. 5, parte segunda, pp. 511-543.

Análisis de la emisión de obligaciones por sociedades cooperativas, a la luz del artículo 58 de la Ley de 23 de diciembre de 1998, núm. 498, sobre medidas de financiación pública para la estabilización y el desarrollo: compatibilidad con la legislación de cooperativas, emisión de obligaciones convertibles en acciones, requisitos, derecho de opción, conversión anticipada, reservas, reducción de capital, etc. (M. R. D. R.)

OPPO, G.: «Maggioranza e minoranze nella riforma delle società quotate», *RDC*, 1999, núm. 2, parte segunda, pp. 231-239.

Comentario a la reforma de la sociedad por cuotas: régimen de mayorías y minorías, voto por correspondencia, delegación, etc., para el gobierno de la sociedad; a propósito de la nueva Ley del TU 1998, núm. 58, que regula y modifica la distribución del poder social. (M. R. D. R.)

OPPO, G.: «Sulla tipicità delle società quotate», *RDC*, 1999, núm. 4, parte segunda, pp. 483-493.

Breve análisis de la nueva disposición, TU 1998, núm. 59, que afronta la problemática de la sociedad por cuotas: supuestos legales y régimen societario. (M. R. D. R.)

PAILLUSSEAU: «La nouvelle société par actions simplifiée. Le big-bang du droit des sociétés!», *RDS*, 1999, núm. 32, chr., pp. 333-346.

Estudio sobre las sociedades por acción simplificada. Evolución y legislación francesa al respecto. El interés práctico de las nuevas sociedades y sus consecuencias teóricas. (R. A. R.)

PIERRE: «La Convention de garantie de passif dans les cessions de bloc de contrôle d'actions ou de parts sociales. Étude critique», *GP*, 1999, núm. 337-338, pp. 2-20.

Frecuencia de la cesión de empresa societaria. Necesidad de reestructuración de la economía mundial y de dar un nuevo concepto jurídico partiendo de la noción de entidad económica del derecho comunitario. (R. A. R.)

PONTI, L.: «L'autogoverno della giurisprudenza nel giudicare la responsabilità degli amministratori, in particolare in ordine alla costituzione, gestione e utilizzo di disponibilità extracontabili», *NGCC*, 1999, núm. 3, pp. 213-221.

Responsabilidad de los administradores de sociedades de capital respecto a la constitución y gestión de fondos ocultos. (Alma R.G.)

SALAFIA, V.: «Note in tema di mandato conferito dai fiduciari ad una società fiduciaria – nota a Cass. 21 maggio 1999 num. 4943», *GC*, 1999, núm. 10, pp. 2641-2644. (M. R. D. R.)

SALAFIA, V.: «Questioni in tema di scioglimento del rapporto sociale limitatamente ad un socio – osservazione a Cass. 10 giugno 1999 num. 5732», *GC*, 1999, núm. 11, pp. 2953-2955. (M. R. D. R.)

SALVATORE, L.: «Le assegnazioni de beni ai soci nelle società lucrative», *CI*, 1999, núm. 2, pp. 830-888.

Consideraciones generales en torno al tema de la atribución de bienes a los socios de sociedades lucrativas, en especial, si es oportuno un tratamiento distinto según que la atribución se realice en el ámbito de las sociedades personalistas o en el ámbito de sociedades de capital. (*Alma R.G.*)

SCHERMI, A.: «Apunti sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni – nota a Cass. 4 aprile 1998 num. 3483», *GC*, 1999, núm. 6, pp. 1814-1821. (*M. R. D. R.*)

SEIFFERT, W.: «Die GmbH in der neuen russischen Rechtsordnung», *ZEuP*, 1999, pp. 931-940.

El 1 de marzo de 1998 entró en vigor la nueva Ley sobre Sociedades de Responsabilidad Limitada en Rusia. En el estudio de los puntos esenciales de la nueva Ley, se destaca la evidente influencia de la Ley alemana. (*I. G. P.*)

VIANDIER/CAUSSAIN: «Droit des sociétés», *SJ*, 1999, núm. 18, pp. I-134, 853-856.

Notas a sentencias recientes de los tribunales franceses, en particular como experto en precios, cesión del control de la empresa; garantías en las sociedades anónimas; pluralidad de gerentes en las sociedades colectivas y revocación de gerente en la sociedad civil. (*I. S. P.*)

VIDIRI, G.: «Sulla forma (libera) del negozio di trasferimento di quote di società a responsabilità limitata – nota a Cass. 10 noviembre 1998 num. 11296», *GC*, 1999, núm. 6, pp. 1718-1723. (*M. R. D. R.*)

VV AA: «L'Afrique et le droit», *GP*, 1999, núm. 48-49.

Número especial sobre la inversión en África. Las sociedades comerciales, agrupaciones de interés económico. El registro mercantil africano. Ventas y garantías de las sociedades. (*R. A. R.*)

INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRÁFICO

BISOGNI, C.: «Il regolamento consob sugli intermediari finanziari», *NLCC*, 1999, núm. 2-3, pp. 922-939.

Ánalisis de las normas de comportamiento de los agentes financieros, y contenido y validez de los contratos de inversiones financieras. (*M. R. D. R.*)

GENTILE, A.: «La riforma delle fondazioni di origine bancaria», *RDC*, 1999, núm. 3, parte segunda, pp. 399-413.

Revisión de la figura de fundaciones de origen bancario, tras la reforma introducida por la Ley de 23 de diciembre de 1998, núm. 461 y d. legisl. 17 de mayo de 1999, núm. 153 en el ámbito civil y fiscal: naturaleza jurídica, fines sociales y fines económicos, vigilancia, control, etc. (*M. R. D. R.*)

GIACALONE, G.: «Illegittima la capitalizzazione trimestrale degli interessi bancari a debito dei clienti – nota a Cass., 30 marzo 1999 num. 3096, e Cass., 16 marzo 1999 num. 2374», *GC*, 1999, núm. 5, pp. 1307-1309. (*M. R. D. R.*)

SARTORI, F.: «Dematerializzazione degli strumenti finanziari», *RDC*, 1999, núm. 2, parte segunda, pp. 275-286.

Síntesis de información legislativa sobre instrumentos financieros desmaterializados, consistente en la desaparición en circulación de títulos de masa y circulación de títulos de crédito del documento entendido como cuerpo, cosa material, objeto susceptible de propiedad y posesión: Leyes núm. 286/1986 y núm. 43/1997 y *d. Legisl.* núm. 213/1998. (*M. R. D. R.*)

CONTRATOS MERCANTILES

BLANLUET: «La cession d'actions naties», *RDS*, 1999, núm. 11, pp. 109-114.

El nuevo régimen jurídico de cesión según la Ley de 2 de julio de 1996. Concesión del derecho de retención al acreedor para presionar al deudor. (*I. S. P.*)

BOCHICCIO, F.: «La distinzione tra contratto di agenzia e contratto di lavoro subordinato: le nuove frontiere del lavoro autonomo e i profili dubbi, con particolare riferimento al minimo garantito ed all'incarico accessorio di supervisione su altri agenti», *NGCC*, 1999, núm. 3, pp. 334-335.

Comentario a *Cass.* de 27 de enero de 1998 sobre la distinción entre el contrato de agencia y el contrato de trabajo subordinado. (*Alma R.G.*)

BOUDOU/CLAUDE: «Point de départ du délai de forclusion. Crédit consenti sous forme de découvert fonctionnant selon les modalités propres au compte courant. Remboursements mensuels minima prévus», *GP*, 1999, núm. 323-324, pp. 26-31.

Comentario a la sentencia de casación civil, sección primera, de 9 de marzo de 1999 teniendo en cuenta la evolución jurisprudencial sobre el tema. (*R. A. R.*)

GRUA: «Qu'est-ce qu'un compte en banque?», *RDS*, 1999, núm. 24, chr., pp. 255-258.

Análisis jurídico sobre los documentos que recogen los movimientos en cuenta así como del carácter del saldo disponible. (*R. A. R.*)

LA ROCA, G.: «Anatocismo nei contratti bancari: razionalità e storia della recente novella», *FI*, 1999, vol. 12, pp. 3637-3648.

Nota a la ordenanza del Tribunal de *Lecce* de 21 de octubre de 1999 en materia bancaria. (*Alma R.G.*)

MISSE/BENSOUSSAN: «Des nouvelles lignes directrices en matière de publicité sur Internet», *GP*, 2000, núm. 14-15, pp. 15-16.

Principios en el Código internacional de prácticas comerciales según la Corte de comercio internacional. (*I. S. P.*)

MUSSO, A.: «*Licenze di proprietà industriale e clausole di dominazione: alcuni recenti sviluppi sul controllo “contrattuale”*», *CI*, 1999, núm. 2, pp. 351-392.

Análisis doctrinal de las relaciones contractuales cuyo objeto es una influencia dominante y directa sobre una empresa. (*Alma R.G.*)

PETTARIN, G.G.: «*Le informazioni economiche che la banca sceglie di fornire non possono mai essere inesatte, pena la responsabilità della banca medesima per i danni eventualmente causati*», *NGCC*, 1999, núm. 3, pp. 414-424.

Comentario a *Cass.* de 9 de junio de 1998 sobre responsabilidad de la entidad bancaria por informaciones inexactas. (*Alma R.G.*)

RICCIO, A.: «*É, dunque, illegittima la capitalizzazione trimestrale degli interessi praticata dalle banche sulle somme prestate al cliente*», *CI*, 1999, núm. 2, pp. 317-336.

Análisis de la antigua y nueva jurisprudencia en materia de anatocismo y usos bancarios. (*Alma R.G.*)

ROSKIS: «*Les limites des méthodes traditionnelles de qualification contractuelle: le parrainage publicitaire*», *RDS*, 1999, núm. 40, 2.^{eme} cahier, pp. 443 y ss. (*I. S. P.*)

SCHNEIDER: «*A la recherche de la nature juridique du contrat de crédit-bail immobilier*», *RDS*, 1999, núm. 22, jur., pp. 327-330.

El arrendamiento financiero inmobiliario. Calificación del contrato y su evolución jurisprudencial. El contexto de la nulidad. (*I. S. P.*)

TORSELLO, M.: «*I rapporti tra le parti del contratto di factoring tra disciplina uniforme e molteplicità delle fonti*», *CI*, 1999, núm. 2, pp. 538-618.

Naturaleza y función del contrato de *factoring*. (*Alma R.G.*)

DERECHO CAMBIARIO

BOCCARA: «*Le renouvellement des concepts (en marge des droits des franchises)*», *RDS*, 2000, núm. 1, 2.^{eme} cahier, pp. 15-17.

Determinación de la propiedad de los fondos de comercio según el concepto mismo de éstos y no atendiendo a las aportaciones de las partes. El fondo de comercio es un elemento esencial de la clientela y no al revés. La propiedad de un fondo de comercio no exige la propiedad de elementos que atraen a la clientela según se deduce de un estudio de la franquicia. (*I. S. P.*)

CABRILLAC: «Effects de commerce», *RDS*, 1999, núm. 16, pp. 147-150.

Sumario comentado sobre las decisiones jurisprudenciales más recientes en la materia. (*R. A. R.*)

GOUTAY: «La notion de valeur mobilière», *RDS*, 1999, núm. 21, pp. 226-230.

Sobre la necesidad de adoptar un criterio funcional que tenga en cuenta la dimensión económica del valor del bien, unida a su dimensión orgánica. (*I. S. P.*)

SCHERMI, A.: «Assegno non trasferibile e responsabilità del banchiere – nota a Cass. 9 febbraio 1999 núm. 1098», *GC*, 1999, núm. 11, pp. 3026-3033. (*M. R. D. R.*)

DERECHO CONCURSAL

AULETTA, F.: «Sul principio di unicità della notificazione del titolo esecutivo – osservazione a C. Cost. 30 dicembre 1998 num. 463 (ord.)», *GC*, 1999, núm. 5, pp. 1279-1280. (*M. R. D. R.*)

BUTTARO, L.: «Scelte del curatore fallimentare e diritto alla casa», *RDC*, 1999, núm. 3, parte segunda, pp. 341-351.

Interpretación jurisprudencial y política legislativa del procedimiento concursal y la función liquidatoria del curador, especialmente en tema de adquisiciones inmobiliarias. (*M. R. D. R.*)

DE SENSI, V.: «Il fallimento in estensione dell'ex socio e gli artt. 10 e 11 della legge fallimentare: una recente interpretazione adeguatrice da parte della Corte costituzionale», *NLCC*, 1999, núm. 2-3, pp. 1028-1043.

Comentario a la sentencia *Corte Cost.* 12 de marzo de 1999, núm. 66, sobre el problema de la quiebra de sociedad de responsabilidad ilimitada, y cómo afecta al socio que abandona tal condición con anterioridad a la declaración de quiebra, transcurrido o no un año antes de tal declaración. (*M. R. D. R.*)

HONORAT: «Redressement et liquidation judiciaires», *RDS*, 1999, núm. 8, pp. 70-72.

Notas a las sentencias más recientes de los tribunales franceses en la materia. (*I. S. P.*)

LASCARO, P.: «La conoscenza da parte del terzo della qualità di imprenditore commerciale del dettore come requisito dell'azione revocatoria fallimentare – nota a Cass. 12 gennaio 1999 num. 242», *GC*, 1999, núm. 6, pp. 1676-1677. (*M. R. D. R.*)

UNGARI TRASATTI, F.: «Costituzione di peggio a favore di terzo e revocatoria fallimentare», *NGCC*, 1999, núm. 4, pp. 549-554.

Comentario a *Cass.* 28 de mayo de 1998 sobre onerosidad o gratuitad de las garantías sobre deudas ajenas otorgadas por el quebrado. (*Alma R.G.*)

WATTÉ, N./MARQUETTE, V.: «Faillite internationale. Compétence. Effets d'une faillite prononcée à l'étranger. Sûretés réelles. Droit de préférence», *ERPL*, 1999, núm. 3, pp. 287-317.

Estudio comparativo de la quiebra internacional, con especial atención a las cuestiones de competencia, efectos de una quiebra declarada en el extranjero, garantías reales y derechos de preferencia (derecho de retención y compensación). (*I. G. P.*)

ABREVIATURAS

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
Archiv. Giur.	Archivo Giuridico
Cambridge L. J.	Cambridge Law Journal
CI	Contrato e Impresa
DFP	Il Diritto di famiglia e delle persone
ERPL	European Review of Private Law
FI	Il Foro Italiano
Dir. Aut.	Il Diritto de autore
GC	Giustizia Civile
GP	Gazette du Palais
L. Q. R.	The Law Quarterly Review
Mod. L. Rev.	The Modern Law Review
NGCC	La nuova Giurisprudenza Civile Commentata
NLCC	Le Nueve Leggi Civile Comentata
Oxford J. Legal Stud.	Oxford Journal Of legal Studies
RDC	Rivista di Diritto Civile
RDI	Revue de Droit Immobilier
RDS	Recueil Dalloz Sirey
RIDA	Revue Internationale du Droit d'auteur
RTDC	Revue Trimestrelle de Droit Civil
RTDPC	Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile
SJ	La Semaine Juridique
Tul. L. Rev.	Tulane Law Review
Yale L. J.	Yale Law Journal
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias comentadas

Sobre el ámbito de la usucapión ordinaria: *¿Usucapión inter partes frente a la pretensión de resolución por incumplimiento contractual?*

(Comentario a la STS de 17 de julio de 1999)

ANTONIO GORDILLO CAÑAS

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. *El caso del pleito y el enmarque de la sentencia que lo resuelve en la jurisprudencia sobre la usucapión ordinaria.*–II. *Doctrina contenida en la sentencia.*–III. *Comentario:* 1. El título *ad usucaptionem* como elemento delimitador del ámbito de la usucapión ordinaria e indicador de la peculiar función de la misma. 2. La delimitación de la buena fe necesaria para la usucapión ordinaria y, de nuevo, su valor indicador del ámbito y función de la figura en que juega. 3. *¿Recorte del plazo de ejercicio de la acción resolutoria por efecto de la usucapión ordinaria a favor del contratante incumplidor?* De nuevo, la delimitación de ámbitos como elemento excluyente de la interferencia de la usucapión ordinaria en el régimen de la exigibilidad de las obligaciones contractuales.

I. Por causas cuya investigación no es de este lugar, la figura de la usucapión ordinaria ha sido confusa y deficientemente tratada por la doctrina y jurisprudencia de nuestro siglo; más concretamente, por la doctrina y jurisprudencia sustentada en nuestra formulación codicial del Derecho Civil. Hace unos años, comentando la STS de 10 de julio de 1987, se denunciaba acertadamente en la doctrina¹ el doble «trasvase conceptual» realizado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la determinación de la validez exigible al justo título requerido para la usucapión ordinaria. El primero ha consistido, se decía, en trasladar al requisito de la validez del título presupuestos de eficacia externos al mismo; en particular, la necesidad de titularidad en el transmitente. El segundo, en admitir como título válido *ad usucaptionem* el que, no llegando a ser radicalmente nulo, se queda en anulable, rescindible, revocable o resoluble. Cualquiera ve lo que estos trasvases van a significar. Exigir para la validez del título la titularidad del transmitente supone desconocer la finalidad de la usucapión ordinaria y privarla de su propia función. Ello supuesto, admitir como válido *ad usucaptionem* el título anulable, rescindible, revoca-

¹ CARRASCO PERERA: CCJC, 14, pp. 4801-4802.

ble o resoluble, puede ser el intento de recuperar para la misma usucapión ordinaria una funcionalidad distinta a la que por su vocación le corresponde y espuriamente consistente en la sanación del título que no sea radicalmente nulo. A partir de aquí, sumada la confusión a la confusión, ya todo resulta caótico. La usucapión, actuando en la relación *inter partes*, quedará enfrentada a las consecuencias de la defectuosidad e inestabilidad del título transmisivo, y sus plazos entrarán en desconcertante colisión con los legalmente previstos para hacer valer tales defectos y reclamar sus efectos restitutorios.

En el estado de cosas descrito, habría sido deseable que la certera sentencia de 22 de julio de 1997 (P. Gullón) hubiera servido para fijar definitivamente el rumbo de la jurisprudencia sobre la usucapión en la dirección marcada a esta figura por el Derecho histórico y actual. La usucapión, dice esa sentencia, subsana precisamente el obstáculo a la adquisición que supone la falta de titularidad del transmitente². No ha sido así; la que ahora nos proponemos comentar saca, de nuevo, a la usucapión de ese ámbito, y, una vez fuera de él, la hace entrar en juego en plena relación *inter partes*, entre dueño real y adquirente directo del mismo, para obstaculizar el efecto resolutorio del incumplimiento contractual. Volvemos, pues, a una jurisprudencia ya reiterada y autorizadamente criticada por nuestra actual doctrina³.

Vaya en descargo de la sentencia la peculiaridad del caso litigioso y la dificultad de aplicar al mismo el puro esquema de la resolución contractual. Una vez, más tenemos que recurrir a la tópica distinción entre la justicia de la solución dada al caso y el acierto de su revestimiento técnico-conceptual. Se trata de resolver en justicia entre un vendedor parcialmente insatisfecho en su derecho al precio, y un comprador que, entre la compra y la pretensión resolutoria ha construido en el solar adquirido. El valor de la construcción, sin ser mucho, excede ampliamente al de la parte impagada del precio, ya inicialmente bajo, concertado en la compraventa⁴. En estas condiciones, la solución dada al pleito en Primera Instancia y en Casación viene a coincidir sustancialmente con la que

² «[...] una cosa es la falta de eficacia de los repetidos contratos en cuanto a la finalidad que persiguen, y otra que no sirvan de títulos que legitimen una prescripción adquisitiva. La nulidad declarada judicialmente no es porque a aquellos les faltase ninguno de los requisitos del artículo 1261, esenciales para que exista un contrato, sino porque el vendedor no era propietario [...] Pero precisamente ese vicio de la adquisición es el que subsana la prescripción adquisitiva; la falta de titularidad del transmitente [...]».

³ *Vid. DELGADO ECHEVERRÍA, J.*, a la STS 14-3-83, en CCJC, núm. 2, pp. 465-472; *MIGUEL GONZÁLEZ, J. M.*., a la STS 5-5-83, también en CCJC, núm. 3, pp. 719-728; *CARRASCO PERERA*, a la STS 10-7-87, en el lugar antes citado.

⁴ Así aparece en el FD 3.^º de la sentencia: «Ante todo, hemos de ocuparnos, siquiera sea brevemente, de la cuestión previa que la parte recurrida plantea en su escrito de impugnación del recurso, consistente en que entiende, en esencia, que el presente recurso debió ser inadmitido, al ser el precio de venta de la finca rústica litigiosa el de dos millones ciento setenta y cinco mil (2.175.000) pesetas y, por tanto, no alcanzar dicha cuantía el límite mínimo (seis millones de pesetas) exigido para la accesibilidad de un proceso al recurso de casación. La expresada cuestión previa ha de ser rechazada, ya que en la valoración pericial practicada por la Audiencia, como trámite previo y obligado para tener por preparado el recurso, aparece acreditado que el valor de la finca litigiosa, teniendo en cuenta también lo que en ella han edificado los recurrentes [«un almacén industrial, una o varias viviendas (de construcción rudimentaria) y unas cuadras», según se indica en el FD 1.^º], asciende a diecisiete millones trescientas diez mil (17.310.000) pesetas, cuya cuantía es la que aquí ha de ser tenida en cuenta a los efectos de la admisión a trámite del presente recurso de casación. Rechazada, por tanto, la referida cuestión previa que ha planteado el recurrido en su escrito de impugnación del recurso, procede entrar a examinar los motivos integrantes del mismo o los que, de ellos, sean suficientes».

resultaría de aplicarle la segunda fórmula de composición prevista para la adhesión inmobiliaria en el artículo 361 del CC, precepto cuya infracción por violación se aduce como motivo –entre otros– del recurso de casación⁵.

Pero, aun siendo así –materia en la que no vamos a entrar por ser ajena a la misión de este tipo de comentarios–, la sentencia nos parece criticable. Claro está que el Tribunal Supremo, como todo tribunal, tiene que hacer justicia en la solución de los casos que se le plantean; claro está, igualmente, que al hacerla ha de mantener ese buen sentido práctico o sensibilidad a la justicia del caso que tradicionalmente le ha caracterizado; pero lo que, además, sería deseable es que la justicia de la solución fuera siempre acompañada del acierto en su razonamiento y argumentación. Al final, es dicho razonamiento lo que va a quedar como «jurisprudencia». Al Tribunal Supremo, que tantas veces ha tenido que recordar a los litigantes que no es una tercera instancia, corresponde la tarea de controlar la aplicación de la ley emanando en sus sentencias la doctrina legal resultante de su más autorizada y cualificada interpretación. Y es en este terreno donde la sentencia que comentamos suscita las mayores reservas. Lo que en ella se dice sobre el «tema angular y prístino»⁶ de la usucapición ordinaria, por no encajar en la exacta comprensión de esta figura, no debe constituir verdadera doctrina legal.

II. Reducido a su sustancia, lo que la sentencia de 17 de julio de 1999 viene a sostener es que la usucapición ordinaria puede actuar en la relación entre vendedor y comprador, impidiendo el efecto restitutorio de la resolución por impago del precio. Sobre este problema había girado toda la contienda en los sucesivos grados de su enjuiciamiento. En Primera Instancia, el comprador demandado de resolución reconvino alegando haber adquirido por usucapición ordinaria lo comprado y no íntegramente pagado. El Juzgado estimó la reconvenCIÓN. En Apelación la sentencia fue revocada, por entender la Audiencia que no puede ser considerado poseedor de buena fe quien no paga lo que debe⁷. La sentencia del Tribunal Supremo se va a centrar,

⁵ Se indican en el número sexto de los Antecedentes de Hecho: «Primero.- Acogido al núm. 4 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la sentencia recurrida infringe los artículos 1285 y 1283 del Código Civil, por violación. Segundo.- Por la misma vía procesal que el anterior, la sentencia recurrida infringe el artículo 1124 del Código Civil por aplicación indebida, así como el artículo 1504 del propio Código. Tercero.- Amparado en idéntica vía procesal que los dos primeros, la sentencia recurrida infringe el artículo 7.º 2 del Código Civil. Cuarto.- Acogido al núm. 4 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la sentencia recurrida infringe los artículos 1950 y 1957 del Código Civil, el primero por violación y el segundo por violación por inaplicación. Quinto.- Por la misma vía procesal que el anterior, la sentencia recurrida infringe el artículo 361 del Código Civil por violación».

⁶ De esta forma se indica en el FD 4.º que la usucapición ordinaria y sus requisitos son el tema central de la sentencia: «Como el tema angular y prístino, en torno al cual gira, en primer lugar, el sentido en que haya de resolverse el proceso al que este recurso se refiere, es el atinente a determinar si el demandado D. R. J. R. ha adquirido por usucapición ordinaria entre presentes la finca rústica litigiosa (objeto de la reconvenCIÓN formulada por dicho demandado y su esposa) [...]».

⁷ Se expone todo ello en el FD 5.º: «Como ya se tiene dicho, la sentencia de primera instancia estimó la reconvenCIÓN, porque entendió que el demandado D. R. J. R. había adquirido, por usucapición ordinaria entre presentes, el dominio de la finca rústica litigiosa, al considerar concurrentes todos los requisitos exigidos para la misma (posesión en concepto de dueño, pública, pacífica e ininterrumpida, con justo título y buena fe, durante tiempo superior a diez años).

En cambio, la sentencia de apelación (que es la aquí recurrida) desestima la reconvenCIÓN, porque entiende que, aunque concurrentes todos los demás requisitos para la operati-

como única y decisiva cuestión a resolver, en este punto. Mantendrá que, a pesar del impago, en el comprador se cumple el requisito de la peculiar buena fe exigida para la usucapición ordinaria, y que el impago del precio tampoco excluye la aptitud *ad usucaptionem* de su título adquisitivo, ya que vale como tal el anulable, rescindible, resoluble o revocable. En definitiva: que aunque, en abstracto, el incumplimiento de la obligación de pago del precio permitiría al vendedor resolver el contrato, en el caso del pleito dicha posibilidad resulta impedida por haberse consumado con anterioridad al ejercicio de la facultad resolutoria la usucapición ordinaria de la finca comprada a favor del comprador. Al vendedor sólo le queda la posibilidad de reclamar al usucapiente la parte pendiente del precio de la venta, y ello mientras se mantenga viva la acción correspondiente; extremo que la sentencia no examina por no haber sido –dice– objeto del litigio.

Se recoge todo ello en el FD 6.^º que literalmente dice así:

«En el referido motivo cuarto se denuncia textualmente que «la sentencia recurrida infringe los artículos 1950 y 1957 del Código Civil, el primero por violación y el segundo por violación por inaplicación, al entender que mis representados no han adquirido la finca litigiosa por usucapión». El alegato del expresado motivo lo comienzan los recurrentes en los siguientes términos: «Quizá sea éste el motivo más nítido y contundente del recurso porque se dibuja con perfecta claridad en el, a nuestro modo de ver, defectuoso razonamiento de la sentencia en el Fundamento de Derecho Tercero, párrafo segundo». A continuación, en el cuerpo del referido alegato, los recurrentes aducen, en esencia, que el razonamiento en que la sentencia recurrida se basa para desestimar la reconvenCIÓN (carencia de buena fe) se halla en contradicción con el concepto que de dicha buena fe, a efectos de la usucapión, da el artículo 1950 del Código Civil, agregando que la pretensión del actor tendente a la resolución del contrato de compraventa, con la ineludible consecuencia de la restitución de la finca litigiosa, no puede prosperar por haberse consolidado en ellos (los recurrentes), dicen, el pleno dominio de la referida finca, a virtud de la operada usucapión de la misma, por concurrir todos los requisitos exigidos para ella.

Como quiera que la sentencia aquí recurrida considera que en el presente supuesto litigioso a excepción del de la buena fe, concurren todos los demás requisitos condicionantes de la usucapición ordinaria de bienes inmuebles entre presentes (posesión en concepto de dueño, pública, pacífica e ininterrumpida, con justo título y durante tiempo superior a diez años), solamente al expresado requisito de la buena fe (que es el único, repetimos, que la referida sentencia considera inexistente o no concurrente) habremos de referirnos en nuestro estudio, no sin antes dejar ya apuntado que la repetida sentencia parece confundir el requisito de la buena fe con el del justo título, dada la íntima conexión existente entre ellos. Para dicho estudio, hemos de dejar previamen-

vidad de dicha usucapición ordinaria, falta el de la buena fe en el usucapiente. La que considera carencia del expresado requisito la sentencia aquí recurrida la razona escuetamente en los siguientes términos: «Nosotros entendemos que D. R. no ha poseído de buena fe, pues ha incumplido la obligación más sagrada que incumbe al comprador, cual es la de pagar el precio (art. 1445). ¿Cómo puede decirse que tiene buena fe una persona que no paga lo que debe? Y es precisamente por ello por lo que nuestra legislación (art. 1124) concede a quien cumpliere sus obligaciones frente al que las incumpliera la facultad de resolución, que es por la que ha optado D. J» (Fundamento jurídico tercero, párrafo segundo, de la sentencia aquí recurrida)».

te constatado que si bien es criterio generalizado en la doctrina de esta Sala que la existencia o inexistencia de buena fe es cuestión de hecho y, por tanto, de la libre apreciación del juzgador de instancia, ello ha de entenderse en concordancia con la igualmente uniforme doctrina jurisprudencial que proclama que la buena fe (o, en su caso, la mala fe) es también un concepto jurídico que se apoya en la valoración de una conducta deducida de unos hechos, cuya valoración jurídica puede ser sometida a esta revisión casacional (Sentencias de 5 de Julio de 1990, 22 de Octubre de 1991, 8 de Junio de 1992, 7 de Mayo y 9 de Octubre de 1993, 9 de Octubre de 1997, 5 de Junio de 1999, entre otras muchas). Sobre la base de dicha premisa jurisprudencial ha de hacerse la valoración jurídica de la falta del requisito de la buena fe que la sentencia recurrida dice apreciar en los demandados-reconvinientes (aquí recurrentes) para poder consumar la usucapición ordinaria a que aquí nos venimos refiriendo, para lo cual ha de partirse de que, según tiene declarado esta Sala (Sentencias de 16 de Febrero y 16 de Marzo de 1981, 23 de Enero de 1989, 27 de Septiembre de 1996) la buena fe, en el campo de los derechos reales, no es un estado de conducta, como ocurre en las obligaciones y contratos (artículos 1269 y siguientes del Código Civil), sino de conocimiento, según se evidencia con las dicciones de los artículos 433 y 1950 del citado Código, que nada tiene que ver con las maquinaciones y el engaño, sino pura y simplemente con el creer o ignorar si la titularidad dominical del transferente era o no exacta. Por lo que respecta al concepto positivo de la buena fe que proclama el artículo 1950 del Código Civil («creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueño de ella y podía transmitir su dominio»), no hay duda alguna de que la buena fe así entendida concurre en los demandados-reconvinientes (aquí recurrentes) pues siempre estuvieron en dicha creencia con respecto al que les vendió la finca litigiosa, extremo que, por otro lado, nadie ha cuestionado en este proceso. En lo que atañe a la faceta negativa de dicha buena fe que contempla el artículo 433 del mismo Código (ignorancia de que en su título o modo de adquirir existe vicio que lo invalide), también es evidente que la buena fe así entendida igualmente concurre en los demandados-reconvinientes (aquí recurrentes), pues su título adquisitivo (contrato de compraventa de fecha 30 de Noviembre de 1979) no adolece de ningún vicio invalidante del mismo, careciendo de dicha condición el hecho de no haber pagado los compradores el precio total de la compraventa, pues dicha falta de pago (que afectaría, más que a la buena fe en los sentidos antes expuestos, al requisito del justo título), si bien hubiera podido dar lugar a una resolución del contrato (si la misma hubiera sido ejercitada oportunamente), no impide que se pueda consumar la usucapición ordinaria en favor del comprador, ya que por justo título ha de entenderse el que legalmente baste para transmitir el dominio o derecho real de cuya prescripción se trate y en este concepto podrán comprenderse los contratos anulables, rescindibles, revocables o resolubles (Sentencias de esta Sala de 25 de Junio de 1966, 5 de Marzo de 1991), cuyos respectivos vicios o defectos vienen a quedar subsanados por el transcurso del tiempo necesario para que se produzca la usucapición, que de otro modo vendría a ser una institución inútil (Sentencia de 25 de Febrero de 1991), ello sin perjuicio, como es obvio, de que el vendedor pueda ejercitar su acción contra el comprador usucapiente en reclamación del pago del precio de la venta, en tanto dicha acción se mantenga subsistente (extremo que aquí no nos corresponde examinar, por no haber sido objeto del litigio), pero que, por sí sólo, no puede impedir, volvemos a decir, que se produzca la usucapición en favor del comprador, siempre que concurran

todos los demás requisitos exigidos para la misma, como ocurre en el presente supuesto litigioso. Por todo lo expuesto, el presente motivo cuarto ha de ser estimado, con lo que deviene improcedente e innecesario el examen de los cuatro restantes motivos del recurso, mediante los cuales, como ya tenemos dicho, los recurrentes vienen a impugnar el pronunciamiento por el que la sentencia recurrida declara resuelto el contrato de compraventa de la finca rústica litigiosa, cuya resolución contractual es totalmente improcedente, desde el momento en que se ha producido la usucapión ordinaria entre presentes de la expresada finca en favor del comprador».

III. Es evidente que el principal problema planteado por el contenido doctrinal de la sentencia de 17 de julio de 1999 es el de la delimitación del ámbito de la usucapión ordinaria; y es en la solución dada a tal problema donde se va a producir el capital y más radical defecto de la misma sentencia. Deslindado debidamente el ámbito de la usucapión, habría podido dilucidarse su distinción y separación respecto al de la resolución por incumplimiento. Sin dicho deslinde, usucapión y resolución van a superponerse provocando innecesariamente y sin ningún fundamento una colisión entre ellas que la sentencia, con argumentos muy criticables, va a resolver en favor de la usucapión. Es que a partir de aquel defecto radical todo tiene que resultar confuso y desacertado. Concretamente, así resultan en la argumentación de la sentencia: la desfiguración de la buena fe *ad usucaptionem*; la interpretación del requisito de la validez del título y la referencia del efecto sanante de la usucapión a sus posibles vicios o defectos, y, finalmente, el gratuito recorte del plazo de ejercicio de la acción de resolución por consecuencia de la consumación en sentido contrario de la prescripción ordinaria entre presentes. Son éstas las tres cuestiones básicas de las que deberá ocuparse este comentario. Aunque mutuamente implicadas entre sí, las abordaremos separadamente.

1. El título exigido para la usucapión ordinaria tiene que ser, en lo sustancial, justo, verdadero y válido (arts. 1952 y 1953 CC). Por justo título se entiende, dice el Código, el que legalmente baste para transferir el dominio o derecho real de cuya prescripción se trate. García Goyena, recogiendo en el comentario al artículo 1958 del Proyecto Isabelino la enseñanza tradicional, proponía como «regla general y segura» para identificarlo, la rancia y consagrada formulación de VOET, que, por sí misma, sitúa ya exactamente a la usucapión ordinaria en su propio campo e indica su peculiar función: *Justus titulus est causa habilis ad dominium transferendum, ut emptio, donatio; sic ut ex quibus causis, tradente vero domino, transiret dominium; tradente non domino, procedit usucatio*. Es decir: es justo título aquel que es hábil para transmitir el dominio, de forma tal que si el que entrega en virtud de él es dueño, se produce la transmisión del dominio; si no lo es, deberá entrar en juego la usucapión. La idea es efectivamente clara, sencilla y segura en lo que se refiere a la indicación y comprensión del requisito de justo título para la usucapión ordinaria, pero, sobre todo y por lo que ahora nos interesa, es diáfanaamente ilustradora en lo que implica de acotadora del ámbito de la usucapión: deberá ésta actuar cuando, a pesar de haberse producido la entrega en virtud de título suficiente para la transmisión del dominio, dicha transmisión no pueda operarse inmediatamente y sin más por falta de titularidad en el *tradens*. Más brevemente: el campo de la usucapión ordinaria es el de las adquisiciones *a non domino*.

La misma idea se verá confirmada y precisada a través del requisito de la validez del título necesario para la usucapión ordinaria. No basta, en efecto, con que dicho título sea suficiente de suyo para transmitir el dominio; se requiere, además, que sea válido. Conocido es el desconcierto que en cierta muy representativa e influyente doctrina, y, tras ella, en alguna jurisprudencia, ha provocado este requisito: si el título tiene que ser justo, verdadero y válido, ¿cómo es que no produce inmediatamente la transmisión, y qué es lo que la usucapión puede de añadirle?⁸ Injustificado desconcierto y atolondrada pregunta. Llamada a consolidar las adquisiciones *a non domino*, el requisito de la validez del título viene a indicar que no es tarea de la usucapión sanar los vicios o defectos que en éste se puedan haber producido. He aquí, pues, claramente delimitados el campo y la función de la usucapión ordinaria: su campo, las entregas por no dueño; su función, suplir en ellas el defecto de titularidad del tradiente y no los defectos del contrato que sirve de fundamento a la entrega. Así quedó definitivamente delimitada y configurada en el Derecho romano justinianeo⁹, y así, vertida ya en nuestro Código Civil, la reconoció De Buen¹⁰, aunque lamentablemente su oportuna y acertada enseñanza, por más que repetida y recordada una y otra vez¹¹, no haya sido bastante para acallar la perplejidad de aquella pregunta y aquietar la opinión general en la justa comprensión de los requisitos de la usucapión ordinaria y en la seguridad de la función que históricamente se le ha reconocido. Hoy día las cosas parecen estar más claras, al menos en la doctrina. La pregunta, antes con amplio

⁸ La pregunta aparece formulada ya en las anotaciones de DE BUEN a COLIN-CAPITÁN: *Derecho Civil*, II, 2, Madrid 1923, p. 997, pero con evidente carácter *docendi causa*, evidenciado por la seguridad con que se la responde. Sin dicha seguridad, habría sido planteada anteriormente en ALAS-DE BUEN-RAMOS: *De la usucapión*, Madrid 1916, p. 207, y se la repetirá posteriormente en CASTÁN: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, II, 1, 13.^a ed. Madrid 1987, p. 383. Lo que en la exposición de DE BUEN era extrañeza a primera vista («Produce, a primera vista extrañeza las exigencia de estos requisitos [...]»), se va a convertir en dificultad de interpretación en CASTÁN («La interpretación de este requisito presenta alguna dificultad, pues si el título ha de ser perfectamente válido, ¿para qué hace falta la usucapión?»). En cuanto a la jurisprudencia, *cfr.*, como muestra, S. 25-2-91: « [...] aun cuando el artículo 1957 del Código Civil exige para la prosperabilidad de la usucapión de bienes inmuebles que regula la existencia de justo título, es doctrina de esta Sala la de que, si bien el artículo 1952 entiende por tal el que legalmente baste para transferir el dominio o derecho real de cuya prescripción se trate, aun cuando pudiese existir algún defecto o vicio originario en el mismo, ello no sería obstáculo para que opere la prescripción adquisitiva, pues para subsanar tales vicios o defectos existe la prescripción, que de otro modo sería una institución inútil —Sentencias de 11 diciembre 1965, 22 enero de 1969 y 7 de febrero de 1985—».

⁹ *Vid. Inst. 2, 6, Pr.: Jure civili constitutum fuerat, ut qui bona fide ab eo, qui dominus non erat, cum crediderit eum dominum esse, rem emerit vel ex donatione aliave qua justa causa acceperit, is eam rem [...] usucapiat, ne rerum dominia in incerto essent.* Sobre ello, D'ORS: *Derecho Privado Romano*, Pamplona 1977, pp. 229-230: «La usucapión, que empezó por ser un complemento confirmativo de la *mancipatio*, se convirtió en un modo general de consolidar una propiedad defectuosa, sea *i*) porque el enajenante no era propietario (recepción *a non domino*), sea *ii*) porque se adquirió la posesión de una *res mancipi* sin la forma de la *mancipatio* o de la *in jure cessio*. En la época de Justiniano, una vez desaparecida la distinción entre *res mancipi* y *nec mancipi*, la usucapión sólo conservó interés para consolidar adquisiciones *a non domino*».

¹⁰ DE BUEN: *op. et loc. ant. cit.*: «El único vicio del título que purga la usucapión es la adquisición del no propietario».

¹¹ *Vid. CASTÁN: op. et loc. ant. cit.; ESPÍN: Manual de Derecho Civil Español*, II, Madrid 1985, pp. 209-210; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil*, III, 6.^a ed., Madrid 1997, pp. 149-150.

eco, sobre el para qué de la usucapión ordinaria a la vista de su exigencia de título justo verdadero y válido, es considerada en la actualidad como una torpe pregunta¹², y quienes más detenidamente se refieren a la usucapión, asignan llanamente a ésta la función de suplir el defecto de titularidad o poder dispositivo del *tradens*¹³, y, justamente en razón de ello, explican ya sin desconcierto alguno el requisito de la validez del título. El título *ad usucaptionem*, se dice actualmente, tiene que ser válido, aunque ineficaz¹⁴. Válido, porque no es misión de la usucapión sanar sus defectos; e ineficaz, porque, a pesar de la entrega, su otorgamiento no basta para la inmediata transmisión del dominio. Admitiendo en su sustancias las reservas opuestas a esta formulación¹⁵, creemos que, *grosso modo* y debidamente perfilada, se la puede admitir para explicar a un tiempo el requisito de la validez del título y la utilidad de la usucapión ordinaria. El título exigido por ésta ha de ser válido porque la usucapión no sana los defectos del título; e ineficaz en lo jurídico-real, en cuanto no provoca el efecto traslativo que de él inmediatamente se esperaba; aunque en lo obligacional sea plenamente válido y eficaz en tanto no lo impugne por error quien lo cootorgó con el *tradens* creyéndole dueño¹⁶.

De todas formas, al amparo de aquella sensación de desconcierto que en la enseñanza de los autores parece hoy disiparse, en la jurisprudencia ha adquirido carta de naturaleza la doctrina de que la exigencia de validez del título excluye como fundamento de la usucapión ordinaria sólo al radical y absolutamente nulo, pero admite como suficiente al título anulable, rescindible, revocable o resoluble¹⁷. De entrada podemos decir que tal doctrina resulta sospechosa si su justificación es el miedo a la inanidad de la usucapión ordinaria por consecuencia de la validez del título exigido para ella; y que, desde luego, es ciertamente errónea si con ella se pretende decir que es misión de la usucapión ordinaria sanar o suplir el dato que provoca la anulabilidad, rescindibilidad, revocabilidad o resolubilidad del título. Seguramente se puede y debe mantener que el carácter anulable, rescindible, revocable o resoluble del título no impide la posibilidad de usucapir con apoyo en el mismo, siempre que la amenaza pendiente sobre él no llegue a materializarse efectivamente; esto es: siempre que el título anulable no sea anulado; el rescindible, rescindido; el revocable, revocado, y el resoluble,

¹² Cfr. ALBALADEJO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XXV, 1.º, Madrid 1993, p. 327: «Así que la pregunta que se hacen algunos (así últimamente la sentencia de 25 febrero de 1991, con cita de otras) de que si se exigiese la plena validez del título ¿para qué sirve la usucapión? tiene la sencilla respuesta de que para con título plenamente válido usucapir las cosas que nos *enajenó* quien no era dueño» (sub. del a).

¹³ Así, HERNÁNDEZ GIL, A.: *La posesión*, Madrid 1980, p. 526; ALBALADEJO: *op. cit.*, pp. 325, 327, 328 ...; MIQUEL: voz «Justo título», EJB III, Madrid 1995, p. 3904. En la manuáistica: COSSÍO: *Instituciones de Derecho Civil*, II, Madrid 1988, p. 100; LACRUZ: *Elementos de Derecho Civil*, III, 1, 1.ª parte, Barcelona 1988, p. 209.

¹⁴ Cfr. ALBALADEJO: *op. cit.*, p. 324; LACRUZ: *op. et loc. ant. cit.*; DELGADO ECHEVERRÍA: *op. cit.*, p. 470.

¹⁵ Las opone MIQUEL insistiendo en la validez y eficacia de la venta de cosa ajena, desde luego en lo obligacional, pero también en lo jurídico-real, en cuanto dicha compra-venta es eficaz como título *ad usucaptionem*. Cfr. CCJC, núm. 3, *cit.*, pp. 724-725; voz «Usucapión», EJB, IV, Madrid 1995, p. 6770; voz «Justo título», *cit.*, pp. 3904.

¹⁶ Cfr. FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO: *Compraventa de cosa ajena*, Barcelona 1994, pp. 190-200.

¹⁷ Última muestra, la sentencia que aquí comentamos, remitiéndose a las de 25 de junio de 1966 y 5 de marzo de 1991.

resuelto¹⁸. Pero con igual seguridad, y a pesar de lo dicho en contrario en algunas sentencias¹⁹, hay que rechazar de plano que la anulabilidad, rescindibilidad, revocabilidad o resolubilidad del título pueda resultar sanada o impedida por la usucapión²⁰. No es ésta, como hemos visto, la misión que histórica y actualmente le ha confiado la ley.

¹⁸ Ya así, DE BUEN: *op. et loc. ant. cit.*: «[...] no bastará un título nulo, porque un título de esta índole no transmite un derecho aunque el transmitente sea propietario; pero servirá un título anulable mientras no sea anulado por quien puede ejercitarse la acción de nulidad». Posteriormente, Cossío: *op. cit.*, p. 100: «Por lo tanto, un contrato radicalmente nulo no podrá nunca servir de justo título, y un contrato anulable, tan sólo a partir del momento en que hubieren prescrito las acciones de nulidad»; ALBALADEJO: *op. cit.*, p. 328: «En cuanto a la jurisprudencia, acepta, sí, que el título nulo no sirve para usucapir [...]» Pero afirma ser admisibles los títulos impugnables [...] lo que debería completarse diciendo que sirven para usucapir en tanto no sean impugnados [...]»; LACRUZ: *op. cit.*, p. 211: «Cumple, pues, en principio, el contrato anulable el requisito de ser válido en cuanto título [...] Ahora bien, mientras viva la acción de nulidad, ésta podrá ejercitarse entre los contratantes»; MORALES MORENO: *Posesión y usucapión*, Madrid 1972, p. 143: «[...] mientras esté vigente la acción de anulación, la usucapión no puede impedir su eficaz ejercicio por el sujeto protegido».

¹⁹ STS 25-2-91: «[...] aun cuando el artículo 1957 del Código Civil exige para la prosperidad de la usucapión de bienes inmuebles que regula la existencia de justo título, es doctrina de esta Sala la de que, si bien el artículo 1952 entiende por tal el que legalmente basta para transferir el dominio o derecho real de cuya prescripción se trate, aun cuando pudiese existir algún defecto o vicio originario en el mismo, ello no será obstáculo para que opere la prescripción adquisitiva, pues para subsanar tales vicios o defectos existe la prescripción, que de otro modo sería una institución inútil —Sentencias de 11 diciembre de 1965, 22 enero de 1969 y 7 de febrero de 1985—»; STS 4-10-91: «[...] y si el título a favor de las recurridas tuviera algún defecto, quedó subsanado por la usucapión verificada». Resulta curioso advertir cómo el censurable *dictum* jurisprudencial sobre la inanidad de la usucapión si no sanara vicios o defectos del título, procede de la amputación realizada en el texto de la STS de 30 de marzo de 1943, que, con todo acierto, sitúa tales vicios o defectos en el poder dispositivo de *tradens*: «[...] el justo título que para la prescripción se requiere es aquel que por su naturaleza es capaz de producir la transmisión del dominio aunque exista algún defecto o vicio originario que afecte a la facultad de disponer del transmitente, pues precisamente para subsanar tales vicios o defectos existe la prescripción que de otro modo sería inútil».

²⁰ Cfr., en tal sentido, ALBALADEJO: *op. cit.*, p. 329: «Por último un punto en el que, por ser erróneo, no merece la pena recoger jurisprudencia que haya ocurrido en él, pero que conviene advertirlo: es el de que a veces el vicio del título impugnable que según el Tribunal Supremo permite usucapir, es un vicio de título otorgado por el titular del derecho que se transmitiría sin más y definitivamente si el título fuese válido, título que en ciertas sentencias se estima como tal para la usucapión del adquirente. Ahora bien, la verdad es que ahí no juega la usucapión, sino la adquisición procedente del título que sea, adquisición que resulta inatacable cuando el título se convale»; COSSÍO: *op. et loc. ant. cit.*: «Qualquier otro defecto del título no podrá quedar subsanado por la prescripción, a no ser que la acción impugnatoria se encuentre ya prescrita (por prescripción extintiva) o caducada»; MIQUEL: voz *«Justo título»*, *cit.*, p. 3905: «Si el contrato anulable no se anula en el plazo, el poseedor es propietario por tradición y no por usucapión: si se anula no es propietario ni por tradición ni por usucapión. Por eso la usucapión subsana un defecto de propiedad del tradiente y no un defecto del título [...]»; MORALES MORENO: *op. et loc. ant. cit.*: «La naturaleza protectora del negocio anulable no se borra, aunque el adquirente permanezca en la posesión por tiempo suficiente para usucapir [...]»; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Madrid 1982, pp. 62-63: «[...] Pero la usucapión ordinaria de inmuebles no purifica los vicios por los que la adquisición es anulable —contra lo que parece sostener Albaladejo—, sino sólo la falta eventual de poder de disposición en el transferente, y deja, por tanto, intacta la posibilidad de que por quien corresponda, y mientras no caduque, pueda invocarse la anulabilidad del título y de la consiguiente adquisición por usucapión ordinaria».

Concretamente, y por lo que hace al caso de la sentencia que aquí comentamos: ¿De qué forma y en qué condición puede ser título adquisitivo una compraventa sujeta a la facultad resolutoria del vendedor por no haber cumplido el comprador su obligación de pagar el precio? Será título de una adquisición justificada por compraventa y sometida a una situación de inestabilidad que, a no ser que la resolución se ejerzte dejándola tempestivamente sin efecto, durará hasta que se agote el plazo legal de ejercicio de la acción resolutoria. Siendo ésta materia ajena a su objeto y función –las entregas por no dueño–, la usucapión no tiene aquí nada que hacer: ni está llamada a sanar la resolubilidad de la adquisición, ni puede interponerse acortando el plazo legalmente previsto para la prescripción de la acción resolutoria.

2. Además de justo título, la usucapión ordinaria requiere buena fe (art. 1940). Aunque comúnmente la buena fe del poseedor en vía de usucapir se basará en el título por el que entró a poseer, uno y otro requisito no llegan a confundirse identificados en una misma exigencia. Puede haber título y faltar la buena fe en quien a sabiendas adquiere de no dueño; como puede haber abstracta y genérica buena fe en quien, sin fundamento que objetivamente lo justifique, cree ingenuamente en su propio derecho. Ni el título basta si no va acompañado de la buena fe, ni la buena fe es suficiente sin el apoyo del título para que el poseedor pueda lucrar el efecto adquisitivo de la usucapión ordinaria²¹.

Ahora bien: ¿en qué consiste la buena fe requerida *ad usucaptionem*? Nada innova nuestro Código Civil cuando específicamente la describe en su artículo 1950 como «la creencia de que la persona de quien [el poseedor] recibió la cosa era dueño de ella, y podía transmitir su dominio». Coincide plenamente esta acepción de la buena fe con la consagrada en nuestro Derecho de Partidas (P. III, 29, 9: *que crea que aquel de quien la ovo por alguna destas razones, que era suya, é que avia poder de la enagenar*²²) y originalmente en el Derecho Romano. Procede la usucapión –enseñaba Gayo, Inst. II, 43– *si modo ea bona fide acceperimus, cum crederemus, eum, qui tradiderit, dominum esse*²³. Si en el conjunto de estas definiciones algo destaca, de insoslayable consideración en el objeto de este comentario, es su valor acotador del campo de la usucapión. Como en la cualificación del título, de nuevo ahora en la descripción de la buena fe la usucapión ordinaria aparece anclada en la adquisición *a non domino*, y, específicamente en ella, la buena fe no puede consistir sino en creer que quien entrega es dueño y que, siéndolo, tiene poder dispositivo sobre la cosa entregada.

²¹ HEINECIO: *Elementa Juris Civilis secundum ordinem Institutionum*, § 443: «Nec locum habet usucapio si desit justus titulus, seu causa ad transferendum dominium habilis. Unde non sufficit opinio erronea justae causae, nisi error sit justus, nec contractus simulatus & fictus [...]; GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ: *Estudios de Derecho Civil Español*, III, Madrid 1863, p. 60: «Con motivo de estos requisitos, los autores han agitado la siguiente duda, si la justa causa y la buena fe son dos condiciones distintas, o se requiere que intervenga la justa causa como prueba de la buena fe, de tal suerte que la usucapión se sostenga por sola ella aun sin haber existido justa causa. Nuestra ley no autoriza esta duda, pues habla de los dos requisitos como independientes; *que haya buena fe en tenerla, e que la haya por razón derecha*».

²² También, P. VII, 33, 9: «A buena fe dezimos que compra o gana el que la cosa, quando creya que el que gela da, o gela vende, auia derecho o poderío de lo fazer; e mala fe, aquél que compró la cosa ajena, sabiendo que non es suya de quien la ovo, nin auia poder de la enagenar».

²³ En las Instituciones de Justiniano, II, 6, Pr.: «[...] qui bona fide ab eo, qui dominus non erat, cum crediderit eum dominum esse, rem emerit...».

Sin embargo, y como es bien sabido, la claridad del anterior planteamiento va a verse enturbiada en nuestro Derecho por la inoportuna llamada que, en tema de usucapión, hace el artículo 1951 del Código Civil al 433, precepto éste que, genéricamente y en sede de posesión, describe en qué consiste la buena fe del poseedor. En la comparación de ambas normas lo que verdaderamente importa no es el distinto enfoque de la buena fe en su aspecto psicológico, como «creencia» (art. 1950) o «ignorancia» (art. 433)²⁴, sino el diferente objeto al que se la refiere y, consiguientemente, el también diferente ámbito en el que se la hace jugar. Mientras, como hemos visto, el artículo 1950 nos mantiene en el campo propio de la usucapión ordinaria: el de la adquisición *a non domino*, el 433 nos sitúa ante situaciones posesorias objetivamente infundadas por cualquier defecto o vicio invalidante del título o modo de adquirir²⁵. Este sería el problema: ¿es que la usucapión, desbordando el supuesto de la adquisición *a non domino* o incluso mantenida dentro de él, puede sanar defectos del título adquisitivo? ¿Sería el artículo 433 la norma que, en continuidad con una resistente línea histórica, viniera a sostener legalmente en nuestro actual Derecho la posibilidad de adjuntar al contenido normal de la usucapión ordinaria el de la suplencia del título putativo²⁶? La exigencia de título verdadero y válido impide esta posibilidad; la doctrina es hoy conteste en la negación de que sobre la base del título putativo se pueda adquirir por usucapión ordinaria²⁷. ¿Cómo coherestar, entonces, la traída del artículo 433 al régimen de esta modalidad de la usucapión?

Cohonestar, hemos dicho, porque hay que partir de que tal traída es innecesaria y criticable. Valiendo, en efecto, el artículo 433 para describir la más general situación de buena fe del poseedor, de aplicación en materia de adquisición de frutos y de liquidación del estado posesorio, y requiriendo la usucapión ordinaria, en razón de su exigencia de justo título, verdadero y válido, una más concreta y específica buena fe, una vez descrita ésta en el artículo 1950, no se alcanza a ver la justificación ni la utilidad de tener que integrar este precepto con otro en el que a la buena fe se asigna un contenido más amplio²⁸. Ya García Goyena, pensando en su proyección a la usuca-

²⁴ MANRESA: *Comentario* IV, 4.^a ed. Madrid 1920, p. 95: «[...] porque si el poseedor tiene tal creencia, es precisamente por aquella ignorancia».

²⁵ HERNÁNDEZ GIL, comentando la STS 3-343 en *RGLJ*, 1944, p. 334: «Entre los artículos 433 y 1950 hay notorias diferencias: El primero está concebido en términos de mayor amplitud que el segundo. El art. 443 se refiere, en general, al vicio que invalide el título; el 1950 se refiere sólo al vicio que afecta a la persona de quien se adquiere y en concreto a su capacidad de disposición. Además, en tanto el primero se refiere a cualquier tipo de adquisición, el segundo parece ceñirse a la adquisición derivativa, a la transmisión».

²⁶ Sobre el problema en el Derecho Romano, ALAS-DE BUEN-RAMOS: *op. cit.*, pp. 204-207; BONFANTE: *Instituciones de Derecho Romano*, trad. esp., 4.^a ed., Madrid 1965, pp. 293-294. Sobre su planteamiento en el último Derecho precodificado, SAVIGNY: *Sistema del Derecho Romano actual*, trad. Mesía y Poley, 2.^a ed., Madrid s/d, II, vol. 1, Apéndice VIII, núm. XV, págs. 389-391; GARCÍA GOYENA: *op. cit.*, en el comentario a los arts. 428 y 1959, págs, respectivamente, 222-223 y 1008-1009.

²⁷ Cfr. ALAS-DE BUEN-RAMOS: *op. cit.*, p. 204, y en la doctrina de nuestros días, LACRUZ: *Elementos....*, *cit.*, pp. 106-107; DÍEZ-PICAO: *Fundamentos....*, *cit.*, p. 736.

²⁸ MANRESA: *op. cit.*, pp. 94: «Y aun bien mirado, el concepto de buena o mala fe que nos da el art. 433 no es el aplicable especialmente a la prescripción, pues que respecto a ésta hemos de referirnos al art. 1950. Luego en rigor el art. 433 tiene su principal aplicación en la percepción de frutos y demás efectos comprendidos en los arts. 451 al 458»; y 96: «El poseedor adquirió una finca en virtud de un título bastante para transferirle el

pión, criticaba los términos en que el artículo 428 del proyecto de 1851, precedente del actual 433, había sido redactado²⁹; y en la actual doctrina se continúa criticando autorizadamente y con fundamento la involucración del artículo 1950 con el 433 en la indicación del contenido de la buena fe necesaria para la usucapición ordinaria³⁰.

De todas formas, adelantada la crítica, y, a pesar de ella, teniendo que contar con el dato legalmente insoslayable de la remisión del artículo 1951 al 433, habremos de buscar la forma de armonizar la invocación de éste con el mantenimiento del específico contenido *ad usucaptionem* señalado en el artículo 1950 a la buena fe. ¿Cómo puede conjugarse el artículo 433 con el adecuado funcionamiento y régimen de la usucapición ordinaria?

Desde luego hay que excluir que el artículo 433 pueda jugar alternativamente con el 1950 en materia de usucapición. Si tal posibilidad de juego alternativo se admitiera, estaríamos asignando a la usucapición el doble campo que, a través del contenido general de la buena fe posesoria, dibujan aquellos preceptos: el específico del defecto de titularidad o poder dispositivo en el *tradsens* (art. 1950), y el de los vicios o defectos del título adquisitivo del poseedor (art. 433). En este segundo campo hace funcionar a la usucapición la sentencia que estamos comentando y las que como ella afirman, sin referencia necesaria a la adquisición *a non domino*, que es propio de esta figura sanar las deficiencias del título que no sean constitutivas de una nulidad radical y absoluta. No es difícil descubrir las razones que impiden admitir este primer intento: desplazándola a la relación *inter partes*, saca de su propio ámbito a la usucapición ordinaria³¹ y contraviene la exigencia legal que en ella impone el requisito del justo título, verdadero y válido.

dominio, pero no válido, ignorando sus vicios no referentes a la capacidad del enajenante ni a la falta en éste de preexistencia del derecho; por ejemplo, se trata de un contrato nulo por su naturaleza o por sus condiciones; el poseedor ignora ese vicio; ¿será poseedor de buena fe? Indudablemente, según el art. 433. ¿Podrá adquirir el dominio de la finca en prescripción ordinaria? De ningún modo, porque el título no es válido, y debe serlo para ese efecto, según el art. 1953. ¿Qué quiere decir esto? Que la posesión de buena fe, por sí sola, no basta para la adquisición del dominio en prescripción ordinaria [...] Pero quiere decir más aún, porque el art. 1950 prueba, que para el efecto de prescribir, sólo es poseedor de buena fe el que cree que la persona de quien recibió la cosa era dueño de ella y podía transmitirla; de donde se deduce que cualquier otra creencia fundada en la ignorancia de otros vicios de la titulación, no constituye buena fe, o es por lo menos indiferente en materia de prescripción [...].

²⁹ GARCÍA GOYENA: *op. cit.*, p. 223: «La definición de nuestro artículo es la del 550 Francés, y de ella se dice en el discurso 45: 'Es más positiva que todas las del Derecho Romano, y evitará muchas contestaciones que se suscitan frecuentemente ...'. Yo no sé si esta definición tiene efectivamente sobre la Romana y Patria las ventajas que se le atribuyen sin expresarlas; pero me atrevo a aconsejar que en los casos dudosos se consulten aquellas leyes por lo que puedan tener de razonable [...].»

³⁰ ESPÍN: *El justo título y la buena fe en la usucapición*, Estudios CASTÁN, I, Pamplona 1969, p.180: «A la vista de los textos vigentes cabría formular a modo de observaciones críticas, que permitieran una mejor regulación de la materia en nuestro Código, las siguientes: [...] 2º La buena fe del poseedor podría enunciarse, a efectos de la usucapición abreviada, bien en un sentido genérico de creencia de no dañar el derecho ajeno, como ha hecho el Código italiano de 1942, bien manteniendo el concepto enunciado por el art. 1950, pero desligado de la referencia al artículo 433, para circunscribir el error del poseedor a los defectos del derecho del transferente. Los defectos de la adquisición del propio poseedor, afectan más al título que a la buena fe y ya resultan embebidos en el requisito de la validez del título [...].».

³¹ HERNÁNDEZ GIL: *La posesión*, *cit.*, p. 216: «Cabe como argumentación en contra, más sólida y más simple, que el artículo 1950 ha de regir siempre, necesariamente, en materia de usucapición como norma peculiar de ella. El hecho de que el artículo 433 pueda

Pero también debe excluirse la explicación que, dando prioridad al artículo 1950 sobre el 433, y exigiendo que el primero juegue siempre en la usucapión ordinaria por ser el que apunta a la adquisición *a non domino* –su campo necesario–, venga después a proponer que, dentro de dicho campo, el artículo 433, actuando conjuntamente con el 1950, permite ampliar el efecto sanante de la usucapión, extendiéndolo desde la mera suplencia del defecto de poder dispositivo del *tradens* hasta la sanación de los vicios o defectos del título transmisor otorgado por éste. Sería ésta la forma de encontrar apoyo expreso en la ley a la extendida doctrina que admite la posibilidad de usucapir con apoyo en título no absolutamente nulo pero sí anulable, rescindible, revocable o resoluble³².

Es verdad que en este segundo intento no se saca tan radical y completamente a la usucapión de su campo propio; pero tampoco puede negarse que se la extiende complementaria y secundariamente a materias que le son extrañas, con la inevitable consecuencia de superponer confusamente en un mismo espacio el efecto de la usucapión y la ineffectuacíon de los contratos. Frente a tal resultado no hay más remedio que delimitar y distinguir. La usucapión ordinaria, de una parte, no está llamada a reforzar la validez y eficacia de los contratos, ni a sortear los condicionantes y límites impuestos a éstas por la ley o por la voluntad de las partes; el título anulable, de otra –como el rescindible, revocable o resoluble–, no sirve como título *ad usucaptionem* porque, a través de la llamada al artículo 433, la usucapión sane vicios o defectos del título, sino porque si no es efectivamente anulado –rescindido, revocado o resuelto– deviene definitivamente sano y firme, obteniendo entonces por sí mismo el carácter de título válido que exige la usucapión³³.

concurrir con el artículo 1950 –por lo dispuesto en el artículo 1951– no significa que le supla o reemplace ... en ningún caso debe quedar eliminado el artículo 1950 que erige en presupuesto de la usucapión la falta de una legitimación del transmitente que se corrige con la buena fe».

³² Así HERNÁNDEZ GIL: *op. cit.*, p. 215: «La aplicación del artículo 433 a la usucapión no impone que hayan de existir los vicios a los que él alude, ni impide que funcione la buena fe exclusivamente referida a lo que establece el artículo 1950. Lo que determina el artículo 433 es que, *también si existen o aunque existan* vicios determinantes de la anulabilidad, ignorándolos el poseedor, procede de buena fe [...]» (sub. del a.); p. 216: «El artículo 1950 podrá ir acompañado del artículo 433 con lo que la función adquisitiva de la usucapión con buena fe se amplía en cuanto el artículo 433 introduce una más amplia gama de vicios en el título»; 527: «Ahora bien, que la entrada en juego de la usucapión requiera una disposición *a non domino* efectuada por el enajenante no significa que el vicio o los vicios de que pueda adolecer el título hayan de referirse de modo exclusivo a la falta de titularidad o de legitimación. Título válido a los efectos de la usucapión es el que, partiendo de ese presupuesto y teniendo el vicio consiguiente, adolezca además de otros vicios generadores de anulabilidad o sea susceptible de rescisión».

³³ Cfr. COSSÍO: *op. cit.*, p. 100: «Cualquier otro defecto del título no podrá quedar subsanado por la prescripción, a no ser que la acción impugnatoria se encuentre ya prescrita (por prescripción extintiva) o caducada»; KACRUZ: *Elementos III*, 1, 1.^a, *cit.*, pp. 210-211: «Mas, *quid si* el contrato es meramente anulable? En general la doctrina hace observar que el contrato anulable no es nulo [...] Sobre tales contratos anulables pesa simplemente una posibilidad o amenaza de invalidación, que dura cuatro años (mas el tiempo anterior al comienzo del curso del plazo) y luego desaparece, quedando firme la validez del contrato como si el defecto no hubiera existido. Cumple pues en principio el contrato anulable el requisito de ser válido en cuanto título»; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil*, III, 6.^a ed. Madrid 1997, p. 150: «Pero sirve un título anulable, en tanto que produce sus efectos salvo que sea anulado por quien pueda ejercitar la acción correspondiente»; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *op. cit.*, pp. 62-63: «El título anulable, mientras no sea anulado, es –aunque la cuestión es discutida– título válido a efectos de la

Sólo deslindando así los campos puede evitarse el extraño entrecruzamiento de plazos que, como nuevo motivo de crítica, tan llamativamente admite la sentencia que comentamos. Vigente la acción resolutoria, no podrá abortarse su ejercicio –necesariamente, además, *inter partes*– invocando la usucapión.

No queda, pues, más que entender que el artículo 433 es llamado al régimen de la usucapión ordinaria, con notoria laxitud técnica en todo caso, por una de estas dos razones: o bien porque se considera que el contrato adquisitivo del poseedor de buena fe, aunque en sí válido (por exigencia del artículo 1953) está aquejado del «vicio» o «defecto» de haber sido otorgado *a non domino*³⁴, lo que «invalidaría» su eficacia traslativa (la venta válida pero ineficaz de que suele hablar la actual doctrina); o bien porque, limitada la llamada sólo a la segunda de las hipótesis que disyuntivamente contempla aquel precepto, se estima que, aun contando el poseedor con título adquisitivo válido, la adquisición inmediata es imposible y la usucapión se hace necesaria por estar aquejado el «modo» de su pretendida adquisición del «defecto» o «vicio», «invalidante» de haber sido llevado a cabo por quien no es dueño³⁵. Nosotros preferimos esta segunda explicación por ser la que mejor sitúa el defecto impeditivo de la adquisición inmediata a favor del poseedor de buena fe, la que mejor se conjuga con la exigencia de validez en el título de la usucapión ordinaria, y, en definitiva, la que mejor se aviene a la función reserva-

usucapión», puntualizando en nota (21) «Pero la usucapión ordinaria de inmuebles no purifica los vicios por los que la adquisición es anulable –contra lo que parece sostener Albaladejo–, sino sólo la falta eventual de poder de disposición en el transferente, y deja, por tanto, intacta la posibilidad de que por quien corresponda, y mientras no caduque, pueda invocarse la anulabilidad del título y de la consiguiente adquisición por usucapión ordinaria»; MIQUEL: voz «Justo Título», EJB, III, p. 3905: «Si el título, además de ser anulable, procede de un no propietario puede servir de título a la usucapión, si no ha sido anulado dentro de los plazos del art. 1301[...]. En los casos de título rescindible es claro que es hábil para la usucapión si no ha sido rescindido, porque el art. 1290 considera válidos los contratos rescindibles. Lo mismo cabe decir de los títulos resolubles».

³⁴ ALAS-DE BUEN-RAMOS: *op. cit.*, p. 209: «En este caso [venta de cosade otro] procede la usucapión y, sin embargo, el título no reúne todos los requisitos exigidos, pues como nadie puede disponer de cosas que no sean suyas, el disponer de cosa ajena en un acto jurídico es un grave vicio de él»; DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN: *Sistema*, III, *cit.*, p. 150: «Hay que yuxtaponer, por tanto, el artículo 1950 y el artículo 433, interpretando éste en el sentido de que el usucapiente debe ignorar que el título de su adquisición tiene un vicio que lo invalida, que aquí, en materia de usucapión, no es otro que la falta de titularidad del transmitente o constituyente del derecho real sobre cosa ajena».

³⁵ MANRESA: *Comentarios IV*, *cit.*, pp. 99-100: «[...] no cabe duda que lo que se llama *modo* entra en el espíritu del art. 433, y que el conocimiento de algún vicio en él excluye la existencia de buena fe: así lo confirma el art. 1950 [...] Si esta preexistencia del derecho se considera como algo distinto al título e independiente de él; algo que no influye en la validez del acto en sí mismo, aunque lo haga inútil o ineficaz; si el título puede ser perfecto aunque no intervenga en él, por sí o por otro en forma legal, la persona en quien reside el derecho transmitido, con tal que de él no resulte esa falta de preexistencia, entonces la palabra título no basta y es necesario adicionarla con lo que se llama modo»; MIQUEL: voz «Posesión», EJB III, *cit.*, pp. 4949-4950: «[...] no es presupuesto de la buena fe que el poseedor posea con justo título ni tampoco que el vicio al que se refiere la buena fe deba ser un vicio del título, porque puede serlo del modo (tradición) como es la falta de propiedad en el transmitente. Así resulta claramente de la letra del precepto ('que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide'), que no necesita ser corregida, y de la regulación de la usucapión ordinaria que requiere título válido (art. 1953) y buena fe, lo que sería imposible si la buena fe se refiriera siempre a vicios que invalidan el título. En el art. 433 los vicios o defectos a que se refiere la buena fe del poseedor pueden estar en cualquier elemento del supuesto de hecho de la adquisición, bien en el título bien en el modo».

da a ésta en el Derecho histórico y actual. Lo que en todo caso debe quedar claro es que en nuestro actual Derecho no se la puede convertir en instrumento llamado a operar en la relación *inter partes* ni a sanar –ni siquiera conjuntamente con el defecto de titularidad o poder dispositivo del otorgante– vicios o defectos del título adquisitivo.

Completamente opuesto a lo dicho es lo que sobre la buena fe se mantiene en la sentencia. Partiendo de la insoslayable observación de que en esta materia la buena o mala fe consiste en un estado de conocimiento concretado en «creer o ignorar si la titularidad del transferente era o no exacta», concluye afirmando que en el comprador del caso litigioso se cumple el requisito de la buena fe, tanto en su aspecto positivo (art. 1950) como en el negativo (art. 433). En el primero, porque siempre estuvo en la creencia de que el vendedor era dueño de la finca entregada; en el segundo, porque su título adquisitivo no adolecía de ningún vicio invalidante, ya que la falta de pago del precio, «(que afectaría más que a la buena fe [...] al requisito del justo título)», no es incompatible con el concepto de justo título, que comprende también a los contratos resolubles, cuyo defecto viene a quedar subsanado por el transcurso del tiempo necesario para que se produzca la usucapión, que de otro modo vendría a ser una institución inútil.

No es difícil la crítica a estas afirmaciones. En cuanto al enfoque positivo de la buena fe, convenimos con la sentencia en que, desde la perspectiva del art. 1950, no se puede calificar al comprador como poseedor de mala fe. Pero no es eso lo que hace al caso. Tampoco se le puede considerar como de buena fe, porque la tipificación de ésta en el artículo 1950 supone creencia errónea o disconformidad entre lo que se cree y lo que efectivamente se da en la realidad. Faltando tal disconformidad no tiene sentido la indagación sobre la buena o mala fe del poseedor³⁶. Por ello el artículo 1950, más que fundamentar la calificación del comprador como poseedor de buena fe, lo que viene a demostrar es que el supuesto adquisitivo del caso nada tiene que ver con la hipótesis legal de la posesión de buena fe exigida para la usucapión ordinaria. Lo mismo puede decirse en cuanto al enfoque negativo de la buena fe si el artículo 433 se justifica e interpreta de la forma antes propuesta. La buena fe se referiría en él a la ignorancia del comprador acerca del defecto impeditorio de la eficacia inmediatamente transmisiva de la tradición por no dueño. No dándose dicha tradición *a non domino* en el caso, ni apartándose respecto a la titularidad del *tradens* la realidad de los hechos y la representación que de ella se hace mentalmente el comprador, huelga entrar a calificar la situación poseitoria de éste como la específica posesión de buena fe que permitiría adquirir por usucapión ordinaria. El comprador del caso habría adquirido derivativamente por compraventa sin necesidad ni posibilidad de recurrir a la usucapión ordinaria. Entendido, con la sentencia, de otra forma el artículo 433; esto es: refiriendo la ignorancia del poseedor a los vicios o defectos del contrato adquisitivo, la estimación de la buena en el comprador se hace insostenible. Dice la sentencia que también desde el punto de vista del artículo 433 la buena fe «concurre evidentemente» en el comprador, porque «su título adquisitivo

³⁶ HERNÁNDEZ GIL: *La posesión*, cit., p. 526: «[...] luego si la creencia coincide con la realidad no hay margen para imputar un efecto a la buena fe; si el transmitente es dueño y podía transmitir, transmitió; la buena fe nada tiene que hacer, ni tampoco la usucapión»; MIQUEL: voz «Buena fe», EJB, I, p. 836: «Si no existe ningún defecto, por ejemplo, en la adquisición de un derecho o en la celebración de un negocio jurídico, no hay que hablar de buena fe subjetiva».

no adolece de ningún vicio invalidante», pues la falta de pago, aunque haga resoluble al contrato adquisitivo, no impide la consumación de la usucapión, cuyo efecto sería en tal caso subsanar el defecto del contrato consistente en su resolubilidad: Para salvar la buena fe del comprador se ha puesto en primer plano una deficiencia en el fundamento contractual de la adquisición cuyo desconocimiento de buena fe por parte del comprador —por ser obra de su propio comportamiento— no puede admitirse.

3. Llamativo es el modo en que se produce la sentencia en materia de plazos: deja en la indeterminación —pretendidamente, al parecer— el plazo de ejercicio de la acción resolutoria, «(si la misma hubiera sido ejercitada oportunamente)», y el de la acción de mera reclamación de pago que, al quedar la primera impedita por la usucapión, dice corresponder al vendedor para obtener la satisfacción de su derecho: «ello sin perjuicio, como es obvio, de que el vendedor pueda ejercitar su acción contra el comprador usucapiente en reclamación del pago del precio de la venta, en tanto dicha acción se mantenga subsistente (extremo que aquí no nos corresponde examinar, por no haber sido objeto del litigio)»; en cambio, admite como la cosa más natural que el transcurso del tiempo necesario para que se produzca la usucapión subsane el vicio del contrato adquisitivo determinante de su anulabilidad, rescindibilidad, revocabilidad o resolubilidad. En el caso del pleito la usucapión impide resolver el contrato cuando la acción resolutoria no está todavía prescrita. Su plazo de ejercicio se ha visto acortado por la interferencia de una usucapión abreviada en beneficio de contratante incumplidor. Es una censurable consecuencia de la confusión que, sacando a la usucapión ordinaria de su propio ámbito, la traslada a la relación *inter partes*, superponiéndola al juego de las normas reguladoras de ésta. Delimitados los respectivos ámbitos, debe mantenerse en buena doctrina que la usucapión, institución de terceros, no puede recortar el plazo de ejercicio de la acción resolutoria, de carácter personal, y, por tanto, relativa o circunscrita a la relación *inter partes*³⁷.

Es verdad que la solución a que llega la sentencia puede encontrar un cierto campo de cultivo en la doctrina de los autores. El problema de la conjugación de la usucapión con el plazo de ejercicio de las acciones resultantes del contrato se plantea a veces en un tono dubitativo que parecería dejar abierto el espacio a la posibilidad alternativa de soluciones contrarias. El legislador, se dice, no ha previsto concretamente el problema, y ante el silencio legal quizás fuera procedente dar preferencia a la usucapión frente a la prolongación de las acciones personales tendentes a la recuperación de lo contractualmente entregado³⁸. Casos como el producido y resuelto en el

³⁷ En general, aunque refiriéndose sólo a la anulabilidad, HERNÁNDEZ GIL: *La posesión*, cit., p. 528-529: «Se ha apuntado como posible solución la de que, si bien cuando la anulabilidad no deriva de la falta de derecho del transmisor, la usucapión no interviene, ya que la adquisición procede de la convalidación y no de la usucapión, cabría no obstante conceder que se produjera un acortamiento de la vida de la acción. Esto supondría que el plazo de caducidad o de prescripción no quedaría atenido al tiempo fijado para ellas por la ley, sino marcado por la usucapión en el caso de ser inferior. La fórmula no parece convincente». Refiriéndose a la anulabilidad, rescindibilidad y resolubilidad, CARRASCO PERERA: *op. cit.*, p. 4802: «[...] frente a un contratante *dominus* del que se adquiere por título anulable, rescindible o resoluble no puede alegarse usucapión ordinaria, ya que los plazos de consolidación del derecho son los propios de la acción de impugnación (cuatro años o los quince de carácter general ex art. 1964)».

³⁸ LUNA SERRANO: *Comentario del Código Civil*, II M.^o de Justicia, Madrid 1991, *ad art. 1953*, pp. 2131-2132: «Teniendo la acción de anulación su propio plazo de cuatro años

pleito invitan a afirmarse en una doctrina que, más acorde con el Derecho y con la razón de ser de las instituciones que sirven a sus soluciones, evite resultados tan chocantes como el que se consuma en la sentencia. El considerado silencio de la ley no es propiamente tal. No constituye imprevisión o descuido legal alguno el no plantearse ni resolver si el plazo de la usucapión prevalece sobre el de prescripción de las acciones derivadas del contrato, o a la inversa. Es que el problema no existe, porque estas acciones tienen un ámbito propio, distinto al peculiar de la usucapión, de forma tal que no es posible la interferencia entre ésta y aquéllas. La anulación del contrato anulable, la rescisión, la revocación y la resolución del contrato tienen carácter personal y vigencia limitada a la relación *inter partes*; la usucapión ordinaria, en cambio, como modo de adquirir la propiedad, faculta para esgrimir ésta *erga omnes*. Mientras nos mantenemos en la relación *inter partes* la adquisición –derivativa– quedará pendiente de la suerte del contrato que como causa o título la justifica, y sometida a las estipulaciones que en él se convinieron; supuesto, en cambio, el contrato válido que en la usucapión ordinaria sirve de título, la adquisición del usucapiente –originaria– se produce a costa del anterior propietario, persona distinta, por hipótesis, a la que entregó la cosa. Mientras que el contrato relaciona a quienes en él son «partes», la usucapión enfrenta a quienes entre sí son «terceros». Esta diversidad de ámbitos preserva a cada uno de ellos de eventuales interferencias procedentes del otro.

Consecuente con esa delimitación es la distinta funcionalidad de las figuras situadas en cada campo. La anulabilidad, rescindibilidad, revocabilidad y resolubilidad tienen una finalidad protectora de parte contractual, ajena por completo a la finalidad de la usucapión, y que la usucapión, como institución que se mueve en otro mundo, no puede obstaculizar³⁹. Con inde-

de vigencia (art. 1301), se suscita el problema de si, pudiéndose en ocasiones contar dicho plazo a partir de un momento acaso muy posterior a la celebración del contrato [...] la anulación del título puede afectar a la usucapión ordinaria ya consumada. La cuestión, desde luego, no se la ha planteado el legislador y con apoyo en los textos normativos lo mismo puede defenderse la solución afirmativa que la negativa. Algunos autores, en efecto, consideran preferente el interés del impugnante del acto, cuya anulación provoca la vuelta de las cosas a su situación anterior (art. 1303), y opinan que la declaración judicial debe actuar retroactivamente sobre la usucapión; otros, por el contrario, sostienen que la usucapión debe respetarse porque ya dio lugar a una adquisición legalmente amparada. La cuestión es, como se ha dicho, del todo discutible, pero acaso la mayor razón de justicia –y también, desde luego, de sencillez práctica– asista a esta segunda solución negativa, si se tienen en cuenta la finalidad social que cumple la prescripción, el ejercicio del dominio o del derecho real mediante la posesión, la buena fe del usucapiente e incluso la posible negligencia del legitimado para impugnar que deja transcurrir sin hacerlo el tiempo suficiente para que el título, en cuanto válido por no ser atacado, configure justo título para usucapir y se haya alcanzado el término de la prescripción».

³⁹ MORALES MORENO: *Posesión y usucapión*, Madrid 1972, p. 143: «La naturaleza protectora del negocio anulable no se borra, aunque el adquirente permanezca en la posesión el tiempo suficiente para usucapir [...] Parece indudable que la usucapión no puede borrar el carácter protector del negocio: el título anulable configura la naturaleza de la titularidad y posesión adquiridas [...] Por consecuencia, mientras esté vigente la acción de anulación, la usucapión no puede impedir su eficaz ejercicio por el sujeto protegido». Al carácter protector de parte contractual, propio de la facultad resolutoria se refiere MONTES PENADES: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. Albaladejo, XV, 1, Madrid 1989, p. 1253: «En buena técnica [...] la acción de resolución [...] no se basa en una sanción, sino en la protección del interés del acreedor frente a una circunstancia que lesiona objetivamente su interés en la actuación de la obligación».

pendencia de los plazos necesarios para la usucapión ordinaria, en la relación *inter partes*, el adquirente *a dominio* únicamente podrá considerarse estable y definitivamente dueño cuando la acción de anulación, rescisión, revocación o resolución haya caducado o prescrito. Aquí la usucapión ordinaria no tiene nada que hacer, ni antes ni después del transcurso de dicho plazo⁴⁰. En la usucapión ordinaria, a su vez, exigiéndose título pero no relacionando éste al poseedor que adquiere el dominio y al anterior propietario que deja de serlo, todo se sustancia en el orden de lo absoluto caracterizador de la vigencia *erga omnes* de los derechos reales. La usucapión, cumplidos sus requisitos, puede esgrimirse contra cualquiera que, no siendo otorgante del título por el que el usucapiente posee, se pretenda dueño. Y, en sentido inverso: al todavía dueño le basta alegar su derecho para interrumpir la usucapión contraria, sin tener que entrar ni poder hacerlo en denunciar la posible inestabilidad o deficiencia de su título adquisitivo⁴¹: le basta la condición de poseedor del usucapiente, y lo que le interesa es interrumpirla alegando su propio derecho contrario a ella.

Volvemos de nuevo, y ya para terminar, al caso del pleito. Planteándose el problema entre un vendedor-dueño que pretende la resolución de la venta por

⁴⁰ ALBALADEJO: *Com. XXV*, 1.^o, *cit.*, p. 324: «En los términos vistos, si el título inválido procede del dueño (como si éste dona un inmueble sin escritura pública o lo vende con vicio de la voluntad) no hay usucapión posible, porque lo que existe es una adquisición o aparente o impugnable, pero adquisición por razón del título, no por razón de usucapión. Esta opera si el título procede de un no dueño [...]»; ID., p. 325: «[...] cuando sí es el dueño el que otorga el título [...] si es nulo el título [...] o impugnable [...] la usucapión nada remedia porque no entra en juego, y la purificación de la situación no se produce por vía de usucapión, sino por extinción de las acciones impugnatorias, extinción que da lugar a la consolidación de la adquisición procedente del título [...] al cesar la amenaza de su destrucción, pero no a una adquisición por usucapión»; LACRUZ: *Elementos* ... III, 1, 1.^o, *cit.*, p. 211: «[...] mientras viva la acción de nulidad, ésta podrá ejercitarse entre los contratantes. Tal acción, en efecto, tiene su propio plazo de prescripción extintiva, y no podrá desaparecer por la adquisición de la propiedad del objeto transferido mediante la usucapión»; MIQUEL: EJB III, *cit.*, p. 3905: «En ocasiones se afirma que los títulos anulables, rescindibles o resolubles son aptos para la usucapión. Ahora bien, si el título anulable procede de un propietario no hay cuestión de usucapión, porque entre las partes del contrato operan los plazos del art. 1301 que no se pueden excluir aunque el de usucapión haya transcurrido [...] Si el contrato anulable no se anula en el plazo, el poseedor es propietario por tradición y no por usucapión. Si se anula no es propietario ni por tradición ni por usucapión. Por eso la usucapión subsana un defecto de propiedad del tradente y no un defecto del título». Lo dicho en el texto vale también para la subsanación de los defectos del título otorgado *a non dominio*: por todos, ALBALADEJO: *op. et loc. cit.*: «Ésta [la usucapión] opera si el título procede de un no dueño (como si alguien dona o vende una cosa ajena). Entonces [...] si [el título] es impugnable, desde el otorgamiento del título, comenzará la usucapión a correr, pero siempre bajo la amenaza de que se impugne y destruya el título, lo que puede ocurrir antes de que transcurra el plazo de prescripción, y entonces la usucapión no llegará a consumarse, o después de pasado tal plazo, y entonces la usucapión ya producida se hallará en situación claudicante hasta que se extinga la acción de impugnación del título».

⁴¹ CARRASCO PERERA: *op. cit.*, p. 4802: «Derivada de esta misma exigencia de relatividad, deberemos concluir igualmente que la caducidad del plazo de impugnación contractual no supone que el *accipiens* pueda oponer la misma al dueño que no fue contratante, siempre que los plazos de usucapión no hayan corrido». Con alguna duda, ALBALADEJO: *op. cit.*, p. 327: «[...] no estando el dueño verdadero, contra el que está corriendo la usucapión, legitimado como otorgante, que no lo es, para impugnar el título, desde luego podrá defendirse contra aquella por otro camino, como interrumpiendo la posesión de usucapiente o aduciendo que no posee de buena fe en concepto de dueño, etc., pero pienso que, puesto que tiene interés en hacerlo, no deba quizá rechazarse que también pueda alegar la invalidez del título mientras éste no haya sido invalidado».

impago del precio, y un comprador que se resiste invocando la usucapión, debe retenerse como cierto que en tal ámbito la usucapión no cuenta, y que, consiguientemente, la resolución debe prosperar a lo largo del completo plazo de quince años que pacíficamente se señala a su ejercicio⁴². Resolución contractual y usucapión ordinaria no pueden convivir en un mismo ámbito abocadas a enfrentarse y tener que prevalecer una sobre otra. La resolución contractual por incumplimiento se produce en el orden de la relación *inter partes* a la que la usucapión es completamente extraña. Si el vendedor deja transcurrir el plazo de la acción resolutoria sin ejercitárla oportunamente, la adquisición del comprador se habrá convertido en firme y estable, no por usucapión sino por prescripción extintiva de la acción de resolución. Fuera del caso de la sentencia, en la hipótesis de transmisión por no dueño y, cumulativamente, impago del precio, la reclamación del dueño puede ser resistida por usucapión ordinaria contra él en el plazo de diez años. Ahora bien, *inter partes* y durante el plazo de vigencia de la acción resolutoria, podrá el vendedor hacer valer su facultad de resolver el contrato incumplido para la recuperación de lo entregado a cambio de un precio que no le ha sido satisfecho⁴³.

⁴² Por todos, CLEMENTE MEORO, M.E.: *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Valencia 1998, pp. 235-236.

⁴³ CARRASCO PERERA: *op. et loc. ant. cit.*: «[...] entregada cosa ajena y prescrita en los plazos ordinarios, nada impide que el *tradens* acreedor pueda resolver durante quince años ex art. 1124 si el *accipiens* deudor es incumplidor en el sentido del artículo citado».

Acción rescisoria contra deudor solidario. Alcance del perjuicio y viabilidad de la impugnación. (A propósito de la STS de 24 de julio de 1998)

JOSÉ MANUEL DE TORRES PEREA

Profesor Ayudante de Derecho Civil

Universidad de Málaga

SUMARIO: I. *Hechos y doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 1998.-II. Comentario.* 1. Concepto de perjuicio rescisorio: Prueba de la insolvencia y ejercicio conservativo de la acción. 2. Autonomía del deudor solidario y ejercicio de la acción rescisoria.

I. HECHOS Y DOCTRINA DE LA SENTENCIA

En la sentencia del TS de 24 de julio de 1998¹, el Alto Tribunal desestimó el recurso de casación y entendió rescindidas las enajenaciones hechas por los fiadores solidarios a sus hijos. Los hechos enjuiciados fueron los siguientes: El Banco Bilbao Vizcaya concedió un crédito a la entidad «Maquinaria Cerezo, S.A.», por importe de quince millones de pesetas con vencimiento el 26 de marzo de 1992, siendo fiadores solidarios don Agustín C. y doña Cesárea C. Dicho préstamo resultó impagado a su vencimiento, formulándose por el Banco Bilbao Vizcaya demanda de juicio ejecutivo dirigido contra los fiadores solidarios, despachándose ejecución contra los demandados y decretándose el embargo de ciertos bienes. La vía de apremio resultó infructuosa por resultar que los bienes embargados habían sido donados en fecha 9 de marzo de 1992 por los ejecutados a sus hijos Javier y José Agustín C.C., quienes por su parte otorgaron el día 9 de abril de 1992 opción de compra sobre dichos bienes a favor de «Grupo VH, S.L.». Posteriormente, la entidad «Maquinaria Cerezo, S.A.» presentó suspensión de pagos, presentando un balance del que no resultaba una insolvencia definitiva y apare-

¹ RJ 6139. Actuó como ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes.

ciendo entre la relación de los acreedores presentada por la entidad suspensa el banco actor.

El Banco Bilbao Vizcaya, ante estos hechos, procedió a demandar a don Agustín C. y doña Cesárea C. a sus hijos Javier y José Agustín C.C. así como a la entidad «Grupo VH, S.L.» ejercitando la acción rescisoria en solicitud de que se declarase la rescisión de la donación realizada entre los fiadores solidarios y sus hijos, así como la opción de compra otorgada a favor de «Grupo VH, S.L.».

El problema que se planteó era si se cumplían o no los requisitos de la acción rescisoria. En concreto se debía decidir si concurría el perjuicio rescisorio. El perjuicio rescisorio presenta una triple faceta, como carencia de bienes, como carencia de garantías y como carencia de otros recursos legales. Aquí, la cuestión era determinar si realmente se había demostrado la carencia de bienes de los fiadores solidarios, así como la carencia de otros recursos legales para conseguir el cobro.

El Juzgado de Primera Instancia consideró que procedía desestimar la demanda por dos razones, la primera, por no haberse perseguido previamente los bienes en poder de los fiadores solidarios, y por tanto por no haberse acreditado que los donantes no tuvieran otros bienes distintos a los donados; la segunda, por no haberse dirigido la demanda contra la deudora principal «Maquinaria Cerezo, S.A.».

Apelada la sentencia, la Audiencia consideró que, por un lado, por tratarse de fianza solidaria, no había lugar al beneficio de excusión, pudiendo el acreedor dirigirse directamente contra cualquiera de los fiadores solidarios, y por otro, que sí concurría el perjuicio rescisorio dado que bastaba para ello con que el acreedor desconociera la existencia de otros bienes, más aún cuando los propios fiadores solidarios no negaron carecer de otros bienes distintos de los objeto de la donación.

La sentencia de la Audiencia fue recurrida en Casación, fundando su recurso, por un lado, en que los demandados, fiadores solidarios, no eran insolventes por tener la titularidad del ciento por ciento de las acciones de «Maquinaria Cerezo, S.A.», y por otro lado, en que el deudor principal, aunque estuviese en suspensión de pagos, presentaba un activo superior al pasivo, razón por la que debería haberse actuado previamente a la interposición de la acción rescisoria contra «Maquinaria Cerezo, S.A.», dado el carácter subsidiario de la acción rescisoria sólo ejercitable cuando el deudor no tiene otro medio legal para el cobro.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

II. COMENTARIO

La sentencia que nos proponemos comentar plantea distintas cuestiones que debemos diferenciar.

Por un lado, debe distinguirse cuáles son los medios de acreditación de la carencia de bienes del deudor, especialmente cuando los bienes concurrentes en el patrimonio del deudor están trabados o indisponibles.

Por otro lado, cuestión distinta de la anterior aunque directamente conectada a la misma, debe determinarse si es posible el ejercicio de la acción rescisoria contra un fiador solidario sin necesidad de demandar previamente al

deudor principal, si para determinar la presencia del perjuicio rescisorio es necesario actuar previamente contra los demás codeudores solidarios.

1. CONCEPTO DE PERJUICIO RESCISORIO: PRUEBA DE LA INSOLVENCIA Y EJERCICIO CONSERVATIVO DE LA ACCIÓN

El Tribunal Supremo consideró que no procedía el primer motivo alegado al amparo del número 4 del artículo 1692 LECiv, esto es, que se hubieran infringido los artículos 1111, 1291.3, 1294 y 1297 del CC y la jurisprudencia que los interpreta, por considerar que la afirmación de que cuando los donantes cedieron sus bienes inmuebles su patrimonio no se había agotado, no estaba suficientemente demostrada. Se alegó que don Agustín C. ostentaba la titularidad del ciento por ciento de las acciones de «Maquinaria Cerezo, S.A.», que representaba 406.246.474 pesetas según la intervención judicial de suspensión de pagos. Por esta razón la parte recurrente consideraba que no había lugar a la acción rescisoria, por no mediar perjuicio y por tanto no mediar fraude.

El perjuicio es el requisito esencial de la acción rescisoria, considerado en un principio como la presencia de la insolvencia absoluta del deudor, ha ido evolucionando para adecuarse mejor a la función de la insolvencia como presupuesto de la acción rescisoria. La insolvencia relativa implica que existen otros bienes en el patrimonio del deudor pero que éstos no han de tenerse en cuenta para impedir el perjuicio porque su ejecución resulta difícil o imposible para el deudor².

El Tribunal Supremo al estudiar el caso propuesto entendió que mediaba perjuicio rescisorio porque consideró que dichas acciones carecían de un valor real, el Alto Tribunal señala que dichas acciones tenían un valor dudoso fundado en meras esperanzas, mientras no se aprobase el convenio y quedase remanente activo, porque mientras tanto, dada la falta de liquidez, podría terminarse en la quiebra que la suspensión de pagos trataba de evitar.

La lectura del texto del segundo Fundamento de Derecho de la sentencia nos presenta varias interrogantes, la principal es si un estado de falta de liquidez es suficiente para considerar presente el perjuicio rescisorio. Tradicionalmente el perjuicio se ha hecho equivaler a la insolvencia del deudor, y evidentemente una situación de falta de liquidez no se corresponde con una situación de insolvencia. Una primera apreciación podría llevarnos a afirmar que esta sentencia apartándose de la jurisprudencia tradicional ha optado por interpretar el artículo 1291.3 CC y concordantes en el sentido de que hay perjuicio rescisorio cuando se produce un grave deterioro patrimonial del deudor sin exigirse una real insolvencia³.

² FERNÁNDEZ CAMPOS. *El fraude de acreedores: La acción pauliana*. Bolonia 1998. p. 27.

³ Cierta línea doctrinal parece haber indicado la posibilidad de otorgar la acción rescisoria sin necesidad de que medie insolvencia. De acuerdo con esta línea bastaría con que el crédito resultare perjudicado, perjuicio que podría consistir en un simple deterioro del objeto gravado a favor del acreedor, desvalorización de la cosa hipotecada... En este sentido SOLAZZI en *La revoca degli atti fraudolenti nel diritto romano*. T.II. Nápoles 1945. p.238, señala que el perjuicio rescisorio no puede consistir más que en el defecto total o parcial de cumplimiento. Es decir considera que un incumplimiento del deudor es sufi-

Sin embargo, la sentencia hace una importante matización respecto al referido estado de falta de liquidez del deudor al señalar que: «...las acciones cuya titularidad ostentaba el donante carecían de valor real, teniéndolo sólo dudosamente o fundado en meras esperanzas, mientras no se aprobase el convenio y, efectivamente, quedase remanente activo, pues mientras tanto, dada la falta de liquidez, podría terminarse en la quiebra que la suspensión de pagos, como proceso preliminar quería evitar». Esto significa que el Tribunal Supremo pone el énfasis en que el estado de falta de liquidez no presenta una apariencia de situación transitoria sino por el contrario se nos presenta como un auténtico riesgo de insolvencia. Por tanto, la cuestión cambia totalmente de aspecto considerada desde esta perspectiva. En esta sentencia no se considera que el perjuicio rescisorio sea equivalente a un mero estado de falta de liquidez transitoria, todo lo contrario, se considera que el perjuicio rescisorio está presente en tanto y cuanto media un evidente riesgo de insolvencia.

El problema que se nos presenta ahora es otro: ¿Puede apreciarse el requisito objetivo de la acción rescisoria o perjuicio rescisorio cuando sólo concurre un riesgo de insolvencia?⁴ Parece que la sentencia que comentamos opta por esta posibilidad. La incógnita que queremos despejar es qué es lo que realmente llevó al Tribunal Supremo a considerar que sí mediaba perjuicio rescisorio. En el Fundamento de Derecho primero se recogen los argumentos mantenidos por la sentencia dada por la Audiencia, argumentos que el Tribunal Supremo comparte, la sentencia recurrida afirma que a los efectos de considerar el requisito objetivo de la acción rescisoria no es necesario que el acreedor probara la insolvencia, por el contrario, basta con que el acreedor no conociese la existencia de otros bienes, y que carecía de trascendencia que el demandado fuere propietario de todas las acciones de «M.C., S.A.», por encontrarse esta sociedad en suspensión de pagos con las operaciones intervenidas y fuera de la disponibilidad de su propietario, porque se consideraba que se había cumplido con el requisito objetivo de la acción rescisoria, —esto es haber perseguido los bienes en posesión del deudor y no poder hacerse pago de sus deudas por otros medios— cuando se había demostrado que los bienes donados constituían la totalidad del patrimonio personal de los

ciente para otorgar la protección rescisoria. En nuestro Ordenamiento, tal planteamiento podría parecer posible dado que nuestro CC al regular la impugnación de los actos del deudor hechos en perjuicio de acreedores, se refiere más al concepto de perjuicio que al de insolvencia. En esta línea LOHMAN LUCA DE TENA en «Apuntes para una distinta aproximación a la acción pauliana» *RJLJ. T.LXXXVIII.* mayo 1984, pp. 469 y ss., dice que el perjuicio supone la realización de una conducta imprópria que merece sanción, fundando su razonamiento en la STS de 7 de enero de 1958 que según él «deja accesible la declaración de ineeficacia del acto cuando cause un perjuicio, y no necesariamente cuando produzca una insolvencia». Se trataría esta de una posición cercana a la que se ha propuesto por cierta línea jurisprudencial francesa que acepta la rescisión por perjuicio de acreedores hipotecarios cuando éstos sean perjudicados —desvalorización del bien hipotecado— sin necesidad de que el deudor hipotecario sea insolvente. Dichas posturas se fundan en el deber de todo ordenamiento de luchar contra todo acto fraudulento, pero olvidan que en nuestro Derecho la posibilidad de ejercitar la acción rescisoria viene determinada por la presencia del requisito objetivo que supone la insolvencia del deudor —única interpretación coherente del artículo 1291.3 CC.

⁴ DÍEZ-PICAZO en *Fundamentos del Derecho civil patrimonial II*. Madrid 1993. p. 738 afirma que en determinadas situaciones de riesgo de insolvencia, como es el caso de que medie un embargo, debe concederse la acción y entenderse que el valor de la realización judicial quedaría cubierto por los créditos favorecidos por dicho embargo.

donantes o, al menos, que no se había demostrado que tuvieran otros. La sentencia recurrida, es por tanto muy aclaratoria.

Respecto al tema que estudiamos, esto es el alcance del perjuicio rescisorio, queremos destacar dos cuestiones. Primera, la no necesidad de prueba de la insolvencia; segunda, la intrascendencia de los bienes indisponibles por el deudor para determinar su estado patrimonial. En consideración con la primera de las cuestiones planteadas, la no necesidad de prueba de la insolvencia, decir que el Tribunal Supremo presenta en esta sentencia una posición avanzada que permite el real ejercicio de la acción rescisoria. La razón para no exigir la prueba aquí, es que se trata de una actividad probatoria de carácter negativo, este tipo de pruebas más que difíciles resultan imposibles. Basta con que el deudor esconda sus bienes, especialmente cuando éstos sean muebles, para lo cual muchas veces será suficiente una transformación patrimonial de bienes inmuebles en muebles, para que la búsqueda pueda resultar inviable. Incluso cuando el deudor tiene bienes inmuebles, si éstos resultaren situados fuera del alcance del acreedor⁵ –en un país remoto– las posibilidades efectivas de encontrarlos pueden resultar nulas. Son situaciones en las que el deudor realmente no es insolvente, pero aparenta serlo, situaciones de insolvencia aparente⁶ contra las que un acreedor diligente no puede luchar, por esta causa, en las que medie una apariencia de insolvencia ya sea por ocultación, por indisponibilidad geográfica por parte del acreedor, u otro motivo, resulta coherente no exigir la prueba de la insolvencia. Realmente lo único que puede probarse con certeza es que el deudor sea solvente, no que sea insolvente. Por ello, cuando de forma razonada se alega la insolvencia del deudor, y éste no contradice dicha afirmación –a pesar de su interés en el desistimiento de la pretensión contraria–, resulta pertinente considerar la presencia de dicha insolvencia. Desde la perspectiva procesal, se habrá llegado a la «verdad formal o judicial», es decir a la certeza judicial de que el deudor no tiene bienes persegubles. Este es el mecanismo que mueve la sentencia que comentamos, esto no significa que el Tribunal Supremo afirme que no ha de realizarse actividad probatoria alguna, si no que esta actividad se restringe a probar que los acreedores no conocieran la existencia de otros bienes que los donados.

La sentencia que comentamos realiza otra matización respecto a la prueba de la insolvencia, esto es la referencia a que tras la donación se constatará que el deudor no tuviera bienes suficientes para atender el pago de las deudas contraídas personalmente. Esta afirmación implica que no es necesaria la acreditación de una insolvencia absoluta traducida en una carencia total de bienes, basta con la apreciación de que los bienes restantes no son suficientes

⁵ FERNÁNDEZ CAMPOS en *ob. cit.* p. 42 afirma que el acreedor puede resultar perjudicado, aunque no medie insolvencia del deudor, si los bienes son de difícil o imposible ejecución por estar situados fuera de la jurisdicción nacional, doctrina que ya recogió la STS de 23 de junio de 1903. Se ha llegado a proponer que procede hacer una aplicación analógica del artículo 1832 CC que limita el beneficio de excusión a los bienes sitos en territorio español.

⁶ El concepto de insolvencia aparente como presupuesto suficiente para el ejercicio de la acción rescisoria fue ya admitido por los comentaristas del «Corpus Iuris Civilis» que consideraron la posibilidad de conceder la rescisión cuando los bienes en poder del deudor estuviesen ocultos. Dicho planteamiento fue recogido por los exégetas franceses y contemplado por la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo tras la publicación del Código civil: SSTS de 26 de mayo de 1903, 31 de diciembre de 1907, 1 de diciembre de 1909, 31 de diciembre de 1931, línea mantenida por las sentencias más recientes de 24 de julio de 1988 (R.A. 6139), 27 de noviembre de 1991 (RA 8493) y 15 de junio de 1992 (RA 5137).

para satisfacer el crédito reclamado. Esta cuestión está directamente relacionada con la inexigencia de previa persecución judicial. El punto de conexión lo encontramos en que en muchas ocasiones la forma de demostrar una insolvencia absoluta sería la venta judicial de los bienes, sólo mediante esta liquidación sería posible conocer si quedaba un «quantum» líquido y por tanto si realmente mediara una insolvencia total o no. Es cierto, que en otros períodos históricos cuando mediaba una insolvencia relativa se exigía convertirla en absoluta mediante una venta judicial de bienes como requisito previo al ejercicio de la rescisión, igualmente es cierto que en otros períodos históricos la previa ejecución judicial no era un medio de prueba de la insolvencia si no un verdadero requisito de procedibilidad, pero actualmente dichas posiciones están superadas. La propia sentencia que comentamos lo señala cuando indica que interpretar la necesidad de una previa persecución de bienes exigida por el artículo 1111 CC como necesidad de seguir los procedimientos hasta su final procesal, cuando se sabe que nada útil se conseguirá, resulta exagerado debiéndose descartarse dicha interpretación formalista por no ser ese el significado del precepto.

Estudiada la primera cuestión planteada, esto es, la no necesidad de prueba de la insolvencia, pasamos al estudio de la segunda, esto es la intrascendencia de los bienes indisponibles por el deudor para determinar su estado patrimonial. La sentencia que comentamos recoge esta cuestión al fundar la razón del rechazo del primer motivo del recurso de casación. Dicho motivo principalmente se basa en que el donante tenía bienes suficientes consistentes en el ciento por ciento de las acciones de la mercantil «M.C., S.A.», razón por la que se alegaba que no era insolvente y no había lugar a apreciar el perjuicio resarcitorio. La pertenencia de dichas acciones no resulta cuestionada, por el contrario es el valor de dichas acciones lo que resulta discutido. Ya hemos referido que el Tribunal Supremo apreció que dichas acciones carecían de valor real, afirmando que su valor era más que dudoso y fundado en meras esperanzas. Pero, en este caso nos encontramos con que la causa de que dicho valor sea dudoso es la existencia de una suspensión de pagos pendiente de aprobar el convenio. Nosotros nos preguntamos si esta circunstancia es suficiente para omitir del patrimonio del deudor las referidas acciones a la hora de calcular su situación. Lo cierto es que dichas acciones existen, pertenecen al donante, y por el momento sólo ha quedado acreditada la falta de liquidez del donante, pendiente la aprobación del convenio. Ante estas circunstancias cabe cuestionarse cuál es la razón última que lleva al Alto Tribunal a obviar considerar la existencia de estas acciones y su posible valor económico, porque pendiente el convenio no puede afirmarse que la quiebra sea inevitable, si no que el valor de las acciones se verá mermado.

Al respecto en el Fundamento de Derecho segundo se afirma que aunque aparentemente el activo excediese en mucho al pasivo, dada la falta de liquidez existía un riesgo de quiebra, para mayor abundamiento se reseña que no ha lugar a la persecución judicial de bienes cuando se sabe que nada útil se conseguirá, puesto que la insolvencia puede probarse con la demostración de que el deudor no tiene ya bienes con los que pagar o que los que están en su poder se encuentran gravados o afectos a cargas que disminuyen su valor en relación con lo debido y por tanto al estar el resto de los bienes sujetos a una suspensión de pagos resulta no tener utilidad práctica el embargo de acciones sujetas a tal procedimiento.

Esto significa que se opta por un uso conservativo de la acción. La impugnación rescisoria puede ejercitarse de forma ejecutiva o conservativa dependiendo de las circunstancias concurrentes⁷. Cuando se busque una finalidad inmediata de cobro habrá lugar a un uso ejecutivo de la acción, cuando se busque la mera protección del crédito habrá lugar a un uso conservativo. En el caso que estudiamos han tenido que sopesarse los diversos factores concurrentes a la hora de permitirse el ejercicio de la acción. Entre estos condicionantes debemos considerar determinante la exigencia de una tutela efectiva del derecho perjudicado. Si se hubiera entendido que no había lugar a la acción por no haberse demostrado la insolvencia definitiva en tanto que el convenio de la suspensión de pagos estaba sin aprobar, se hubiera llegado a la negación del ejercicio de la acción. Este instituto presenta de por sí tales dificultades técnicas que si además le añadimos nuevas exigencias su utilidad resultaría nula. Por ello, en los supuestos en los que los bienes restantes del deudor no sean disponibles mediando evidente riesgo de indisponibilidad definitiva, ya sea por mediar embargo, suspensión de pagos, o incluso condición suspensiva, resultaría exagerado obligar al acreedor perjudicado a esperar indefinidamente la resolución de estas situaciones⁸.

Pero es que además el propio mecanismo de funcionamiento de la acción rescisoria supone un claro límite al ejercicio de este remedio. Al presentar esta acción un plazo de caducidad de cuatro años, las más de las veces, obligar a esperar el levantamiento de un embargo, o la vuelta a la normalidad de una empresa bajo suspensión de pagos, supone tanto como impedir el ejercicio definitivo de la acción. De hecho, es más que probable que a la hora de interponer la demanda de rescisión haya transcurrido ya un período considerable de tiempo y que una vez hecha la pertinente investigación y localizados los bienes trlabados o bajo suspensión de pagos, el período restante para el ejercicio de la acción resulte escaso respecto al período de tiempo en los que normalmente se resuelven dichas medidas procesales. Por ello, en muchas ocasiones no permitir el ejercicio conservativo de la acción supone que este derecho potestativo caduque sin posibilidad de un ejercicio postergado cuando se levante el embargo o se cumpla la condición o se levante la situación de suspensión de pagos. Se nos puede criticar a la hora de mantener nuestra posición afirmando que en estos supuestos, lo que nuestro derecho prevé como medida apropiada, –v. gr.: supuesto del artículo 1121 CC– es un embargo en su caso preventivo, a lo que contestaremos que en estos supuestos procede la acción rescisoria precisamente porque no quedan bienes libres que embargar.

El ejercicio conservativo de la acción supone una ampliación del concepto de perjuicio rescisorio tradicionalmente aceptado. Supone la admisión de la acción en aquellos supuestos en los que medie un riesgo cierto de insolvencia en los que

⁷ No se trata de optar por una función, sino de considerar las posibles formas en que puede ejercitarse la acción rescisoria, cuestión señalada por ATAZ LÓPEZ en *Ejercicio por los acreedores de los derechos y acciones del deudor*. Madrid 1988 pp. 31 y ss, posición que comparten CRISTÓBAL MONTES en *La vía pauliana* Madrid 1997 p. 81 y SIRVENT GARCÍA *La acción subrogatoria* Madrid 1997. p. 259.

⁸ La STS de 31 de octubre de 1994 (RA 8005), no considera computables a la hora de determinar la insolvencia del deudor los bienes que ya están embargados. En esta línea la STS de 31 de diciembre de 1997 (RA 9412) que señala que «la insolvencia se puede probar con la demostración de que el deudor no tiene bienes libres para pagar o que los que están en su poder se encuentran gravados o afectos a cargas que disminuyen su valor en relación con lo debido».

su no ejercicio puede implicar la total desprotección del acreedor. Ahora bien, en el supuesto de la sentencia que comentamos, esto es admisión de la impugnación resarcitoria por considerar carentes de valor a las acciones pertenecientes al deudor y correspondientes a una sociedad bajo suspensión de pagos, se nos presenta la importante cuestión de determinar las consecuencias que se producirían si una vez concedida la acción finalmente la empresa logra superar su difícil situación económica. El problema podría ser grave porque se podrían haber afectado los derechos de un tercero. Esto no debe de ser un obstáculo insalvable puesto que a peores consecuencias puede llevar el no uso de la acción resarcitoria, de hecho en el supuesto objeto de nuestro estudio tanto la Audiencia Provincial como el Tribunal Supremo consideraron más adecuado admitir el ejercicio de la impugnación resarcitoria.

2. AUTONOMÍA DEL DEUDOR SOLIDARIO Y EJERCICIO DE LA ACCIÓN RESCISORIA

La sentencia que comentamos presenta otra cuestión de gran interés tanto por la complejidad del problema que se plantea como por la solución que se da a dicha problemática. Se trata de determinar si se puede ejercitar la acción resarcitoria contra un deudor solidario sin necesidad de actuar previamente contra el resto de los codeudores. La solidaridad implicaría la posibilidad del acreedor de dirigirse indistintamente contra cualquiera de los codeudores y proseguir la ejecución judicial contra él hasta el final, y ello con total independencia del hecho de que mediaren otros codeudores. Sin embargo, el instituto resarcitorio en tanto que se nos presenta como subsidiario parece encajar mal en la mecánica de la solidaridad, y parece exigir un agotamiento de los cauces judiciales alternativos antes del ejercicio de la acción resarcitoria contra cualquiera de los codeudores solidarios. Por tanto en esta sentencia se resuelve un problema que «prima facie» se nos presenta arduo y difícil.

De los hechos de la sentencia que ya hemos referido resulta que el Banco Bilbao Vizcaya concedió un préstamo a la entidad «M.C., S.A.» siendo fiadores solidarios doña Cesárea C. y don Agustín C. y que impagado dicho préstamo la entidad bancaria demandó a los fiadores solidarios despachándose ejecución de bienes y comprobándose que los bienes embargados habían sido donados a los hijos de los demandados, y que seguidamente se demandó a donantes y donatarios solicitando la rescisión de la enajenación, sin procederse previamente contra el deudor principal. El artículo 1144 CC permite al acreedor dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios, e incluso señala que las reclamaciones entabladas contra uno no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte cobrada la deuda por completo. De la lectura de este artículo se deduce que el acreedor tiene un derecho de elección y un «ius variandi». Este «ius variandi» implica que mientras la deuda no resulte cobrada por completo, el acreedor puede dirigirse contra los demás deudores solidarios. Este derecho del acreedor sólo puede verse limitado por el principio de la buena fe y la prohibición del abuso de derecho⁹. Por tanto, en principio parece que en el supuesto que

⁹ Cuestión señalada por CAFFARENA LAPORTA en *La solidaridad de deudores* Madrid 1980. p. 7 quien se opone a la posibilidad del ejercicio de este derecho sin restricción alguna. Caffarena mantiene la opinión de dos autores a los que cita: GARCÍA GOYENA y de PUIG Y FERRIOL en *Régimen jurídico de la solidaridad de deudores* p. 457.

comentamos el acreedor, mientras no tuviese totalmente cobrado su crédito, podía válidamente optar por continuar la ejecución ya iniciada contra el deudor solidario inicialmente demandado o reclamar el crédito a los restantes deudores solidarios. Y ello porque no se aprecia un quebrantamiento del principio de buena fe o un abuso de derecho en la elección de la segunda opción referida, más aún cuando el embargo de bienes había resulta infructuoso.

Una de las medidas que prevé nuestro derecho para la protección del crédito es la acción rescisoria. Parece que el uso de este instrumento es apropiado cuando la ejecución realizada contra un deudor solidario resulta imposible por la previa enajenación del bien que se pretendía embargar. Aquí el único escollo que se presenta deriva de la protección del tercero que prevé nuestro Ordenamiento y que determina el uso subsidiario de la acción rescisoria según se interpreta de la lectura del artículo 1291.3 CC. Se ha afirmado que resulta prudente y adecuado obligar al acreedor a intentar el cobro de otro modo antes de perturbar a un tercero que ha realizado una adquisición válida.

La cuestión que nos planteamos es, si puede justificarse que la protección de un tercero pueda violentar la esencia de la solidaridad. Parece que sí dado que el agotamiento de otros recursos legales para conseguir el cobro se nos presenta como un presupuesto de la acción rescisoria. Sin embargo, cabe preguntarse si este presupuesto no decae cuando el tercero que se quiere proteger resulta ser un donatario que por tanto ha adquirido lucrativamente y el deudor principal resulta ser una mercantil bajo suspensión de pagos cuyas acciones pertenecen al ciento por ciento a los donantes demandados.

Desde esta perspectiva cabría afirmar que el artículo 1291.3 CC no implica una carencia de otros recursos legales, sino simplemente la constatación de la carencia de bienes. De esta forma podríamos armonizar los regímenes de la solidaridad y el instituto rescisorio, a la vez de ampliar el campo de acción de la impugnación rescisoria¹⁰. De por sí esta opción sería válida para resolver el complicado problema planteado. En esta línea Robles Latorre¹¹ afirma acertadamente que puesto que el efecto de la rescisión es relativo y tan sólo deja ineficaz la parte del negocio que causa el perjuicio, en aras del principio de conservación de los negocios, la acción rescisoria debería ser prioritaria en su utilización respecto a otros recursos legales que puedan implicar la declaración de ineficacia absoluta del negocio y por tanto, no procedería su utilización subsidiaria. Sin embargo, creemos que, en realidad dicho supuesto no sucede en la vida jurídica por una clara razón. Esto es, que resulta requisito primordial para la viabilidad de la acción rescisoria el que el acto impugnado sea válido. Partiendo de esta premisa, difícilmente podemos pensar en un recurso legal alternativo que suponga su ineficacia absoluta,

¹⁰ El problema que presenta esta opción es superar el escollo que supone el artículo 1294 CC al señalar que la acción de rescisión es subsidiaria. Dicho obstáculo se allana si consideramos que algunos de los preceptos del capítulo V, título II, Libro IV del Código Civil vienen referidos a la rescisión por lesión y otros a la acción rescisoria, cuestión ya señalada por FERNÁNDEZ CAMPOS en *ob. cit.* pp. 82-83. De hecho el antecedente del artículo 1294 CC es el artículo 1170 del Proyecto de García Goyena referido exclusivamente a la rescisión por lesión. La propia redacción del artículo 1294 CC nos remite a la rescisión por lesión al referir los términos «perjudicado» y «reparación» frente a las expresiones «acreedores» y «cobrar» recogidos por el artículo 1291.3 CC al regular la acción rescisoria. Tampoco podríamos apoyar la exigencia de una carencia de otros recursos legales ni en nuestros antecedentes históricos ni en el derecho comparado.

¹¹ ROBLES LATORRE, en «La subsidiariedad en la acción paulina» *ADC* t. LII F. II. abril-julio 1999, pp. 663-704.

puesto que en ningún supuesto habría lugar a una anulabilidad o nulidad del mismo. De hecho los recursos legales alternativos recogidos como dudosamente prioritarios respecto a la acción rescisoria por Robles Latorre no provocan una ineeficacia absoluta del acto impugnado, tal es el caso de los supuestos de hecho contemplados por los artículos 1317 CC, 1082 CC y 117 LH, (a parte de su mayor especialización). Por otro lado no debemos olvidar que la norma contenida en el artículo 1291.3 CC se justifica en el respeto que merecen los terceros, que sólo podrán resultar perjudicados cuando no sea viable ningún otro recurso legal para proteger el crédito.

Dado que la aceptación de esta tesis parece lejos de admitirse en nuestro Ordenamiento, creemos oportuno aportar otra solución que de acuerdo con la opinión doctrinal y jurisprudencial dominante permita un cauce de solución a la hipótesis planteada.

La sentencia que comentamos afirma que la lógica implicaba proceder contra los fiadores y no contra «M.C., S.A.» precisamente por su situación de suspensión de pagos, razonamiento que en sí resuelve toda la polémica planteada y explica concisamente la opción adoptada por el Alto Tribunal, que no es otra que la apuntada por la STS de 15 de septiembre de 1997 (RA 6452)¹² en el sentido de que cuando median deudores solidarios, ha de tenerse en cuenta la insolvencia de todos ellos a la hora de conceder la rescisión. Se trata de un ejercicio conservativo de la acción puesto que se demostró en autos que los restantes deudores no tenían bienes perseguitables¹³. Se admite el ejercicio de la acción dado que resulta evidente la inutilidad de proceder contra los restantes codeudores así como porque la conservación del crédito

¹² La STS de 21 de octubre de 1998 (RA 8230), que concede la rescisión señala que: «no hay prueba alguna de que dispusieran de otros medios y aunque concurra con otros deudores solidarios, sucede que la solvencia de éstos no resultó acreditada y de esta manera los bienes trlabados no son suficientes en la actualidad para cubrir el crédito reclamado». Si bien en este caso los otros deudores solidarios sí habían sido demandados y ejecutados aunque infructuosamente.

¹³ La STS de 15 de septiembre de 1997 (RA 6452) señaló que mediando fiadores solidarios, debía tenerse en cuenta la insolvencia de todos ellos, de hecho en esta ocasión el Tribunal Supremo consideró que no procedía la rescisión de la enajenación hecha por un deudor solidario, precisamente porque se acreditó en autos que existían bienes ya embargados pendientes de ejecución pertenecientes a los restantes codeudores y que no se había procedido contra ellos. Se trata de una solución que compartimos. Peor opinión nos merecen las SSTS de 16 de junio de 1970 (RA 3114) y de 3 de octubre de 1995 (RA 7178) que destacan el carácter autónomo que asume la obligación solidaria frente al acreedor en el sentido de que le desligaría de vincularse con los restantes obligados solidarios, una vez iniciada la acción contra uno solo de ellos, añadiéndose en la última de las sentencias referidas que en los supuestos de solidaridad sería la solvencia o insolvencia del deudor o fiador contra quien acciona el acreedor, la que debería ser tenida en cuenta. En esta misma línea parece situarse MARTÍN PÉREZ en «Comentario a la STS de 3 de octubre de 1995» CCJC núm. 40, 1077, enero/marzo 1996 al indicar que los codeudores solidarios son plenamente responsables igual que si fueran deudores únicos y que dar un alcance absoluto a la subsidiariedad implicaría hacer inaplicable la rescisión en todos los supuestos de pluralidad de deudores mientras fuera posible la solvencia de uno. Nosotros, por las razones expuestas, no compartimos la tesis que defienden las SSTS de 16 de junio de 1970 y 3 de octubre de 1995, no creemos que sea objeto de la acción rescisoria el asegurar el mecanismo de la solidaridad, por ello, creemos que la opción correcta es la aportada por la STS de 15 de septiembre de 1997 en el sentido de que en los supuestos de solidaridad es la solvencia o insolvencia de todos los deudores la que se tiene que tener en cuenta, sin que ello signifique que se haya de proceder previamente contra todos ellos, si no simplemente que es necesario alegar razonadamente la insolvencia de ellos, correspondiendo al demandado demostrar lo erróneo de dicha alegación.

exige evitar el evidente riesgo en que quedaría el acreedor de no concederse la impugnación. Creemos que al acreedor le debería bastar con alegar razonadamente la insolvencia de los restantes deudores solidarios para que, huérfana de probanza en contra dicha alegación, se concediera la rescisión de la enajenación realizada por el deudor solidario inicialmente ejecutado¹⁴. Esta solución permite conciliar el instituto resisorio con las reglas de la solidaridad, porque quienes niegan la posibilidad de ejercitar la impugnación resisoria en este supuesto, exigiendo que como paso previo se haga uso de un verdadero beneficio de excusión, parten de una visión errónea del problema. Porque por un lado, en el supuesto de fianza solidaria nunca será exigible el beneficio de excusión, y por otro, de acuerdo con las reglas que rigen hoy la impugnación resisoria, puede afirmarse que dicha previa excusión tampoco es necesaria dado que no es un requisito exigible, si no en todo caso un medio de prueba no necesario cuando por otros medios puede llegarse a la convicción de que los deudores solidarios aparentemente resultan insolventes, y ya sabemos que es al deudor a quien corresponde destruir esta apariencia. Y al deudor le corresponde destruir esta apariencia de insolvencia no sólo respecto a su propio estado patrimonial si no respecto al de todos los co-deudores solidarios cuando resulte notable la insolvencia, – aun relativa, aparente o geográfica–, de éstos dado lo inútil que resultaría proceder contra ellos y por permitirlo el ejercicio conservativo de la acción, que en última instancia no supone si no un medio para la conservación del crédito. Por tanto, no es necesario violentar la naturaleza del instituto resisorio en el supuesto de solidaridad pasiva, todo lo contrario, los avances aportados por la actividad científica y práctica jurídica han abierto una vía que permite dar cauce a la rescisión en estos supuestos.

¹⁴ Se ha afirmado que en este supuesto la necesidad de probar la insolvencia de todos los acreedores solidarios para ejercer la rescisión frente a uno de ellos, impondría una actividad procesal que excedería el «ius variandi» del artículo 1144 CC que quedaría vacío de contenido en este caso, argumento recogido por GARCÍA VICENTE en «Comentario a la STS de 24 de julio de 1998» en *CCJC*, 1328 núm. 49, enero-marzo 1999, p. 147. Autor que en *ob. cit.* p. 149 añade que media una razón práctica para negar la admisión de la acción resisoria, esto es que con ella se frustra la eficacia de la fianza solidaria, por imponerse cargas procesales como la de demanda conjunta y la de la eficacia de una excepción de parecido contenido al beneficio de excusión, induciendo una huida hacia las garantías reales, con costes de administración más altos para los deudores y no necesariamente de mayor utilidad para los acreedores.

Nosotros, ante estos argumentos, creemos conveniente destacar que el uso conservativo de la acción permite dirigir la misma contra uno de los deudores sin necesidad de ejecutar previamente a los restantes deudores solidarios, haciendo uso precisamente del medio probatorio que antes hemos señalado, esto es la alegación razonada de que carecen de bienes. Esta alegación sería suficiente para invertir la carga de la prueba, y por tanto correspondería al propio deudor demandado demostrar que los restantes deudores si fueran solventes, porque en todo caso lo que no tendría este deudor sería el beneficio de excusión de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1831.2 CC.

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Nuria BERMEJO GUTIÉRREZ, Rocío DIÉGUEZ OLIVA, Antonio GÁLVEZ CRIADO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Regina GAYA SICILIA, Alfonso GONZÁLEZ GOZALO, Esther MONTERROSO CASADDO, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Susana QUICIOS MOLINA, Paloma SABORIDO SÁNCHEZ**

SUMARIO: I. *Derecho Civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derechos reales. Derecho hipotecario. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de sucesiones.–II. *Derecho Mercantil*. III *Derecho Procesal*.

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Doctrina del fraude de ley. Requisitos.–El artículo 6.4 CC señala que para que un acto se considere realizado en fraude de ley deben darse dos requisitos: *a) el acto debe realizarse al amparo de una norma* (denominada ley de cobertura); *b) que con dicho acto se persiga obtener un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico* (o contrario a él). El TS (SSTS de 13 de junio de 1959 y 20 de mayo de 1988) afirma que la doctrina del fraude de ley no busca la represión del concierto o intención maliciosa, sino el cumplimiento del ordenamiento jurídico. (**STS de 9 de septiembre de 1998**; ha lugar.)

HECHOS.–Don L.B.J. era miembro de los consejos de administración de dos entidades mercantiles (*Benito Blázquez e Hijos, S.A.* y *D.I.S.A.*, respectivamente). Dichas entidades mercantiles son competidoras en el mercado y tienen intereses contrapuestos.

Con anterioridad a la celebración de la Junta General de Accionistas de la entidad *Benito Blázquez e Hijos, S.A.*, don L.B.J. dimite como administrador de la sociedad *D.I.S.A.*, y en su lugar es nombrada su esposa.

Don G.B.J. interpone demanda contra la entidad *Benito Blázquez e Hijos, S.A.*, suplicando, entre otras cosas, la nulidad del acuerdo adoptado en la Junta General de Accionistas y la destitu-

ción de don L.B.J. como miembro del consejo de administración de la citada entidad.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estima. El TS declara haber lugar al recurso de casación, confirmando la sentencia dictada en primera instancia. (*M. J. P. G.*)

2. Interrupción del plazo de prescripción. Reclamación extrajudicial.—El artículo 1973 CC reconoce que el plazo de prescripción de las acciones se puede interrumpir mediante una reclamación extrajudicial, no sometida a ningún requisito de forma.

Interrupción de la prescripción mediante reclamación extrajudicial. Legitimación.—El TS afirma que están legitimados para interrumpir el plazo de prescripción mediante una reclamación extrajudicial, no sólo el titular del derecho, sino también un representante o apoderado (incluso sin poder especial de representación para ello), así como un mandatario verbal (por ejemplo, un abogado o un procurador). (**STS de 16 de noviembre de 1998;** no ha lugar.)

HECHOS.—El Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos interpuso demanda contra varios Ayuntamientos, suplicando se condene a los demandados a pagar determinada cantidad de dinero en concepto de honorarios profesionales devengados como consecuencia del trabajo profesional realizado por el ingeniero don A.C.L.

El abogado de la parte demandante realizó diversos requerimientos a los demandados reclamando el pago de los honorarios profesionales.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (*M. J. P. G.*)

3. Prescripción de la acción directa del tercero por el transcurso de un año.—El TS señala la inaplicación el artículo 23 LCS, que establece el plazo prescriptivo de dos años, al no existir una relación contractual directa entre la parte actora y la aseguradora de la nave puesto que «no se trata lo ejercitado de una acción del asegurado contra el asegurador, sino del perjudicado contra el seguro». Por ello, es aplicable a la reclamación el artículo 1968 CC relativo al ejercicio de la responsabilidad extracontractual del 1902 CC como consecuencia de la acción «directa» que todo perjudicado o tercero posee contra la aseguradora. El cómputo del plazo señalado en dicho precepto es de un año y el mismo debe operar desde el día en que se originó el siniestro, ya que en ese momento se pudo ejercitar la acción, de lo que resulta la admisión de la excepción de prescripción al haberse superado ampliamente dicho plazo. (**STS de 19 de septiembre de 1998;** ha lugar.)

HECHOS.—El día 24 de junio de 1990, la Compañía mercantil *CEIPSA* padece daños y perjuicios como consecuencia de un incendio ocurrido en la nave industrial alquilada y propiedad de la Compañía *TPSA*. Con fecha de 24 de septiembre de 1992 reclama extrajudicialmente a la arrendadora *TPSA* y posteriormente interpone demanda contra la misma y su Compañía aseguradora. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, siendo revocada par-

cialmente por la Audiencia, quien condena al pago a la entidad aseguradora. Interpuesto recurso de casación, el TS declara haber lugar al mismo, confirmando la sentencia dictada en primera instancia. (*E. M. C.*)

4. Figura de la simulación absoluta.—Es doctrina comúnmente admitida que la regulación legal de la simulación se halla en el artículo 1276 CC. La simulación consiste en la presencia de una causa falsa. Ello nos lleva a conceptuar la simulación absoluta en los casos en los que se crea la apariencia de un contrato, sin embargo no se desea que desarrolle vida jurídica. En estos casos, se halla afectado por la nulidad radical, según los artículos 1275, 1276, 1261.3, y 6.3 CC.

Doctrina jurisprudencial acerca de la simulación.—En lo que se refiere a la simulación como hecho, se estima como una cuestión fáctica cuya consideración es facultad del juzgador de primera instancia, sobre los que habrá de basarse la declaración de existencia de la causa o de su falsedad o ilicitud (entre otras, SS de 11 de mayo de 1970, 11 de octubre de 1985, 5 de marzo de 1987, 12 de diciembre de 1991, 29 de julio de 1993 y 19 de junio de 1997); y se revela mediante pruebas indiciarias (SSTS de 24 de abril de 1984 y 13 de octubre de 1987). Consiste en una apariencia engañosa, careciendo de causa el contrato, con una finalidad ajena al negocio (S de 19 de julio de 1984), sin existir, por tanto, causa que nominalmente se exprese, respondiendo a otra finalidad jurídica (S de 1 de julio de 1988); de ahí que exista un vicio en la causa y que éste sea inexistente, puesto que la causa falsa equivale a su no existencia, lo que produce la nulidad del negocio, en tanto que no se pruebe la existencia de otra verdadera y lícita (SSTS de 15 de marzo de 1995, 18 de julio de 1989, 23 de mayo de 1980, 21 de marzo de 1956). En cuanto a la simulación absoluta, una de las formas utilizadas es la disminución ficticia del patrimonio, con la sustracción de bienes a la ejecución de los acreedores, conservando el falso enajenante el dominio, casos como los de compraventas que carecen de precio, siendo inexistente dicho contrato por ser simulado el precio, con la finalidad de sustraer el bien de la perseguidabilidad de los acreedores (SSTS de 21 de abril y 4 de noviembre de 1964, 2 de julio de 1982, 24 de febrero de 1986, 5 de marzo y 4 de mayo de 1987, 1 de octubre de 1990, 24 de mayo de 1995, 26 de marzo de 1996, 29 de septiembre de 1988). (**STS de 21 de septiembre de 1998;** no ha lugar.)

HECHOS.—Don Vicente G. C. fue condenado en 1983 por delito de estafa con perjuicio de don Florentino O. R., por lo que, en concepto de responsabilidad civil, se trabó embargo de diversas fincas del deudor. Sin embargo, en 1985, el condenado y su esposa vendieron y donaron los mencionados bienes inmuebles a don Martín G.S y a sus hijos. La Audiencia Provincial en 1988 les declaró autores de un delito de alzamiento de bienes, ganando firmeza la decisión. En 1992, se presenta ante el Juzgado de Primera Instancia demanda de juicio declarativo de don Florentino O. R. contra los demandados esposos y los supuestos compradores y donatarios de los bienes inmuebles, solicitando la nulidad de las escrituras públicas de compraventa y donación, por tratarse de negocios jurídicos simulados de exclusiva finalidad ilícita. Se estima la demanda, y la sentencia es recurrida en apelación. Se desestima el recurso, confir-

mándose íntegramente la sentencia. Se interpone recurso de casación ante el TS. (P. S. S.)

DERECHO DE LA PERSONA

5. Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona. Jurisdicción competente para conocer asunto en que se alega privación, en contra del principio de igualdad, de la nacionalidad española.—La cuestión suscitada tiene naturaleza civil, ya que en materia de nacionalidad, tanto por tradición como por ubicación de las normas reguladoras, la jurisdicción civil ha sido por regla general la competente para conocer de los asuntos litigiosos; ello sin perjuicio de la lógica intervención administrativa en la organización y documentación de los registros sobre el estado civil y las potestades conferidas a la Administración respecto de la nacionalidad no originaria. Pero como en el caso enjuiciado lo que se solicita es el reconocimiento de la nacionalidad española de origen, resulta indudable la competencia del orden jurisdiccional civil, sin que quepa apoyarse para defender lo contrario en la remisión que el artículo 22 CC hace a la «vía contencioso-administrativa». Tampoco es de recibo acudir a la literalidad de la DT 2.^a LOTC para justificar la necesidad de la vía administrativa, pues es más razonable una interpretación analógica de dicha norma, que denota la laguna por falta de desarrollo normativo del artículo 53.2 CE, y su aplicación, por tanto, a aquellos casos en que deba seguirse la vía civil.

Nacionalidad de los saharahuis durante el tiempo de tutela de España sobre el territorio del Sahara Occidental.—Fue la española, pues conforme a las reglas generales sobre nacionalidad «los naturales del territorio colonial carecen de una nacionalidad distinta de los del Estado colonizador, dado que no poseen una organización estatal propia». Cuestión distinta es que en la práctica se impusiesen restricciones al *status civitatis* de la población colonizada.

Consolidación de la nacionalidad española por saharahui. Artículo 18 CC.—El título exigido por el precepto, en el caso presente, es la condición de «español indígena», nacido en territorio considerado español. El que este territorio fuera luego considerado no español «no significa que al amparo de la calificación, bajo la que se desarrollaron o tuvieron ocurrencia los hechos determinantes del título, no se produjera una apariencia legitimadora, pese a la anulación posterior de la razón jurídica sustentadora». Como medios de prueba para demostrar la «posesión y utilización continuada de la nacionalidad española» deben tenerse en cuenta aquellos «signos de la posesión de estado» que acreditan indirectamente los datos de hecho que constan en «documentos administrativos» propios de los españoles u otros (pasaporte español, documento nacional de identidad bilingüe, prestación de servicios para la potencia colonizadora, etc.). El actor también acumuló, junto al *nomen*, el *tractatus* y la fama: la comunidad nacional y él mismo se comportaron en sus relaciones internas como si fuera español, teniéndose como tal tanto en el disfrute de sus derechos como en el cumplimiento de sus deberes en relación con órganos del Estado español. Por otra parte, hay que dar por probado que el nacimiento que acreditaba su condición de «español indígena» se inscribió en el Registro Civil, pues realizadas todas las gestiones oportu-

tunas por el interesado correspondía al Estado, como demandado, haber favorecido el desarrollo de la prueba o practicar la procedente contraprueba.

Vulneración del principio de igualdad.—La RDGRN que deniega al actor la nacionalidad española lesiona el derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley. Se le discrimina equiparando a saharahuis que se hallan en situación legal diferente: el Decreto de 10 de agosto de 1976, aplicado al caso por dicha resolución, distingue dos grupos de naturales saharahuis, en ninguno de los cuales cabe incluir al actor, ya que ni se hallaba, por entonces, residiendo en España ni en el extranjero, sino en el Sahara, y ya que dispone de documentos distintos a los exigidos a aquéllos, que inequívocamente acreditan en su favor el ejercicio de actividades propias del nacional español. Y se le discrimina también positivamente, dando un trato desigual a quien es igual a las personas que tienen derecho a la nacionalidad española, concretamente por aplicación del artículo 18 CC. (**STS de 28 de octubre de 1998; ha lugar.**)

HECHOS.—Don B.M.M.H., nacido el 19 de marzo de 1950 en El Aaiun, provincia del Sahara, promovió juicio incidental de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, sobre protección jurisdiccional de los derechos de la persona (concretamente dentro del marco que delimita la Sección 3.^a de dicha Ley —«Garantía jurisdiccional civil»), contra la RDGRN de 9 de septiembre de 1993, que había declarado no tener derecho el actor a la nacionalidad española, pese a haber invocado éste también la «nacionalidad de hecho». El demandante, para conseguir el reconocimiento de su nacionalidad española, había intentado obtener el certificado de inscripción de su nacimiento, expidiéndose certificación negativa por el Registro Central en la que se hace constar «que examinados los ficheros que obran en este Registro Civil no figura dato alguno de la inscripción que se menciona» (durante la sustanciación del proceso el citado Registro volvió a manifestar la «imposibilidad de remitir» la expresa certificación). La misma suerte desestimatoria corrió su solicitud ante la DGRN de «recuperación de su nacionalidad». El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda interpuesta contra el Estado español y el Ministerio Fiscal, al apreciar la excepción de falta de jurisdicción. Esta decisión se confirmó por la Audiencia Provincial, precisando que el orden jurisdiccional competente era el contencioso-administrativo. El TS valora que el actor disfrutaba de «pasaporte español», en el que consta expresamente su nacionalidad española y que fue utilizado en diversas ocasiones para salir al extranjero, expedido en El Aaiun (Sahara) —que figura también como lugar de nacimiento— el 21 de diciembre de 1973 y con fecha de caducidad de 20 de diciembre de 1978. Que asimismo está en posesión del Documento Nacional de Identidad (Sahara) bilingüe que acredita que nació en Aaiun (Demarcación de Aaiun) el 19 de marzo de 1950. Y además que justifica documentalmente los servicios prestados, durante más de tres años (de 1967 a 1970), en el antiguo Gobierno General del Sahara español, y posteriormente (de 1970 a 1975) en la Gerencia Provincial del Programa de Promoción Obrera de la Delegación Provincial (Sahara) del Ministerio de Trabajo. Por último, se resalta que el carnet escolar del actor corresponde al «Instituto Nacional de Enseñanza Media de Aaiun

(Sahara)» y que, al ser nombrado Jefe Territorial de la Organización Juvenil del Sahara (órgano integrado en el Movimiento), prometió, entre otras cosas, «sentir la responsabilidad de ser español dentro de la necesaria comunidad de los pueblos». (S. Q. M.)

6. Derecho al honor.—La divulgación de la noticia falsa de una supuesta relación extramatrimonial entre dos personajes públicos, cuando no se ha empleado la diligencia exigible a un periodista para contrastar su veracidad, supone la vulneración del derecho al honor de tales personas.

Responsabilidad del director y el editor de un programa radiofónico por los ilícitos de sus empleados.—De acuerdo con la doctrina jurisprudencial, el artículo 65.2 de la Ley de Prensa e Imprenta de 18 de marzo de 1966, casi en su totalidad derogada, sigue en vigor a los efectos de establecer la responsabilidad directa y solidaria del autor de la noticia, el director y el editor del medio en que se comunica, lo que es aplicable igualmente a la radio.

Colisión entre el derecho al honor y a la intimidad y el derecho a informar.—Si bien la comunicación de una noticia creada y divulgada por un tercero puede estar amparada por el derecho a la información, aunque aquélla resulte ser falsa, cuando se reproduce de forma objetiva, se produce sin embargo un atentado contra el derecho al honor de las personas a las que hace referencia cuando la noticia se hace propia, se amplia con datos personales y familiares, se trata con un sensacionalismo que sobrepasa la función informadora y se refiere a algo que carece de relevancia pública.

Límite al artículo 20.1 a) CE.—El único límite del derecho a la libertad de expresión es la exigencia de supresión de todo aquello que resulte injurioso o vejatorio o sea innecesario para la exposición de los pensamientos, ideas u opiniones.

Derecho a la intimidad y derecho al honor.—Cuando los hechos de los que se informa son inveraces no puede haber intromisión en la intimidad de la persona, pero sí vulneración de su derecho al honor, siendo el resultado el mismo en uno y otro caso a efectos del artículo 9 de la Ley Orgánica de protección del honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen.

Alegación de falta de legitimación pasiva *ex novo* en casación.—Constituye una falta de lealtad procesal, al reducir las posibilidades de defensa de la parte contraria, por lo que no puede ser planteada en este estadio del proceso. (STS de 24 de septiembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Los actores, un matrimonio aristocrata, interpusieron demanda contra una periodista radiofónica, el director de programación y la emisora difusora del programa por intromisión ilegítima en su honor, al entender que la noticia difundida por la primera, relativa a una supuesta relación sentimental entre la esposa demandante y un conocido banquero, no sólo era falsa, sino que había sido divulgada sin una previa constatación de veracidad llevada a cabo de manera diligente. Demandaron igualmente a un periodista de prensa escrita, al director de la revista para la que éste trabajaba y a la editora por un reportaje publicado en ésta que no sólo se hacía eco de la noticia radiodifundida, sino que la ampliaba de manera sensacionalista. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda en sentencia que fue confirmada por la Audiencia Provincial. (A. G. G.)

7. Colisión entre el derecho al honor y la libertad de información.—El derecho a difundir información prevalece sobre el derecho al honor cuando existe un interés general por el conocimiento de los hechos difundidos y se cumple el requisito de la veracidad de la noticia (STC de 15 de febrero de 1994).

Colisión entre el derecho al honor y la libertad de información.—**Requisito de veracidad de la noticia.**—Para que se cumpla este requisito no es necesario que los hechos relatados sean reales, sino que basta con que se busque la verdad de manera diligente, asegurándose de esta manera la seriedad del esfuerzo informativo (STC de 15 de febrero de 1994). Esta diligencia concurre y, por ello, no se produce ningún atentado contra el honor cuando un periodista se ajusta al contenido de una nota de prensa para redactar un artículo periodístico, al haber entendido el TC en sentencia de 31 de mayo de 1993 que «la difusión de una nota de prensa por los responsables de la seguridad pública del lugar constituye una manifestación del derecho a recibir información, en cuanto facilita la difusión y recepción de información veraz».

Límites del derecho a la propia imagen.—Las excepciones a la ilegitimidad de la intromisión en el derecho a la propia imagen del artículo 8.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, no han de ser interpretadas como una lista cerrada, sino meramente enunciativa, de forma que tienen cabida otras excepciones que surjan de las circunstancias del caso. Así sucede cuando se publica una fotografía del demandante, detenido como supuesto autor de un crimen, como accesoria al artículo periodístico que es lícito en aras de la libertad de información. (STS de 25 de septiembre de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Don A. A. instó procedimiento incidental de protección al honor y a la propia imagen contra la empresa editora del diario *La Vanguardia*, su director y el redactor de un artículo que, ajustándose al texto de una nota de prensa emitida por el Gabinete de Prensa de la Jefatura Superior de Policía de Barcelona, identificaba al demandante, cuya fotografía se publicaba junto al texto, como uno de los supuestos autores de un homicidio acaecido años antes, dándose la circunstancia de que éste fue puesto en libertad sin fianza quince días después, no siendo finalmente procesado. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Recurrida esta sentencia por el actor, fue revocada por la Audiencia Provincial, que condenó a los demandados al pago solidario de una indemnización de 500.000 pesetas. (A. G. G.)

8. Intromisión ilegítima en los derechos al honor y a la intimidad.—**El ejercicio de la acción penal conlleva la extinción de la civil.**—En el artículo 24.1 CE se incardina el derecho a elegir la vía judicial que se estime más conveniente para la protección de intereses legítimos, precepto de aplicación al derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, pues admite una doble vía de protección: penal y civil. El ejercicio exclusivo de la acción civil implica la extinción de la penal (art. 112.2 LEC). Asimismo, entiende el TS que el ejercicio de ésta conlleva la extinción de aquélla, por varias razones. En primer lugar, porque se trata del ejercicio de un derecho de opción, careciendo de sentido permitir acudir posteriormente a la vía no escogida. En segundo lugar, porque si pudiera ejercitarse la acción civil una vez fallida la penal, se estaría prolongando de manera indefinida la

posibilidad de reclamar, lo que es contrario a la noción de caducidad por la que la Ley Orgánica 1/1982 se decantó. Tercero porque, al acumularse la pretensión indemnizatoria civil de ordinario a la reclamación penal, no se produce indefensión. Y, por último, por el principio de seguridad jurídica.

Intromisión ilegítima en los derechos al honor y a la intimidad.

Caducidad.—El artículo 9.5 de la Ley Orgánica 1/1982 establece un plazo de caducidad de las acciones de protección de estos derechos de cuatro años, el cual no puede ser interrumpido ni suspendido, salvo, según una doctrina jurisprudencial —entre otras, la STS de 8 de noviembre de 1983— causa de fuerza mayor o cualquier otra causa ajena a la voluntad de los litigantes, circunstancias que no se dan en el caso. (**STS de 28 de septiembre de 1998;** ha lugar.)

HECHOS.—Doña I.P.A., como consecuencia de unos comentarios hechos en un programa radiofónico los días 27 de noviembre y 4 de diciembre de 1985 en los que se hacía referencia a su relación con el Sr. B. y a las supuestas técnicas amorosas por ella empleadas, presentó querella criminal por el delito de injurias graves el 7 de febrero de 1986, siendo sobreseído el proceso en marzo de 1991 por entenderse que los hechos carecían de relevancia penal, acordándose la reserva de las acciones civiles que se pudieran ejercitar. En junio de 1991 acudió la actora a la vía civil para presentar demanda por intromisión ilegítima en su derecho al honor o, en su caso, intimidad. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda en sentencia que confirmó con posterioridad la Audiencia Provincial.

NOTA.—La sentencia es objeto de dos votos particulares discordantes. En el primero, el Magistrado Martínez-Calcerrada discrepa de la opinión del Tribunal al considerar, por un lado, que el ejercicio de la acción penal no extingue la acción civil y, por otro, que, ejercitada la acción penal en plazo, se suspende la caducidad de la acción civil hasta que se decida en relación con la primera. En el segundo, el Magistrado Marina Martínez-Pardo insiste en que el ejercicio de la acción penal no entraña la extinción de la civil, pues no hay ley que así lo declare, y señala que la prolongación anormal del proceso penal es causa ajena a la voluntad del ofendido que impidió el ejercicio de la acción civil en plazo. (*A. G. G.*)

9. Colisión entre el derecho al honor e intimidad personal y la libertad de información. Directrices para su solución.—El TC ha establecido las directrices a tener en cuenta para la solución de este conflicto de derechos. En primer lugar, no cabe fijar apriorísticamente los límites de los mismos, sino que se hará caso por caso. En segundo lugar, la libertad de información, por su doble carácter de libertad individual y de garantía institucional de una opinión pública libre y, en esa medida, del pluralismo político dentro de un Estado democrático, ocupa una posición prevalente, aunque no jerárquica ni absoluta, en relación con los derechos de la personalidad del artículo 18 CE, siempre que la información transmitida sea veraz —diligentemente comprobada— y de interés general. Efectivamente, sólo la relevancia comunitaria justifica el sacrificio de los derechos individuales al honor y la intimidad de una persona (**SSTC de 23 de marzo y 26 de junio de 1987, 12 de noviembre**

de 1990, 14 de febrero y 30 de marzo de 1992, 28 de abril y 4 de octubre de 1993, 7 de julio de 1997 y 28 de mayo y 31 de julio de 1998).

Colisión entre el derecho al honor y a la intimidad personal y la libertad de información. Requisito de veracidad.—La información no satisface la exigencia de veracidad cuando, aun pudiendo ser cierta, no responde a una averiguación correcta o ética. No se considera obtenida rectamente la información extraída de un sumario en tramitación, dado que éste ha de permanecer secreto para el público. (**STS de 15 de noviembre de 1998; ha lugar.**)

HECHOS.—En el periódico *El Mundo del Siglo XXI* se publicó un reportaje sobre el narcotráfico en España donde se citaba entre los blanqueadores de dinero negro en nuestro país a un despacho de abogados gibraltareños. Interpuesta demanda por intromisión en su honor por éstos, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimatoria. La Audiencia Provincial, sin embargo, revocó la sentencia por entender, a la vista de la prueba practicada, que la información emitida era veraz, dado que respondía a una investigación real llevada a cabo por un Juzgado de instrucción dentro de un sumario en tramitación. (*A. G. G.*)

10. Persona jurídica. Doctrina del levantamiento del velo. Aplicación.—Su finalidad de *numerus apertus* hace que se aplique cuando a través de la creación de una persona jurídica se incurre en mala fe —art. 7.1 CC—, fraude de ley —art. 6.4 CC— o abuso de derecho —art. 7.2 CC— en daño ajeno —art. 10 CE—, constatados mediante el examen prudente del caso concreto, sin que se requiera necesariamente el desplazamiento de elementos patrimoniales de una a otra entidad ni la desaparición de una de ellas.

Persona jurídica. Doctrina del levantamiento del velo. Prueba.—La citada doctrina se basa en la prueba de presunciones obtenidas a partir de los hechos verificados y no en pruebas directas, dado que si existiera prueba directa de la vinculación entre las dos sociedades no habría velo que levantar. La presunción puede ser atacada bien probando ser otros los hechos en los que se funda, bien poniendo en evidencia un error en el proceso lógico-deductivo a través del cual se infiere de los hechos probados la existencia de una «confusión voluntariamente producida en la composición» de las dos sociedades.

Motivos de casación.—La supresión del motivo de casación que contemplaba el error en la apreciación de la prueba basado en documentos obrantes en autos impide que puedan atacarse en este momento los hechos considerados probados en primera y segunda instancia, siendo únicamente susceptible de impugnación el error de derecho en su valoración. (**STS de 5 de noviembre de 1998; no ha lugar.**)

HECHOS.—Don J.P.M., accionista mayoritario y vocal del consejo de administración de *Equipos Mecánicos, S.A.*, aceptó como representante de ésta cuatro letras de cambio a la mercantil *Benati, S.P.A.* Con posterioridad, en junio de 1987, dimitió de su cargo, al tiempo que la sociedad cambiaba de domicilio y, poco después, de nombre, volviendo a cambiar de domicilio una vez más antes de instar la suspensión de pagos en diciembre de 1989, en cuyo convenio judicialmente aprobado figuraba la demandante como acreedora de 18.790.330 pesetas. En febrero de 1987 *Equipos Mecánicos*

Servicios, S.A. comenzó sus operaciones, siendo su accionista mayoritario el mismo J.P.M., teniendo idéntico objeto social que la entidad anteriormente citada y compartiendo el domicilio social con ella por espacio de más de un año. Se daban asimismo las circunstancias de que algunos trabajadores de la primera pasaron a la segunda y de que era ésta distribuidora en exclusiva de los productos de *Benati Macchine, S.P.A.*, sucesora de *Benati, S.P.A.*, en dos tercios de la península. Demandó ésta a su deudora y a *Equipos Mecánicos Servicios, S.A.*, estimando el Juzgado de Primera Instancia en parte la demanda, condenando a *Equipos Mecánicos, S.A.*, y absolviendo a la otra demandada por falta de legitimación pasiva. Recurrida la sentencia en apelación por la demandante, la Audiencia Provincial revocó en parte la sentencia de la instancia, condenando solidariamente a las codemandadas al pago de la cantidad debida. (A. G. G.)

11. Colegios Oficiales de Farmacéuticos. Jurisdicción competente para decidir sobre el pago de cuotas.—Los Colegios Oficiales de Farmacéuticos son Colegios Profesionales Provinciales, los cuales pueden definirse como corporaciones de derecho público que agrupan a sectores de base privada con el fin de velar por los intereses de sus miembros. Sus decisiones se encuentran sometidas al control jurisdiccional contencioso-administrativo cuando se refieren a la defensa de la corporación, constitución de sus órganos, régimen electoral, decisiones sobre colegiación y disciplina o aprobación de presupuestos. En relación con el pago de cuotas de los Colegios Oficiales de Farmacéuticos al Consejo General, el artículo 19 del Reglamento que rige este último le legitima para reclamar judicialmente las cantidades insatisfechas, sin concretar el orden jurisdiccional competente. Considera el TS que le corresponde al orden civil su enjuiciamiento, en función de la competencia residual que tiene sobre las cuestiones que no han sido expresamente sometidas a otro orden distinto. Estima igualmente competente al orden civil por aplicación del artículo 9.2 LOPJ. (STS de 28 de septiembre de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—El Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos interpone demanda contra el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Valencia por impago de las cuotas correspondientes a los meses de septiembre de 1991 a marzo de 1992. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial desestimaron la demanda por incompetencia de jurisdicción. (A. G. G.)

12. Colegiación obligatoria.—La obligación de inscribirse en el Colegio profesional, establecida por el artículo 39 del Estatuto reglamentario de la profesión colegiada de Odontología y Estomatología, aprobado por Orden Ministerial, no vulnera los derechos y principios de libertad asociativa y sindicación establecidos en los artículos 22, 28 y 36 CE (en este sentido, las SSTC 123/1987, 89/1989 y 35/1993) ya que esta adscripción obligatoria no constituye un límite o restricción al derecho a asociarse o sindicarse, permitiendo la participación y afiliación de los profesionales colegiados en asociaciones u organizaciones sindicales en defensa de sus intereses, con cita de la STC 194/1998.

Competencia de jurisdicción.—El TS señala, con base en el artículo 1 LCP y STC de 15 julio de 1987, que los Colegios Profesionales son corporaciones de derecho público, pero su faceta asociativa privada está sometida al Derecho civil. En aquellos temas relativos a decisiones sobre colegiación y disciplina, por su evidente matiz de derecho público, son competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. Como requisito previo al sometimiento a la jurisdicción contencioso-administrativa de los actos emanados de los órganos colegiales, una vez agotados los recursos, es necesario, en virtud del artículo 8 LCP, en consonancia con el artículo 1.2, c) de la Ley de 27 de diciembre de 1956, la presencia de un acto administrativo; en el caso que nos ocupa, de un acto emanado del órgano colegial y supeditado al derecho administrativo. Y tal previo presupuesto y manifestación de un acto administrativo lo constituyó los reiteradas requerimientos del Colegio para la incorporación del estomatólogo al mismo. Por lo que, concluye el TS, debe acudirse al orden jurisdiccional contencioso-administrativo. (**STS de 26 de noviembre de 1998; no ha lugar.**)

HECHOS.—El Colegio Oficial de Odontólogos y Estomatólogos actor demanda a un profesional, por ejercer la estomatología sin encontrarse colegiado amparándose en encontrarse ya inscrito en una organización que agrupa a la clase médica, solicitando su alta y el abono de las cuotas derivadas de la obligatoria colegiación. El Juzgado de Primera Instancia estima la sentencia, revocada por la Audiencia, en apelación, estimando la excepción dilatoria de falta de jurisdicción. El TS desestima el recurso presentado, señalando la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. (*E. M. C.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

13. Nulidad de los contratos por dolo en el consentimiento: anulabilidad.—La nulidad contractual que el Código Civil regula para los contratos en los que exista vicio en el consentimiento, se ha de entender referido a la figura doctrinal de la anulabilidad. Ha de estimarse el contrato anulable como inicialmente eficaz, ya que únicamente es el sujeto al que la invalidez se dirige a proteger el que puede alegarla. La eficacia lo será de *tipo claudicante*, en la medida en que se considera al contrato válido, en tanto no se impugne, y «no sea firme la resolución judicial que declare su anulación».

Concepto de dolo.—Conducta insidiosa reflejada mediante maquinación directa; cabe la posibilidad de dolo en conductas pasivas, en reticencia del que omite o no advierte debidamente a la otra parte (S de 15 de junio de 1995).

Ejercicio de la *exceptio dolii* como medio eficaz para alegar vicio en el consentimiento.—El principio de economía procesal exige como solución la posibilidad de la citada alegación; a más, es inadmisible que el dolo quede impune ante la negación de la vía excepcional. El ejercicio de los derechos sujetivos no se lleva a cabo únicamente mediante acciones propiamente dichas (demandante), «sino también a través de las correspondientes excepciones que contrarrestan la acción contraria y que responden a la posición

procesal de demandado». La sentencia de 13 de octubre de 1989, en cuanto a lo tratado, recordaba cómo la *exceptio doli* era concedida por el pretor en Derecho civil romano para que el defraudado pudiera defenderse de la acción entablada por la otra parte para el cumplimiento del negocio viciado. Todo ello según lo establecido en el artículo 1300, en relación con el 1265 CC. (STS de 27 de noviembre de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad Automóviles R. demandó en juicio de menor cuantía a la sociedad G.E. solicitando resolver el contrato de exclusiva de transporte por incumplimiento de la demandada, así como indemnización de daños y perjuicios. La misma ejercitó la *exceptio doli* como contestación a la demanda, alegando que el consentimiento de G.E. estuvo viciado *ab initio*, puesto que su representante poseía intereses indirectos a través de las acciones de la sociedad de Automóviles R., de las que su esposa era titular. La primera instancia desestima la demanda, que es recurrida ante la Audiencia Provincial, en cuya sentencia estima en parte el recurso de apelación, declarando resuelto el contrato de transporte en exclusiva. La sociedad demandada G.E. interpone recurso de casación ante el TS, casando el mismo la sentencia dictada por la Audiencia.

NOTA.—Ver el comentario a la voz *Anulabilidad* en la Enciclopedia Jurídica, Tomo I, pp. 476 y ss. a cargo de J. M. Miquel González. Las construcciones dogmáticas en cuanto a este tipo de ineficacia son dos: anulabilidad como ineficacia estructural sobrevenida, siendo válido y eficaz el contrato anulable hasta que no se ejerzte la acción de nulidad, que sería retroactiva. En contraposición con lo anterior, se entiende por otra opinión doctrinal que el negocio en sí posee un vicio invalidante, pero sanable a voluntad del legitimado para ejercer la acción. La sentencia anotada participa de la primera tesis. Debemos recordar la existencia de una tercera postura (Miquel González) según la cual la naturaleza de la anulabilidad depende desde el punto de vista desde el que se observe el contrato. La anulabilidad es ineficacia relativa ya que «uno de los contratantes queda vinculado si el otro quiere pero no a la inversa». (P. S. S.)

14. Contrato oneroso de cesión de negocio celebrado «a perpetuidad». Nulidad absoluta por ser contrario al orden público. Causa ilícita.—El contrato litigioso no fue celebrado por plazo o tiempo indeterminado o indefinido, «sino que se estipuló prácticamente la duración del mismo “a perpetuidad”, la cual es opuesta a la naturaleza temporal de toda relación obligatoria, integrando una limitación de la libertad del deudor, contraria al orden público (véase el art. 1583 CC)». En este mismo sentido tiene declarado la S de 16 de diciembre de 1985 que la perpetuidad es «opuesta a la naturaleza misma de la relación obligatoria, al constituir una limitación a la libertad que debe presidir la contratación, que merece ser calificada como atentatoria al orden jurídico».

Interpretación de los contratos. Facultad exclusiva del tribunal a quo salvo que resulte ilógica o irracional.—«Es reiterada doctrina de esta Sala, cuya notoriedad excusa una cita pormenorizada de la misma, la de que si bien la interpretación de los contratos es, en principio, función propia de

los juzgadores de la instancia, el resultado hermenéutico por éstos obtenido puede, sin embargo, ser sometido a esta revisión casacional, cuando con el mismo se llegue a conclusiones absurdas o ilógicas, siendo éste el supuesto aquí contemplado». (STS de 26 de octubre de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Don Raimundo C. S. interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra doña Susana S. G. solicitando se declarase la resolución del contrato de cesión de un establecimiento receptor de Apuestas legalmente autorizado por el Organismo Nacional de Loterías y Apuestas del Estado (ONLAE), y subsidiariamente y para el caso de no estimarse, se declarase la validez del mismo y se condenase a su cumplimiento. Contestada la demanda, la parte demandada formuló reconvención solicitando se dictara sentencia declarando la nulidad radical del contrato mencionado. El Juez de Primera Instancia dictó sentencia estimando la demanda y desestimando la reconvención y declaró su resolución por incumplimiento.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Bilbao dictó sentencia desestimando el recurso interpuesto por la demandada y estimó parcialmente el interpuesto por el demandante en el sentido de condenar a aquélla a abonar al actor los daños y perjuicios a determinar en ejecución de sentencia. Ambas partes recurrieron dicha sentencia en casación y el TS declaró haber lugar al interpuesto por la demandada y declaró la nulidad absoluta del contrato de cesión del negocio por haberse estipulado prácticamente «a perpetuidad», y declaró asimismo no haber lugar al interpuesto por el demandante.

NOTA.—Las dos cuestiones abordadas por el TS en esta sentencia en relación al recurso interpuesto por la parte demandada se encuentran íntimamente relacionadas. La declaración de nulidad radical del contrato litigioso de fecha 1 de agosto de 1989 por el Alto Tribunal, dando lugar a la casación de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Bilbao, supone la revisión en casación de la interpretación que esta última realizó del contrato que dio lugar al litigio. Excepcionalmente, es admisible dicha revisión cuando la interpretación llevada a cabo alcanza un resultado irracional, absurdo o ilógico, como en el caso que nos ocupa.

La Audiencia Provincial califica al contrato como pactado por tiempo indefinido, cuando para el TS «de la simple lectura de la cláusula tercera en relación con la sexta de dicho contrato se desprende claramente que fue estipulado a perpetuidad». A esta conclusión llega tomando en consideración tanto las palabras literales de las estipulaciones pactadas en el mismo («para siempre», dice, aunque en otro lugar puede leerse: «el plazo de duración del presente documento de cesión de negocio es indefinido a contar de la firma del presente contrato») como por el hecho de que para el caso de fallecimiento de los propietarios del local de negocio los beneficios deban ser abonados a los herederos de los mismos sin establecerse limitación alguna en este sentido, siendo la consecuencia jurídica que se deriva de tal interpretación la nulidad absoluta del contrato por ser, de acuerdo con el artículo 1583 CC, contrario al

orden público (en el mismo sentido, S de 16 de diciembre de 1985, citada por la presente). (A. G. C.)

15. Contrato de adhesión: Cláusula abusiva; sumisión expresa.—La cláusula de sumisión a favor de los juzgadores y Tribunales de Madrid, aparece impresa en el contrato de publicidad para inserción de anuncios en la Guía Telefónica de Granada, y se presenta como típica cláusula de adhesión aunque esté antes de la firma de los contratantes, por haber sido redactada por el contratante que la impone, ya que dicho pacto de competencia no es objeto de negociación bilateral que supone expresión conforme de las voluntades concordes de los contratantes, lo que determina la nulidad del mismo según STS de 23 de julio de 1993, 20 de julio de 1994 y 25 de noviembre de 1996.

Aplicación del Derecho Comunitario.—La doctrina jurisprudencial ha venido atendiendo a la Directiva de 5 de abril de 1993, como Derecho comunitario superior, y cuya transposición ha efectuado la Ley de 13 de abril de 1998 sobre condiciones generales de la contratación, y es lo que tiene en cuenta la STS de 27 de abril de 1998 que resolvió un supuesto idéntico, repudiando abusiva la cláusula de sumisión expresa, ya que obliga a los interesados en la publicidad ofertada a pleitear en Madrid, lo que siempre se presenta difícil y gravoso económicamente cuando se trata de litigantes de otras provincias, y beneficia con desmesura notoria a la Compañía Telefónica, que mantiene una red comercial en todo el territorio del país, con sus correspondientes servicios, ocasionando con este proceder alteración de la competencia normal al imponerla en sus contratos, lo que representa un privilegio que desequilibra la posición paritaria que los contratantes deben mantener en las obligaciones recíprocas que convienen (STS de 18 de septiembre de 1998; resolviendo competencia a favor del Juzgado de Primera Instancia de Granada.) (G. G. C.)

16. Contrato de adhesión. Cláusula redactada con letra «diminuta».—La existencia de un contrato de adhesión, entendiendo como tal «aquel en que la esencia del mismo, y sus cláusulas han sido predisuestas por una parte e impuestas a la otra, sin que ésta tenga la posibilidad de negociarlas, hacer contraofertas ni modificarlas, sino simplemente aceptarlas o no» (FD 2.º, STS 13 de noviembre de 1998), mantienen la libertad de contratar (libertad de celebrar o no el contrato), pero no la libertad contractual (libertad de ambas partes, no de una sola, de establecer las cláusulas que acepten mutuamente). Definidas dichas cláusulas en el artículo 1 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, Ley 7/1998, de 13 de abril, como aquellas «predisuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia, ...con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos», se caracterizan por su contractualidad, predisposición, imposición, incorporación y generalidad. Las circunstancias formales de las mismas, como apariencia externa, tamaño, extensión o ubicación, no son relevantes para legislador. A diferencia de la doctrina que sí ha venido manteniendo la irrelevancia de los aspectos formales de las condiciones generales (*vid. Alfonso: Las Condiciones Generales de la Contratación*, pp. 146-147; Arroyo Martínez y Miquel Martínez: *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, p. 29), en algunos pronunciamientos jurisprudenciales sí se han tenido en cuenta dichos extremos, unas veces para entender

que la letra diminuta, documentos al margen del contrato, cláusulas en la parte inferior, perjudicaban claramente al consumidor; y otras, como la STS de 22 de julio de 1992, en un sentido diametralmente opuesto, puesto que al sobresalir de forma nítida del resto del clausulado, supone el conocimiento y la indiscutible sumisión del consumidor.

Cláusula de sumisión expresa en contrato de adhesión.—La reforma de Derecho procesal del año 1992 vino a afianzar la idea de restricción de la autonomía de la voluntad cuando ésta genera un abuso o desequilibrio para una de las partes, como ya había reconocido con anterioridad la LCU. Dichas cláusulas, además de tener un efecto disuasorio, puesto que hace más gravoso y difícil el derecho a litigar del consumidor, favorece la situación del pre-disponiente, acentuándose el desequilibrio entre las partes y causando en el consumidor perjuicio desproporcionado y no equitativo con respecto al pre-disponente. La nulidad o ineficacia de una cláusula de competencia territorial, comporta la aplicación automática de las normas legales supletorias sobre competencia establecidas en la LEC. (**STS de 13 de noviembre de 1998**; *ha lugar*.)

HECHOS.—Don Luis L. C. celebró con la editorial *S. Editores, S. A.*, un contrato de compraventa de libros y videos, que fueron remitidos a don Luis a portes pagados. Dicho contrato contenía, debajo del texto normal impreso y rellenado a mano, dos líneas y media de texto jurídico en letra diminuta dentro del cual de hallaba la frase «me someto para el ejercicio de tales derechos a los Tribunales de Barcelona con renuncia expresa de mis propios fueros». Impagado el precio por el comprador, la editorial interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, el cual acordó negar la inhibición instada por el Juzgado de Primera Instancia de Orihuela. Al insistir ambos juzgados en su competencia, se remitieron al TS.

NOTA.—Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 7/1998, de 13 de abril, la doctrina jurisprudencial del TS sobre los pactos de prórroga de fuero había sido zigzagueante, incluso ante supuestos de hecho y de derecho idénticos, repitiéndose incluso en varias de las sentencias el mismo contratante (*vid. Torres Lana: «Prórroga de fuero y protección de los consumidores en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo», Aranzadi Civil, 1995-II; y «Comentario a la STS de 29 de junio de 1995», Cuaderno Cívitas de Jurisprudencial Civil, R. 1062; Valls Lloret: «Comentario a la STS de 12 de julio de 1996», Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil, R. 1154*). Numerosos pronunciamientos jurisprudenciales reconocían la validez de dichas cláusulas y pactos, entendiendo que concurrían los requisitos del artículo 56 LEC, sin que se produzca desequilibrio contractual ni desigualdad de condiciones entre las partes, tal y como prohíbe el artículo 10.1.c) LCU (en este sentido, SSTS de 31 de mayo de 1991; 18 de junio y 22 de julio de 1992; y 29 de junio de 1995).

Sin embargo, ha sido la línea jurisprudencial contraria (SSTS de 23 de julio de 1993; 20 de julio de 1994; 12 de julio de 1996; 14 de septiembre de 1996; 20 de febrero de 1998), negando la validez de dichos pactos la que se ha consolidado, y la que cuenta en la actualidad con apoyo legal en la nueva redacción de la DA 1.^a de la LCU, apartado IV, núm. 27, aplicada por el TS, tras su entrada en vigor,

en numerosos pronunciamiento (SSTS de 4 de mayo de 1998; 3 y 20 de julio; 13 de noviembre de 1998; 13 de marzo, 19 de mayo y 9 de julio de 1999).

Por lo que respecta a la competencia territorial, el nuevo artículo 9.3 LCGC, concreta un supuesto de competencia territorial improrrogable, estableciendo como juez competente el del domicilio del demandante (esto es, consumidor-adherente), quedando excluido cualquier pacto de las partes al respecto. Las alternativas procesales que se plantean para denunciar la infracción del artículo 9.3 LCGC son, de una parte, formular la inhibitoria o declinatoria; o bien, impugnar a través del recurso de reposición la resolución judicial que erróneamente haya admitido a trámite la demanda (*vid. al respecto Pico i Junoy, J.: Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, comentario al artículo 9.3, ed. Tecnos, pp. 95 a 97). (R. D. O.)

17. Comunidad de créditos. Solidaridad tácita.—El Tribunal de instancia decretó la existencia de una efectiva comunidad de damnificados, a la que el Sr. B. resarcíó por los daños y perjuicios causados a sus dos integrantes. La decisión de la Audiencia Provincial es acertada, en cuanto sentó que, sin perjuicio de las reparaciones y reintegros que hayan percibido los litigantes, y respecto a la cantidad que resulte restante, no asiste legítimo derecho a ninguno de los copartícipes para su atribución plena y exclusiva, por lo que debe fijarse la que corresponde a cada uno de ellos, mediante las oportunas operaciones de rendición de cuentas y de este modo fijar el saldo a repartir, si resultase existente.

En esta línea el discurso casacional ha de abordar la cuestión relativa a la comunidad que la sentencia admite y el recurrente impugna. El artículo 392 CC se refiere tanto a la propiedad como a otros derechos, lo que autoriza a que se puedan tener en comunidad no sólo bienes o derechos reales, sino también créditos —comunidad de acreedores con derecho a partes iguales—, que es la del caso que nos ocupa, y no cabe confundirla con la comunidad de ganancias. Esta comunidad queda sometida a las normas de las obligaciones mancomunadas y solidarias, que el Código Civil regula en su artículo 1137 y siguientes, si bien resulta más adecuada cuando se trate de créditos mancomunados. En este caso la deuda fue resarcida mediante una única prestación económica que no se dividió entre los litigantes, por lo que éstos mantienen una situación de comunidad de intereses acreedores, que hace aplicable el artículo 392 CC, por no haber precepto impeditorio alguno en contra, ya que el artículo 1137 CC establece que la concurrencia de dos o más acreedores en una sola obligación no implica solidaridad entre ellos, si no resulta expresamente determinada y esta solidaridad resulta evidenciada que subsiste a lo largo del tiempo hasta que la deuda quede liquidada definitivamente.

La figura de la solidaridad tácita ha sido admitida por la doctrina jurisprudencial y se autoriza a cualquiera de los acreedores a cobrar el crédito, pero no en su exclusivo beneficio. (STS de 14 de noviembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Los antecedentes del recurso, en lo que interesa para comprender la doctrina jurisprudencial que se destaca, son los siguientes. El matrimonio B. vende al recurrente y al recurrido en casación un piso cuyo precio no se acreditó hubiera sido desembol-

sado, funcionando el negocio como una venta en garantía. El motivo de esta operación fue la disposición en provecho propio por parte de los vendedores de veinticinco millones de pesetas que el *Banco de Bilbao* había concedido a la sociedad constituida por la esposa del vendedor, la del recurrente y el propio recurrido. Ello había obligado a los litigantes, en su condición de avalistas, a solicitar del Banco dicho un préstamo hipotecario por treinta y cuatro millones de pesetas. Posteriormente el vendedor entrega al recurrente dos cheques nominativos por un importe global de casi setenta y tres millones de pesetas en concepto de indemnización por los perjuicios irrogados. El recurrido interpuso demanda de reclamación de cantidad solicitando la parte que le correspondía. La demanda fue desestimada. Prospera la apelación estimándose parcialmente la demanda. No hubo lugar al recurso de casación. (R. G. S.)

18. Intereses moratorios y aplicación del principio *in iliquidis non fit mora*.—A pesar de que la jurisprudencia, en aplicación del principio *in iliquidis non fit mora*, viene entendiendo que la liquidez de las deudas dinerarias es un presupuesto de la mora del artículo 1100 CC, sin cuya concurrencia no ha lugar a la concesión de intereses por este concepto, lo cierto es que «el pago de los intereses moratorios actúa como sanción al deudor renuente que no resulta debidamente cumplidor, por lo que el acreedor, que de esta manera adquiere condición de perjudicado, debe ser protegido jurídicamente desde el momento en que se le reconoce judicialmente el crédito subsistente y no satisfecho debidamente, al tiempo de su reclamación judicial, que en este supuesto hay que referir al acto de conciliación sin resultado y, aunque se le otorgue cantidad inferior a la pedida, por desestimación de alguna partida no suficientemente probada, pues la fijación judicial de la cuantía de lo debitado resulta de fácil determinación».

Prescripción trienal de los honorarios profesionales de abogados. Cómputo inicial del plazo.—«Conforme a la consolidada doctrina jurisprudencial, en estos casos, en que los servicios de los Letrados constituyen un conjunto de actuaciones conexionadas y no separables, pues todas las llevadas a cabo por el actor tenían el mismo objetivo (...), el plazo del cómputo inicial no puede computarse atendiendo sólo a las distintas partidas correspondientes a las diversas actividades particularizadas, sino a partir del momento en que se cesa de manera total en prestar los servicios profesionales contratados». (STS de 24 de septiembre de 1998; ha lugar a uno de los recursos.)

HECHOS.—Don Fernando L. B., abogado de profesión, interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra doña Pilar y don Justo G. R. en reclamación a cada uno de los demandados de la cantidad de ocho millones de pesetas que decía le eran debidos en concepto de honorarios más los intereses moratorios desde el día 30 de enero de 1991 en que tuvo lugar un acto de conciliación. Contestada la demanda, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimando íntegramente la demanda.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Zaragoza estimó parcialmente el recurso y revocó parcialmente la sentencia en el sentido de condenar a cada uno de los demandados a abonar al actor la cantidad de 6.947.261 pesetas, cantidad menor de la solicitada en

la demanda al no poder probarse una de las partidas de la minuta presentada por el abogado, más el interés previsto en el artículo 921 LEC. Interpuestos sendos recursos de casación, el TS declaró haber lugar al interpuesto por el demandante en el sentido de que debían satisfacerse al mismo los intereses moratorios legales desde el día 30 de enero de 1991, y declaró no haber lugar al recurso interpuesto por los demandados.

NOTA.—Aunque la sentencia que nos ocupa no es ajena a la exigencia jurisprudencial durante más de un siglo de la liquidez como requisito para que el deudor incurra en mora, es lo cierto que se hace expresamente eco de que: «la más reciente doctrina de esta Sala de Casación Civil, ha atenuado la aparente rigidez y automatismo –tan contraria al Derecho–, que parece establecer el principio que se aporta como infringido», a la que parece adherirse, mitigando su aplicación indiscriminada a todos los supuestos de no coincidencia de la cantidad que se demanda con la que otorga la sentencia (SSTS de 5 de marzo de 1992, 17 y 18 de febrero y 21 de marzo de 1994 y 20 de julio y 20 de noviembre de 1995). En concreto, en este caso se concedieron a un abogado, que reclamaba sus honorarios profesionales, intereses de demora desde la fecha de una conciliación anterior a la demanda, tal y como solicitaba el demandante, a pesar de que la Audiencia Provincial de Zaragoza le concedió una cantidad menor de la solicitada (por falta de prueba de una de las partidas concretas). (En contra de esta tesis, SS de 5 de octubre y 25 de noviembre de 1983, 10 y 28 de octubre de 1986, 3 de noviembre de 1987 y 7 de marzo de 1988), lo que se justifica sobre la base de que aquél presentó una minuta detallada de las actuaciones y conceptos y su correspondiente cuantificación económica, por lo que se trataba de una deuda líquida, cuya determinación concreta no precisaba pronunciamiento judicial (*vid. Ruiz-Rico Ruiz, J. M., «Cien años (y algo más) de jurisprudencia sobre intereses moratorios», en Centenario del Código Civil, II, Madrid, 1990, pp. 1893 y ss.*)

Por otro lado, el TS declaró no haber lugar al recurso interpuesto por los demandados, que alegaban la prescripción de los honorarios profesionales generados en el primero de los dos períodos temporales en que, según ellos, se dividió la actividad profesional del demandante, sobre la base de entender que dicha actividad, como se demostró en el período probatorio, fue una prestación continua, en cuyo caso la doctrina jurisprudencial tiene señalado que el inicio del cómputo a efectos de prescripción se sitúa en el momento en el que de una forma definitiva se cesa en la actividad (SSTS de 24 de junio de 1991, 15 de marzo y 15 de noviembre de 1996, citadas por la presente sentencia. (A. G. C.)

19. Principio de congruencia.—Se impone una racional adecuación del fallo a las pretensiones de las partes, y a los hechos que lo fundamenta. Sin embargo, no es exigible una literal concordancia, permitiendo al órgano jurisprudencial establecer su juicio crítico de la manera que crea más acertada; la armonía entre los pedimentos y la decisión ha de extenderse hacia los extremos que la complementen. El Tribunal atenderá a la sustancia de lo pedido y no a su literalidad.

Requerimiento establecido en el artículo 1504 CC.—La validez del requerimiento notarial recogido en el artículo 1504 CC no depende de estar suscrito por la totalidad de propietarios existentes, puesto que el precepto no regula la forma y el modo en que ha de practicarse el requerimiento, sólo exige que contenga la intimación o petición al pago.

Relación entre los preceptos 1124 y 1504 CC.—Ambos artículos no se eluden entre sí, sino que tienden a complementarse. La regla que con carácter general para toda clase de obligaciones recíprocas contiene el primero, se aplica al segundo cuando se trata de un contrato de compraventa de bienes inmuebles. La facultad resolutoria del artículo 1504, así como la genérica del 1124, requiere patentizar de forma indubitada la existencia de una voluntad rebelde y obstativa al incumplimiento, imputable al comprador, no siendo suficiente un simple retraso en el cumplimiento de las obligaciones (entre otras, SS de 22 de diciembre de 1978, 30 de marzo y 23 de mayo de 1981, 15 de abril de 1982, 20 de noviembre de 1984 y 7 de julio de 1987). Doctrina más reciente, sin embargo, manifiesta que la resolución del artículo 1504 no requiere una actitud dolosa del incumplidor, siendo suficiente la frustración del fin del contrato para la contraparte; será necesaria la existencia de un incumplimiento inequívoco, sin precisarse una tenaz resistencia al cumplimiento, en supuestos tales como el impago prolongado, duradero, injustificado, o frustración del fin económico-jurídico del negocio (SS de 20 de diciembre de 1989, 21 de julio de 1990, 15 de febrero, 7 de junio y 2 y 16 de julio de 1991 y 16 de junio de 1992). (**STS de 24 de octubre de 1998;** no ha lugar.)

HECHOS.—Doña Amalia P. C. y sus hijos promovieron juicio declarativo de menor cuantía contra don Benjamín V. B. sobre resolución de contrato de compraventa formalizado con el demandado, solicitando la indemnización por daños y perjuicios ocasionados por razón del incumplimiento del pago del precio y retención de la posesión de la finca. Desestimando la reconvención del demandado, por la que se pretendía la condena de los actores a otorgar escritura pública y aceptar el resto del precio, se dictó sentencia por la que se estimó íntegramente la demanda interpuesta, declarando resuelto el contrato de compraventa. Los demandados recurren en apelación, que es desestimado por la Audiencia Provincial. Se formalizó recurso de casación, basado en la infracción del artículo 1281, y la aplicación incorrectas de los preceptos 1504 y 1124 CC.

NOTA.—En referencia al incumplimiento resolutorio, Díez-Picazo (*Enciclopedia Jurídica*, voz Resolución, Tomo III, pp. 5893 y ss.) afirma que, aunque existan opiniones doctrinales que exigen la gravedad en el incumplimiento, siendo irresoluble el contrato si el incumplimiento carece de dicha gravedad, sin embargo la distinción levedad-gravedad introduce un elemento arbitrario para resolver las cuestiones, llegándose a idéntica solución a través del examen de cada caso concreto, observando si se actúa conforme a la buena fe, y si no existe abuso en el ejercicio de dicha facultad.

En cuanto a la doctrina jurisprudencial, se ha establecido reiteradamente la complementariedad de los preceptos 1124 y 1504 CC, «no se eluden entre sí, sino que se complementan, ya que la regla general que disciplina las obligaciones recíprocas, se especializa y puntualiza cuando se trata de compraventa de bienes inmuebles»

(S de 10 de octubre de 1997.) Otras, sin embargo, reiteran la postura de la consideración del artículo 1504 CC como un plus basado en la exigencia de un firme requerimiento, en relación a la acción contemplada en el artículo 1124 CC; este precepto se aplica como sanción resolutoria para cualquier incumplimiento contractual, pero cede ante el artículo 1504 CC cuando se trate de compraventa de bienes inmuebles con precio aplazado (SS de 29 de abril de 1994, 5 y 29 de diciembre de 1997). La aplicación, por tanto, del artículo 1504 CC no impone que sea recogido taxativamente en el contrato de compraventa, sino que es suficiente que nos encontremos ante el supuesto de hecho de la norma para que despliegue sus efectos (sanción resolutoria) (S de 29 de diciembre de 1997), siendo necesarios los siguientes requisitos: precio aplazado, impago del precio, voluntad rebelde al cumplimiento, requerimiento judicial o notarial y vendedor cumplidor (S de 5 de diciembre de 1997.) (P. S. S.)

20. Calificación jurídica de las relaciones negociales.—La doctrina científica y jurisprudencial es reiterada cuando establece que la calificación jurídica de las relaciones entre las partes de un negocio es función de los Tribunales de primera instancia, siempre que dicha actuación no se halle contraria a las normas de hermenéutica contractual (entre otras, SS de 20 de octubre de 1986, 7 de marzo de 1988, 8 de mayo de 1991, 23 de marzo de 1993, 6 de febrero de 1995).

Figura contractual del leasing.—Tiene origen anglosajón, y se define como aquél por el que la sociedad de *leasing* se obliga a financiar la posibilidad de utilización de un objeto a un usuario, «comprándolo al suministrador y transfiriéndolo directamente al usuario contra el pago de cantidades periódicas», previéndose en ocasiones, para el término del periodo pactado una opción de compra a favor del usuario. También conocido como arrendamiento financiero, su regulación la encontramos en la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, y en la DA 1.^a de la Ley 28/1998 de contienda judicial; amén de la voluntad de las partes contratantes (art. 1255 CC) y la doctrina jurisprudencial.

Tipología del leasing.—Podemos distinguir dos clases: *leasing* de amortización parcial (arrendamiento) donde la propiedad del objeto se halla en la sociedad de *leasing*; o *leasing* de amortización total (compraventa) en la que el usuario adquiere el objeto. La distinción entre un tipo y otro se llevará a cabo mediante el análisis del valor residual pactado. Si el mismo es de escasa importancia («insignificante»), estaremos ante amortización total, debido a que la compra del objeto será la única alternativa razonable al término del *leasing*, para el usuario, encontrándonos ante una verdadera compraventa de bienes a plazos. (STS de 21 de noviembre de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad C.L. realiza un contrato de arrendamiento financiero o *leasing* con la sociedad T. de M.L. cuyo objeto fue una pala cargadora. Posteriormente, el Banco E.E. trabó embargo de los bienes pertenecientes a la sociedad usuaria del *leasing*, junto con la pala cargadora. La sociedad C.L. interpone demanda en el Juzgado de Primera Instancia sobre tercería de dominio contra el Banco E.E. y la sociedad usuaria, solicitando se decrete el alzamiento de embargo y la entrega de dicha máquina. Se desestima íntegramente la demanda, que es recurrida en apelación, y la

Audiencia Provincial revoca la misma, ordenando se alzase el embargo trabado. El Banco E.E. recurre en casación ante el TS.

NOTA.—A contrario, se ha de destacar la sentencia de 28 de noviembre de 1997 en la que se pretendía dilucidar si se estaba ante arrendamiento financiero (*leasing*) o compraventa a plazos. Se establecía que se hallaba ante un arrendamiento financiero en la medida en que así se explicitaba en el contrato suscrito, amén de la naturaleza mercantil de la entidad firmante y cedente. La sentencia recurrida afirmaba que al coincidir el precio de la opción de compra en un valor residual de una mensualidad de amortización, se hallaba ante una venta a plazos, sin embargo el TS contrarrestaba con la afirmación siguiente: «no hay base legal ni lógica que establezca un parámetro para indicar la proporción que deba tener la opción de compra respecto al valor monetario del bien objeto del tantas veces mencionado contrato de arrendamiento financiero». (P. S. S.)

21. Contrato de arrendamiento de local negocio celebrado tras la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 2/1985, de 2 de abril. Régimen jurídico aplicable en materia de prórrogas.—La entrada en vigor del Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 de abril, sobre Medidas de Política Económica, determinó la existencia de dos clases de arrendamientos urbanos: los anteriores a esta norma legal, sujetos al régimen de prórroga forzosa del artículo 57 del Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y los posteriores, a los que se le aplica la tácita reconducción del artículo 1566 CC, a no ser que las partes contratantes hubiesen convenido explícita o implícitamente, el sometimiento al régimen de prórroga forzosa, haciendo uso de la libertad de pacto preconizada en el artículo 1255 CC. El artículo 9 del Real Decreto-Ley 2/1985 se limita a suprimir el automatismo legal u *ope legis*, pero sin que ello sea óbice para entender que, previo consentimiento de las partes, no pueda funcionar el expresado régimen de prórrogas forzosas del artículo 57 de la LAU de 1964 (SSTS de 12 de mayo de 1989, 4 de febrero, y 18 de febrero de 1992, y 20 de abril de 1993).

La prohibición a la renuncia contenida en el artículo 6.3 del Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, tras la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 de abril, y con relación celebrados a partir de dicha fecha, ha perdido su virtualidad jurídica, al no ser un derecho irrenunciable, puesto que será el libre juego de la autonomía de la voluntad de los contratantes el que determine el régimen aplicable al contrato.

Modificación de la renta. Novación modificativa del primitivo contrato de arrendamiento. Requisitos de la novación.—La doctrina y la jurisprudencia han consagrado la existencia de una novación simplemente modificativa (art. 1203 CC), al lado de la extintiva, considerada como causa de extinción de los contratos en el artículo 1156 CC. Existirá novación cuando se produzca la modificación de alguno de los elementos de la relación obligatoria, siempre que el segundo negocio jurídico celebrado, tome su causa del primero. Además, en la duda sobre si las partes han querido la novación modificativa o extintiva, debe inclinarse el intérprete por el efecto más débil (S de 5 de mayo de 1978 y las que cita). De acuerdo con reiterada jurisprudencia, la novación, tanto la extintiva, o también llamada propia, como la modificativa, o impropia, es objeto de interpretación restrictiva (SSTS de 24

de febrero de 1964, 11 de febrero de 1965, 2 de junio de 1968 y 25 de enero de 1991). Nunca se presume y es preciso para que exista, o bien que se declare expresamente, o que resulte con toda claridad y evidencia de los términos del acto que se considera novatorio (SSTS de 15 de marzo y 23 de julio de 1996). (**STS de 2 de octubre de 1998; no ha lugar.**)

HECHOS.—El día 24 de julio de 1985 celebran la empresa *Grandes Superficies, S. A.*, absorbida posteriormente por la entidad mercantil *CCP, S. A.*, y *La Croissanterie, S. A.*, un contrato de arrendamiento del local de negocio núm. 16, sito en la galería comercial perteneciente a la entidad CCP, S. A. Dicho contrato tenía un plazo estipulado de duración de tres años (cláusula 2.^a), el pago de una renta anual de 1.560.000 pesetas, y expresamente se establecía la renuncia por el arrendatario a todos y cada uno de los beneficios o derechos que la LAU, entonces vigente, pudiera atribuir con relación al local arrendado, «salvo el beneficio de prórroga establecido en el artículo 57 LAU, que el arrendador declara expresamente aplicable al presente contrato y concede al arrendatario» (cláusula 15.^a). El día 1 de septiembre de 1988, entre las mismas partes y sobre el mismo local, se celebra un nuevo contrato, pactándose como plazo de duración del mismo de un año, una renta de 1.866.456 pesetas, así como la renuncia de la arrendataria a todos y cada uno de los beneficios o derechos que la LAU pudiera atribuirle, de conformidad con lo prevenido en el artículo 6, párrafo 3.^º de la misma (estipulación 15.^a). Transcurrido dicho plazo de un año, la entidad CCP, S. A., formuló demanda ante el Juzgado de Primera Instancia suplicando se declarase resuelto, por expiración del término, el contrato de arrendamiento celebrado con la parte demandada el día 1 de septiembre de 1989. Desestimada la demanda en primera instancia así como el recurso de apelación interpuesto frente a la misma, la parte actora interpuso recurso de casación.

NOTA.—El TS reitera, como en anteriores sentencias, la existencia de dos clases de arrendamientos urbanos, desde la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 de abril, con base al funcionamiento de la prórroga forzosa. Los celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de la misma, sujetos al régimen de prórroga forzosa; y, los celebrados con posterioridad, a los cuales será de aplicación la tácita reconducción del artículo 1566 CC, salvo que las partes hayan convenido, expresa o tácitamente, el sometimiento al régimen de prórroga forzosa del artículo 57 LAU. El artículo 9 del Real Decreto-Ley 2/1985, ha mudado la naturaleza del artículo 57 de la LAU de 1964, puesto que con anterioridad al mismo, su aplicación era obligatoria (norma de derecho obligatorio o *ius cogens*), y, en la actualidad, en virtud de la autonomía de la voluntad del artículo 1255 CC, las partes pueden pactar libremente el régimen jurídico aplicable, pasando a convertirse a una norma de derecho dispositivo.

En la sentencia que anotamos, aunque el nuevo acuerdo se hubiese celebrado con posterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 2/1985, el mismo no viene a ser un nuevo contrato sobre el mismo local y entre las mismas partes contratantes, sino únicamente una novación modificativa en cuanto a la renta, sin que

se produzca la renuncia al derecho de prórroga forzosa. No consta ni expresa ni implícitamente, la voluntad de las partes en cuanto a la extinción de la relación obligatoria anterior (art. 1204 CC), así como tampoco se produce la incompatibilidad de ambas. Sigue, por tanto vigente el contrato de fecha 24 de julio de 1985, y con respecto al mismo, sólo se ha actualizado la renta.

Sin embargo, la estipulación contenida en el documento de fecha 1 de septiembre de 1988, sobre la nueva duración de un año (estipulación 2.^a), no ha sido analizada por el TS, al entender que éste carece de naturaleza contractual, siendo una simple novación con respecto al contrato de 24 de julio de 1985, declarándolo plenamente vigente. Ese plazo anual de las partes no se analiza por el TS, ni para considerarlo como novación, en cuanto al plazo de duración de la prórroga forzosa, al permitirse, con relación al artículo 57 LAU de 1964, pactos de las partes en cuanto a la duración de la misma, o como plazo de duración de la nueva renta, siendo necesario, transcurrido dicho plazo de un año, una nueva revisión de la misma. (R. D. O.)

22. Arrendamiento concertado antes de la entrada en vigor de la Ley de 15 de marzo de 1935. Concepto legal de cultivador personal a los efectos de usar el derecho de acceso a la propiedad conforme a la DT 1.^a LAR 1980.—El concepto legal de cultivador personal de los artículos 14 y ss. de la LAR no exige «la dedicación única a la actividad agraria, como requisito necesario del concepto y, ello es así porque, de suyo, no es una condición impuesta por la dicción de la Ley, ya que, cultivador personal es quien lleva la explotación de la finca, por sí, o con la ayuda de familiares que con él conviven. (...) La Ley no prohíbe al arrendatario el ejercicio de otra actividad, siempre que dedique preferente atención a la explotación agrícola o ganadera».

Es admisible la sucesión *mortis causa* en los derechos del arrendatario por quien traiga causa del sucesor arrendatario. Interpretación del artículo 79 LAR conforme a su espíritu y finalidad.—Frente a la opinión de que el sucesor arrendatario no puede, a su vez, transmitir la cualidad de arrendatario (STS de 6 de febrero de 1992), pugna esta interpretación «con la misma noción de los “arrendamientos rústicos históricos”, favorecidos con el derecho de acceso a la propiedad y, por tanto, con la dicción literal de la Ley que no establece restricciones justificativas de tal limitación, corroborada, además, por los elementos históricos y sistemáticos que cooperan y guían en la recta hermenéutica de las normas. En efecto, la Ley 1/1992 de 10 de febrero, de arrendamientos rústicos históricos especifica en la «exposición de motivos», en orden a la explicación del derecho de acceso y sus finalidades, a propósito del valor de las fincas arrendadas que a éste «han contribuido de forma notable, el arrendatario y sus ascendientes, mediante su cultivo a lo largo de varias generaciones», conceptos que, obviamente, presuponen varias sucesiones en el arriendo. Tal elemento interpretativo de la norma, de indudable importancia, conforme al artículo 3.1 CC, no puede ignorarse sin torcer el espíritu y finalidad de la misma. En segundo lugar, el precepto cuestionado no señala que la sucesión tenga carácter único, por lo que la subrogación contractual durante todo el tiempo que queda de vigencia de arriendo, sea por pacto contractual, sea a virtud de la prórrogas sucesivas, no se halla condicionado por restricción alguna». (STS de 13 de octubre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Esteban I. A. interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de cognición sobre acceso a la propiedad contra don Antonio M.^a M. S. y contra doña M.^a Cristina, don Pedro Manuel, doña Josefa y doña M.^a Guadalupe S. M., solicitando se declarase su derecho a acceder a la propiedad de un caserío ubicado en el término de Azkoitia y sus pertenencias, abonando una determinada cantidad de dinero. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimando la demanda, aunque elevó la cantidad a pagar por el actor para ejercitarse su derecho de acceso a la propiedad.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de San Sebastián la revocó parcialmente en el sentido de aumentar la cantidad a abonar para hacer efectivo el acceso a la propiedad. Interpuesto recurso de casación, el TS declaró no haber lugar al mismo.

NOTA.—En la presente sentencia, el TS lleva a cabo una delimitación del concepto legal de cultivador personal de los artículos 14 y ss. LAR 1980, hoy día redactados conforme a la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de Explotaciones Agrarias (que utiliza la expresión «profesional de la agricultura»), cualidad que debe concurrir en quien pretenda ejercitarse el derecho de acceso a la propiedad de conformidad con lo establecido en la regla tercera de la DT 1.^a LAR. En este sentido, el Alto Tribunal acoge un concepto de cultivador personal que no requiere la nota de dedicación única y exclusiva a la actividad agraria, permitiéndose el ejercicio de otras actividades, pero siempre que dedique preferente atención a esta última (S de 23 de junio de 1988 en el mismo sentido), haciendo así eco de la realidad agraria en muchas regiones.

También se procede en la presente sentencia a llevar a cabo una interpretación del artículo 79, en relación con el 71, ambos de la LAR apartándose de lo establecido con anterioridad en la S de 6 de febrero de 1992, es decir, se admite la posibilidad de que el sucesor en el arrendamiento pueda, a su vez, transmitir *mortis causa* su condición de arrendatario. Para defender esta postura, además de estar-se a los términos literales, el TS acude, como establece el Código Civil en el artículo 3.1, a una interpretación conforme al espíritu y finalidad de la norma, que no es otra que la de favorecer el acceso de los arrendatarios a la propiedad de las fincas. (A. G. C.).

23. Concepto de ruina a los efectos del artículo 1591 CC. La ruina funcional.—A los efectos de aplicación del artículo 1591 CC la jurisprudencia ha conformado un concepto amplio de ruina debiendo entenderse que «se refiere no sólo a los defectos que hagan temer la próxima pérdida del edificio o que lo hagan inútil o inservible para la finalidad que le es propia, sino también a aquellos defectos de construcción que, por exceder de imperfecciones corrientes, configuran una violación del contrato, extendiéndose a vicios o defectos que afecten a elementos esenciales de la construcción».

En este sentido, aquel concepto abarca «aquellos defectos de construcción que, por exceder de las imperfecciones corrientes, configuren una violación del contrato, viniendo a significar unos defectos constructivos determinantes del concepto de ruina funcional, al hacer la edificación inútil para la finalidad que le es propia, en consonancia con las necesidades y exigencias del mundo de la construcción».

Responsabilidad solidaria. Distribución de la carga de la prueba.—Queda establecida la responsabilidad solidaria en el artículo 1591 CC «cuando no sea factible individualizar la responsabilidad correspondiente a cada profesional interviniente en la construcción, y en el ámbito probatorio en este orden de cosas, no cabe duda, de acuerdo, asimismo, con la doctrina jurisprudencial de bastar al dueño de la obra probar la característica ruinosa de los desperfectos o vicios constructivos, para hacer recaer en aquellos profesionales la probanza de no corresponderles ninguna responsabilidad en el campo de sus respectivas funciones y obligaciones». (STS de 19 de octubre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Juan V. P., Presidente de la Comunidad de Propietarios de la Residencia *El Dorado* interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía sobre ejecución de obras contra *Construcciones Santiago Santisteban, S.A.*, don Alfonso A. G. (arquitecto), don Juan José M. G. (aparejador) y la Compañía mercantil *Andia Louvers, S.A.* (suministradora de material) como consecuencia de los defectos aparecidos en las celosías de la fachada de aquella Residencia. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia acogiendo la excepción dilatoria de falta de legitimación activa y absolviendo en la instancia a los demandados.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Santander dictó sentencia revocando la anterior y condenando solidariamente a los demandados a realizar las obras necesarias para subsanar los defectos en la forma a determinar en ejecución de sentencia. Don Alfonso A. G. y don Juan José M. G. interpusieron sendos recursos de casación; el TS declaró no haber lugar a los mismos.

NOTA.—Conocido es el amplio concepto de ruina que, en relación al artículo 1591 CC, ha adoptado la jurisprudencia de nuestro país y que le ha separado de su sentido literal, incluyéndose en el mismo cualquier vicio que sobrepase el carácter de simple imperfección. En esta línea se inserta la idea de «ruina funcional», que debe ser distinguida de una ruina material propiamente dicha (destrucción total o parcial de la edificación de un modo efectivo) y que se caracteriza por entender ruinógenos todos aquellos defectos que, excediendo de las simples imperfecciones, hagan la edificación inútil para la finalidad que le es propia, aunque la ruina así entendida no afecte al edificio en su totalidad y se limite a una de sus partes esenciales. La sentencia que anotamos reitera la jurisprudencia existente en este sentido desde las SSTS de 4 de abril de 1978 y 8 de junio de 1987 (vid. SS de 30 de enero, 29 de mayo y 17 de diciembre de 1997 y 21 de febrero y 4 de marzo de 1998).

Por otro lado, la presente sentencia también reitera la doctrina relativa a la responsabilidad solidaria de todos los obligados en virtud de este precepto cuando se cumplan unas determinadas condiciones, y la distribución de la carga de la prueba entre los propietarios y los profesionales intervenientes en la construcción. Al actor, dueño de la obra, le basta con probar la existencia de la ruina (se presume la culpa y el nexo causal), debiendo corresponder a los profesionales demandados la prueba de no haber participado en la causación de la ruina. Si fueren varios los demandados y responsables deberán responder parcialmente en proporción a su partici-

pación en la causación del daño, y si no le fuere posible determinar sus respectivas cuotas de participación, responderán solidariamente (Salvador Coderch, P., comentario del artículo 1591 CC, Ministerio de Justicia, Tomo II, Madrid, 1993). Como en este caso no es posible la fijación de cuotas entre el promotor, el constructor y la dirección técnica de la obra, queda establecida la responsabilidad solidaria, de origen jurisprudencial, de todos ellos, a pesar de la no presunción de solidaridad que establece el artículo 1137 CC (SSTS de 29 de mayo, 5 de julio y 3 de septiembre de 1997 y 4 de marzo y 2 y 8 de junio de 1998). (A. G. C.)

24. Equiparación de los promotores a los contratistas de obras a los efectos de la responsabilidad decenal del artículo 1591 CC.—Aunque el artículo 1591 CC no incluya expresamente al promotor entre los sujetos responsables, «la jurisprudencia de esta Sala equipara a los contratistas con los promotores en cuanto a la responsabilidad por ruina», que dará lugar a solidaridad en los casos establecidos por aquella misma jurisprudencia.

Relación entre las acciones derivadas de los artículos 1591.2 (responsabilidad decenal) y 1490 CC (saneamiento por vicios ocultos) y plazos establecidos para su ejercicio.—Los «defectos constructivos no ruinógenos, atribuidos a los constructores y promotores que vendieron los pisos incumpliendo el deber de entregar el piso con la calidad pactada y en condiciones de servir al destino previsto, han de ser reparados y no le son aplicables las reglas de los vicios ocultos, sino las de faltar a las condiciones del contrato (art. 1591.II CC)». (STS de 21 de octubre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Togram, S. A.* interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía sobre compraventa contra don Miguel D. R., don Bartolomé D. R., don Antonio E. S. y contra *Construcciones Confort 3, S. A.* en la que se solicitaba se condenara a los demandados a realizar determinadas obras en un edificio de apartamentos que el demandante les había comprado, o a entregarle una determinada cantidad de dinero. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimando parcialmente la demanda y condenando a los demandados, excepto a *Construcciones Confort, S. A.*, a quien se absolvió, a realizar las obras solicitadas para la reparación de los defectos, de proyecto y construcción, que el edificio presentaba.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca revocó en parte la anterior y condenó también a *Construcciones Confort, S. A.* a realizar las obras de reparación que se solicitaban en la demanda. Interpuesto recurso de casación, el TS declaró no haber lugar al mismo.

NOTA.—La presente sentencia reitera la doctrina jurisprudencial de la Sala en cuanto que equipara la figura del promotor a la del contratista a los efectos de la responsabilidad por ruina (SS de 11 y 17 de octubre de 1974, y últimamente, 26 de junio y 3 de septiembre de 1997, entre otras muchas), constituyendo cuestión de hecho la determinación de cuándo concurra en una persona la condición de promotor inmobiliario, siendo indiferente para ello si ha participado en el proceso urbanizador y edificador o si la intervención se ha producido únicamente en el posterior proceso de

comercialización de lo edificado (SS de 30 de octubre de 1986, 12 de octubre de 1988 y 20 de febrero de 1989, entre otras). En el presente caso no hay duda de que tal condición concurre en los recurrentes puesto que la construcción se llevó a cabo en un solar de su propiedad, por su cuenta y provecho, nombrando los técnicos y comercializando posteriormente la edificación.

Cabe resaltar también, aunque se trate de *obiter dicta*, el pronunciamiento de la Sala en orden a establecer que, aun en el caso de que los defectos que presenta la edificación no fueren ruinógenos, habrían ocasionado un incumplimiento de la obligación contractual de entregar el piso con la calidad pactada y en condiciones de servir al destino previsto, lo que justificaría la acción de responsabilidad quincenal del artículo 1591.II CC. Este pronunciamiento tiene por finalidad enervar la alegación que realizan los recurrentes en el sentido de entender que se trata de defectos ruinógenos que al no constituir ruina deben serle aplicables las normas relativas a los vicios ocultos, y por tanto, el plazo de ejercicio establecido en el artículo 1490 CC, ampliamente superado en el presente caso y es coherente con la doctrina jurisprudencial predominante en el sentido de entender aplicables preferentemente los regímenes jurídicos que establecen el artículo 1591 CC y los correspondientes al incumplimiento contractual frente al que establecen los artículos 1484 y ss. CC, lo que, a nuestro entender, no debe impedir la aplicación de estos últimos cuando se cumplan las condiciones que exigen, debiendo tener el demandante un derecho de opción en este sentido. (A. G. C.)

25. Responsabilidad decenal. Responsabilidad solidaria de todos los profesionales intervenientes y equiparación del promotor al contratista de obras.—En relación con la responsabilidad por defectos constitutivos de ruina en la edificación, la doctrina jurisprudencial tiene establecido «que la acción fundada en el artículo 1591 CC, permite condenar solidariamente a todos los demandados que con su conducta han contribuido a los defectos funcionales o ruina del edificio y a los cuales no se les determine y cuantifique el grado de contribución al daño» (S de 24 de septiembre de 1994) y que «...En una función integradora del artículo 1591 CC, la jurisprudencia ha venido a incluir entre las personas intervenientes en el proceso constructivo sujetas a la responsabilidad que en el citado precepto se regula al constructor-promotor, que reúne generalmente en una misma persona el carácter de propietario del terreno, constructor y propietario de la edificación llevada a cabo sobre aquél, enajenante o vendedor de los diversos locales o pisos en régimen de propiedad horizontal, beneficiario económico de todo el complejo jurídico constructivo, etc., lo que no impide que para la realización y ejecución del proyecto utilice personal especializado al que ha de contratar, incluido el constructor o ejecutor material de los distintos elementos que integran el conjunto del edificio» (S de 28 de enero de 1994).

Relación entre la acción por vicios ruinógenos del artículo 1591 CC y la acción por vicios ocultos.—Cuando los defectos que presenta la edificación se integran en el concepto de ruina no puede entenderse caducada la acción conforme al artículo 1490 CC, aplicable a los casos de vicios ocultos, sino que el plazo para su ejercicio será el de diez años que establece el artículo 1591 del mismo Cuerpo legal. (STS de 20 de noviembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Juan, doña Cristina, don Salvador y don Augusto G. T. y doña Elvira T. P. interpusieron demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra *Asesoramientos y Servicios Inmobiliarios, S. A. (Aservisa)*, don Bernardo de T. H. y contra *Ferrovial, S. A.* Contestada la demanda, el Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a los demandados a realizar solidariamente una serie de obras de reparación en los apartamentos propiedad de los demandantes en un plazo señalado, apercibiéndoles de que en caso contrario, se mandaría hacer a su costa, y les condenó también a abonar una determinada cantidad por el deterioro sufrido por el mobiliario de los apartamentos.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Málaga la revocó parcialmente en el sentido de imponer a los demandados el ochenta por ciento (80%) de las costas de la primera instancia. Interpuesto recurso de casación, el TS declaró no haber lugar al mismo.

NOTA.—La sentencia que nos ocupa reitera la constante doctrina de la Sala que tiene establecida, lo que constituye una creación jurisprudencial, la responsabilidad solidaria de todos los obligados en virtud del artículo 1591 CC, siempre que se cumplan unas determinadas condiciones. Estas condiciones determinan que el perjudicado debe probar la existencia de la ruina (la culpa y el nexo causal se presume en aquél precepto), debiendo probar los profesionales demandados para poder exonerarse que no han participado en la causación del daño derivado de la ruina. Si fueren varios los demandados responderán parcialmente en proporción a la participación de cada uno en la causación del daño, y si no le fuere posible determinar sus respectivas cuotas de participación, responderán solidariamente (vid., además de las citadas por esta sentencia, las SS de 29 de mayo, 5 de julio y 3 de septiembre de 1997 y 4 de marzo, 2 y 8 de junio y 19 de octubre de 1998). En consecuencia, la solidaridad ampara la posibilidad de ejercitarse la acción contra cualquiera de los agentes que intervinieron en la ejecución de la obra y excluye el litisconsorcio pasivo necesario, lo que en la presente sentencia se materializa en la admisión de que la demanda se dirigiera contra uno de los arquitectos participantes y no contra los demás.

Es igualmente de resaltar la reiteración de la doctrina jurisprudencial en orden a la equiparación entre la moderna figura del promotor, impensable en el tiempo en que se aprobó el Código Civil, y la del contratista a los efectos de aplicación del artículo 1591 CC, recogiendo, en este sentido, la doctrina de la STS de 28 de enero de 1994 (vid., además de las citadas por ésta, las SS de 11 y 17 de octubre de 1974, 26 de junio y 3 de septiembre de 1997 y 21 de octubre de 1998), y ello aunque, como parece ocurrir en el presente caso, la intervención del promotor lo haya sido con posterioridad a la ejecución de la obra. Aun en este caso, le sería reprochable una falta de diligencia en la elección de los profesionales intervinientes y en la vigilancia de la ejecución de la obra (en el mismo sentido, S de 29 de junio de 1987).

Por último, parece seguir la presente sentencia la línea jurisprudencial favorable a entender que los defectos que dan lugar a la ruina de la edificación quedan sujetos a la responsabilidad que establece el artículo 1591 CC y los preceptos relativos al incumplimiento de obligaciones y no a los artículos 1484 y ss. CC, en cuanto que cabe establecer una relación de especialidad de los primeros frente a estos últimos, todo lo cual, a nuestro parecer, no debe impedir el ejercicio, cuando sea procedente, de la acción por vicios ocultos, sobre todo teniendo en cuenta la remisión expresa del artículo 1553 CC. (A. G. C.)

26. Contrato de obra con ajuste alzado y aumento de la obra. Interpretación del artículo 1593 CC.—La doctrina jurisprudencial tiene declarada reiteradamente que en las situaciones en las que las obras ajustadas se les agregan otras no contempladas en el contrato o en los presupuestos, pero que han sido efectivamente realizadas, el aumento de obra autoriza a incrementar el precio pactado cuando las añadidas han sido autorizadas por el propietario. En consecuencia, no puede entenderse infringido el artículo 1593 CC «cuando opera revisión de precios de los contratos de ejecución de obras y ha de ser estimado lícito por resultar de la unión de voluntad de las partes, sin que sea impedimento para su validez y vinculación al haber mediado contrato de obra a precio alzado, que puede modificarse en su ejecución por introducirse obras nuevas, debidamente autorizadas por el propietario, ya que el precepto que se aporta como infringido no es imperativo ni contiene normas de derecho necesario, sino una regla interpretativa de la voluntad de las partes».

En este sentido, «es cuestión de hecho, de la libre determinación por los juzgadores de instancia, si el problema de las obras que justifican el aumento del precio han sido o no autorizadas».

Otras obras realizadas por el sistema de administración.—El artículo 1544 CC no exige que el precio de la obra haya sido determinado, sino que conforme al mismo «son válidas las denominadas actividades constructivas por el sistema de administración, en las que el precio se fija posteriormente en relación a los trabajos realizados y materiales empleados, como también resulta precio cierto cuando se precisa por tasación judicial» (STS de 31 de octubre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Incode, S. A.* interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra don Aurelio T. T. y la mercantil *Minansa, S. A.* sobre reclamación del precio de las obras que había realizado y que se habían ejecutado en dos fases, una, con precio alzado, y la otra, mediante el sistema de administración. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a los demandados a pagar una cantidad un poco menor de la solicitada.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Córdoba la revocó parcialmente y condenó a los demandados a abonar solidariamente una cantidad que sería la resultante de restar a la que concedió el Juzgado la que se fijara en ejecución de sentencia. Interpuesto recurso de casación por ambas partes, el TS declaró no haber lugar a los mismos.

NOTA.—Como en la presente sentencia se indica, cabe distinguir en la misma dos partes claramente diferenciadas, que dan lugar a sendas cuestiones jurídicas, relativas a la ejecución de un contrato de obra. Por un lado, se trata de unas obras cuyo precio ha sido acordado mediante el sistema de ajuste alzado, al que expresamente se refiere el artículo 1593 CC para decir que, en tal caso, el arquitecto o contratista (en realidad, cualquiera de los profesionales que realizaron el ajuste alzado, incluido el promotor) «no puede pedir aumento del precio aunque se haya aumentado el de los jornales o materiales». Sin embargo, ello no impide que ambos contratantes puedan acordar un aumento de la obra inicialmente acordada, lo que conllevará una modificación objetiva del contrato, perfectamente válida conforme a la autonomía privada y que expresamente admite el artículo 1593 *in fine* CC (vid. SSTS de 24 de mayo de 1994, 18 de abril de 1995 y 28 de marzo de 1996, citadas por la presente). Tal es lo que ocurre en el caso tratado en esta sentencia, muy habitual en la práctica, donde los Tribunales apreciaron la existencia de un aumento de la obra consentido tácitamente por el propietario, lo que faculta al contratista para exigir el mayor precio que se deriva del aumento.

La segunda parte que merece ser resaltada viene referida a un contrato verbal que se celebró para la ejecución de determinadas obras por el llamado sistema de administración, en el que el precio no es determinado inicialmente sino que es determinable en un momento posterior y conforme a los trabajos ejecutados y los materiales empleados, todo lo cual no impide la validez del contrato en cuanto el precio del mismo es un precio cierto (STS de 20 de julio de 1995, también citada). (A. G. C.)

27. **Servicios profesionales prestados por un abogado. Calificación como contrato de arrendamiento de servicios.**—El ejercicio de la profesión de Abogado es definido por el artículo 8 del Estatuto General de la Abogacía, aprobado por Real Decreto 2092/1982, de 24 de julio, como una profesión libre e independiente e institución consagrada, en orden a la Justicia, al consejo, a la concordia y a la defensa de derechos e intereses públicos y privados mediante la aplicación de la ciencia y técnica jurídica, protección de forma exclusiva y excluyente de todos los intereses que sean susceptibles de defensa jurídica (art. 9 del Estatuto General de la Abogacía).

El contrato de prestación de servicios es definido en el artículo 1544 CC, como contrato, en virtud del cual, una de las partes se obliga a prestar a la otra un servicio por precio cierto. El objeto del contrato es la prestación de servicios y éstos pueden ser intelectuales o manuales, pudiendo ser uno de ellos los propios de las profesiones liberales, como la de los Abogados (SSTS de 6 de octubre de 1989; 24 de junio de 1991; 23 de octubre de 1992; 23 de octubre y 17 de diciembre de 1995; 15 de noviembre de 1996; 12 de mayo de 1997; 25 de marzo y 30 de mayo de 1998).

Debido a la parquedad del contenido de los artículos 1583 a 1587 CC, la mayoría de ellos derogados, se regula por lo pactado por las partes, y por el Estatuto General de la Abogacía, aprobado por el Real Decreto 2092/1982, de 24 de julio. La obligación del Letrado es, por lo general, salvo que haya sido contratado para una obra determinada, una obligación de medios, esto es, se obliga a desarrollar una determinada conducta diligente, encaminada a

conseguir un resultado, «a prestar sus servicios profesionales con la competencia y prontitud requeridas por las circunstancias de cada caso (art. 1258 CC). En esa competencia se incluye el conocimiento de la legislación y jurisprudencia aplicable al caso, y a su aplicación con criterios de razonabilidad si hubiese interpretaciones no unívocas» (FD 3.º SSTS de 3 de octubre de 1998).

Contenido de la relación contractual. Diligencia exigible.—Son obligaciones del abogado para con su cliente, además de las que se deriven de lo pactado, la del cumplimiento con el mismo celo y diligencia y guardando secreto profesional, de la misión de defensa que le sea encomendada, atendiendo a las exigencias técnicas, deontológicas y morales adecuadas a la tutela jurídica de cada asunto, realizando diligentemente las actividades que le impongan la defensa del asunto (art. 53 del Estatuto General de la Abogacía). Aunque es reiterada la jurisprudencia del TS según la cual no pueden servir de apoyo a la casación por el número 5 del artículo 1692 LEC los preceptos reglamentarios, también es constante admitirlos cuando, como en este caso, tienen el soporte legal del contrato de arrendamiento de servicios, al que se asimila la relación de un Abogado con su cliente.

Los abogados, en el ejercicio profesional están sujetos a responsabilidad civil cuando por dolo o negligencia dañen los intereses cuya defensa les haya sido confiada (art. 102 del Estatuto General de la Abogacía). El artículo 1101 CC impone al abogado actuar diligentemente, diligencia que ha de ser mayor que la propia de un padre de familia, dados los cánones profesionales recogidos en su Estatuto y que sirven de baremo y estricta medida de su actuación. La defensa esgrimida por el Letrado frente a las acusaciones de negligencia profesional reside en alegar que él intentó cobrar de la empresa todo lo debido, pero al encontrarse ésta en situación de suspensión de pagos, la culpa era de los interventores, por no haber incluido correctamente a los trabajadores en la relación de acreedores. Pero estas alegaciones no son suficientes teniendo en cuenta que lo correcto, conforme a la *lex artis* aplicable al supuesto, hubiese sido obtener del Fondo de Garantía Salarial aquello a lo que por ley tenían derecho los trabajadores, subrogándose dicho Fondo en el expediente de suspensión de pagos.

Carga de la prueba.—Hay una clara imputación objetiva, cuando el abogado causó con su actuación un daño a los actores, al presentar la reclamación fuera de plazo. A ello hay que sumar la imputación subjetiva a título de culpa del deudor; la conducta humana se supone voluntaria y es el deudor que incumple el que debe probar que ha sido sin culpa, sino por caso fortuito o fuerza mayor. El abogado «no ha probado en absoluto que hubiera causa que le haya impedido actuar frente al Fondo de Garantía Salarial hasta el año 1987 ...por esa ausencia total de prueba se revela como desidiosa esa conducta» (FJ 3.º, STS de 3 de octubre de 1998).

Quantum indemnizatorio.—La indemnización de los daños y perjuicios significa el resarcimiento económico del menoscabo producido al perjudicado y que por ello, si la reparación tiene que ser total para restablecer el equilibrio y situación anterior al incumplimiento, ha de hacerse sin desproporción entre el menoscabo y su reparación. Para la fijación del *quantum indemnizatorio*, no podemos partir de aquella cantidad que los trabajadores pudieron cobrar en la suspensión de pago, sino de la cantidad que tenían derecho a reclamar al Fondo de Garantía Salarial, con la limitación específica de la cifra pedida en el suplico subsidiario de la demanda. (STS de 3 de octubre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Un grupo de trabajadores de la empresa *Piñas, S. A.*, contrató los servicios profesionales del abogado don Ángel L. M. para que llevara a cabo las actuaciones necesarias a fin de cobrar las cantidades a las que, en concepto de salarios debidos, salarios de tramitación e indemnizaciones por despidos nulos, había ya sido condenada la citada empresa, como ya habían hecho con éxito otros compañeros. Concurriendo en 1984, todas las condiciones legales necesarias para solicitar dichas cantidades del Fondo de Garantía Salarial, el letrado no procedió a plantear dicha reclamación sino hasta 1987, fecha en la que el organismo entendió prescrita la reclamación, cuyo plazo, aunque cuestionado su carácter prescriptivo hasta la Ley 32/1984, de 2 de agosto, era de un año. Demandado en Primera Instancia don Ángel, el Tribunal desestimó la demanda interpuesta por reclamación de daños y perjuicios, pronunciándose en igual sentido la Audiencia Provincial. La representación legal de los demandantes interpuso recurso de casación, alegando, entre otros motivos, la infracción del artículo 1101 CC.

NOTA.—La prestación de servicios profesionales de los abogados, con independencia de aquellos supuestos en los que se encuentran en una relación funcional o estatutaria con respecto a la Administración, puede discurrir jurídicamente a través de varias vías. Pueden destacarse dos grandes grupos: los realizados por cuenta y bajo la dependencia de un empresario, e inserto en el ámbito de organización de éste (SSTS 12 de marzo de 1981, 6 de junio de 1983, 23 de diciembre de 1986 y 6 de octubre de 1989, entre otras); los prestados a una clientela, en régimen de autoorganización profesional. En el primero de los casos nos encontramos ante un contrato de trabajo, y en el segundo, ante una relación de Derecho civil, normalmente arrendamiento de servicios. El abogado no puede ser responsable del acto de un tercero (el órgano judicial, por ejemplo), que puede estar o no de acuerdo con los argumentos que haya formulado en defensa de los intereses encomendados. Como contrato de arrendamiento de servicios, salvo que haya sido contratado para una obra concreta, su obligación se configura como una obligación de medios.

Aunque en el supuesto se haya producido una inversión de la carga de la prueba, la STS de 24 de mayo de 1990, con cita de la de 16 de octubre de 1989, declaró que en los supuestos de responsabilidad civil por infracción de los deberes profesionales o de la *lex artis*, no es de generalizada aplicación la inversión de la carga de la prueba (sobre responsabilidad civil de los abogados y fijación del *quantum*, vid. Al respecto R. Bercovitz Rodríguez-Cano: «Responsabilidad Civil de abogados y procuradores», AC 1997-III, 20 y ss.; A. Albanés Membrillo: «Responsabilidad civil del abogado: *quantum* indemnizatorio. Comentario a la sentencia de la Sala Primera de 28 de enero de 1998», AJ Aranzadi, núm. 331, p. 2 .(R. D. O.)

28. Contrato de arrendamiento de servicios. Naturaleza jurídica y régimen.—El contrato de arrendamiento de servicios es definido en el artículo 1544 CC conjuntamente con el de obra, a los que llama de arrendamiento, como el contrato por el que una de las partes se obliga a prestar a la otra un servicio por precio cierto (sobre la delimitación de ambos tipos contractua-

les, vid. Solé Resina, J: *Los contratos de servicios y ejecución de obras. Delimitación jurisprudencial y conceptual de su objeto*, Madrid, 1997). Su pauperrima regulación sólo contempla los supuestos de los servicios prestados por los criados y trabajadores asalariados. En los demás supuestos, su regulación es concretada por la voluntad de las partes contratantes, y en defecto de pacto, por las normas contenidas en los artículos 1544 y 1583 y ss. CC (SSTS de 7 de febrero de 1995; 12 de mayo de 1997). En el arrendamiento de servicios se trata de desenvolver una actividad, cuyo resultado no está en manos del que realiza el servicio. Es usual, en la celebración de este contrato, la contemplación de las cualidades del sujeto que va a llevar a cabo la prestación. De ahí la importancia que revisten en estos contratos los deberes de fidelidad y secreto (SSTS 6 de octubre de 1989 y 25 de marzo de 1998, en relación a los servicios profesionales prestados por abogados) Se puede servir de auxiliares o colaboradores, pero bajo su dirección y responsabilidad. Es la figura contractual típica de los contratos celebrados con un profesional liberal, abogados y arquitectos (con respecto a estos últimos, SSTS de 10 de febrero de 1987; 29 de mayo de 1987; 25 de mayo de 1988, que configuran el contrato con un arquitecto, como contrato de arrendamiento de obra). El objeto de este contrato es la prestación de servicios, y éstos pueden ser tanto manuales como intelectuales.

Duración del contrato. Inaplicación del artículo 1581 CC.—La falta de señalamiento por las partes de un plazo concreto de duración del contrato, permite su calificación, en principio, como contrato de duración indefinida. Pero ello no significa que a un contrato de arrendamiento de servicios se le aplique, por vía analógica, el artículo 1581 CC, previsto para los arrendamientos urbanos, y en virtud del cual, a falta de plazo fijado, «se entiende hecho por años, cuando es un arrendamiento anual; por meses cuando es mensual; y por días cuando es diario. Al ser un contrato en el que la nota de confianza es esencial, su duración estará en dependencia con el mantenimiento de la misma entre las partes, y por la singularidad y el destino de la disposición legal, no cabe dicha extrapolación» (FJ 2.º, STS de 28 de octubre de 1998; y STS de 12 de mayo de 1997).

Resolución unilateral del contrato. Carácter *intuitu personae*.—El contrato de arrendamiento de servicios, como negocio consensual, oneroso, bilateral y comunitativo, se encuadra en el grupo de los contratos en que las relaciones tienen en cuenta el principio *intuitu personae* (SSTS de 20 de marzo de 1992; 11 de mayo de 1993; 7 de febrero de 1995; 9 de febrero de 1996). Cuando sea así podrá «resolverse por la voluntad unilateral de cualquiera de las partes, de igual modo que el mandato, la comisión mercantil y tantos otros análogos» (SSTS de 7 de febrero de 1995; 12 de mayo de 1997). La obligación de indemnizar podrá surgir si se produce en contra de lo pactado, cuando en el propio pacto se prevea dicha indemnización por el cese, o cuando se aproveche del trabajo prestado por la otra parte, con el fin de evitar que se produzca un enriquecimiento injustificado (STS de 30 de marzo de 1992). (STS de 28 de octubre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Las entidades mercantiles *IM, S. A.*, y *ME, S. A.*, tenían suscrito un contrato de arrendamiento de servicios, sin plazo de duración. Transcurrido cierto tiempo, la entidad *ME, S. A.*, notificó por escrito a *IM, S. A.*, su voluntad de desistir unilateralmente del contrato. Dicha notificación tuvo lugar con un mes de antelación a la fecha fijada por *ME, S. A.* como fecha de extinción. La entidad

IM, S. A. demandó en primera instancia a *ME, S. A.*, solicitando que se le condenara a satisfacer la suma de 8.430.189 ptas., en concepto de lucro cesante y de contraprestación adeudada por servicios facilitados. Estimada parcialmente la demanda, *ME, S. A.* es condenada al pago de 113.011 pesetas, más intereses legales. Recurrida en apelación por la parte demandante, la Audiencia condenó a la demandada a la suma de 1.319.098 pesetas, como contraprestación de los servicios prestados. Recurrida en casación la sentencia de la Audiencia Provincial por *IM, S. A.*, por infracción del artículo 1581 CC, en relación con la doctrina de la Sala de 2 de julio de 1962.

NOTA.—La sentencia que anotamos, además de volver a insistir en el carácter *intuitu personae* de los contratos de arrendamientos de servicios, reitera doctrina del TS (S de 12 de mayo de 1997), acerca de la inaplicación del artículo 1581 CC, referido a los contratos de arrendamientos urbanos sin plazo de duración fijado. Al caracterizar el TS el contrato de arrendamiento de servicios como un contrato en el que la confianza que cada parte tiene en la otra es fundamental, desaparecida ésta, es lógico que la parte que la ha perdido con respecto a la otra parte, no quiera permanecer vinculada contractualmente (vid. art. 1732.1 CC, sobre revocación del mandato). Sin embargo, en los hechos relatados en la sentencia no se hace mención a esa relación de confianza existente entre ambas entidades mercantiles. Sólo se precisa que la parte que ejercitó la resolución unilateral lo notificó a la otra parte con un mes de antelación a la fecha que ella misma había fijado como fecha de extinción. No le reconoce a la parte demandante ningún tipo de indemnización por lucro cesante, sino únicamente el pago de la cantidad debida por los servicios realizados. (R. D. O.)

29. **Depósito voluntario y depósito judicial.**—La facultad que le reconoce el Código Civil al acreedor para la designación de depositario no da como resultado la conversión del depósito judicial en voluntario (secuestro convencional). Mantendrá su propia naturaleza, regulado en los artículos 1785 a 1789. Esta especial regulación, sin embargo, no es obstáculo para su retribución en supuestos concretos: bien que así lo establezca la ley, bien que se haya pactado entre depositario y acreedor que lo designa, o bien cuando así lo reclame el depositario en el momento de su constitución.

Facultad de designación de depositario del acreedor en depósito judicial.—La expresión «bajo su responsabilidad» se refiere a la que el acreedor asume frente al órgano judicial y frente al deudor ejecutado «por la pérdida o desperfectos que sufran las cosas depositadas sin culpa del deudor». Sin embargo, esta responsabilidad no engloba la que pudiese surgir frente al depositario por razón de los daños o perjuicios derivados de la cosa depositada. La indemnización impuesta al depositante frente al depositario, recogida en el artículo 1779, según la doctrina científica, se limita a los perjuicios directos que el depósito ocasiona al depositario, sin incluir las expectativas que tuviese el depositario de no haber existido dicho depósito. (STS de 27 de noviembre de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Don Juan Antonio S. G. demanda al Banco C. H. una cantidad de pesetas determinada en concepto de retribución e indemnización de daños y perjuicios por razón de haber sido desig-

nado como depositario de vehículos embargados en juicio ejecutivo a instancias del demandado Banco, causándole perjuicios el tener ocupada parte de la nave en la que ejerce su actividad. Se desestima la demanda en primera instancia, aunque la Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto. Se presenta ante el TS recurso de casación.

NOTA.—Es necesario observar la jurisprudencia del Tribunal en cuanto a la diligencia del depositario judicial. Se faculta al acreedor, según el artículo 1454 LEC para designar bajo su responsabilidad depositario de los bienes embargados, «pero este precepto no impide ni justifica que el depositario nombrado no cumpla debidamente con su cargo» (S de 28 de julio de 1994.) La designación de depositario la ejercita el acreedor bajo su responsabilidad, que para Miguel Ángel Fernández (*Derecho Procesal Civil III*, ed. Ramón Areces, Madrid, p. 257), significa que si designó depositario, el acreedor es responsable de los desperfectos y de la pérdida de las cosas depositadas ante el deudor ejecutado. El depositario estará obligado a guardar la cosa depositada con la diligencia de un buen padre de familia, teniendo derecho a que se le abonen los gastos originados por la conservación de la cosa. (P. S. S.)

30. Renuncia al arbitraje.—El artículo 11.2 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje, afirma que se entenderá que se renuncia al arbitraje pactado cuando interpuesta la demanda, el demandado realiza cualquier actividad procesal distinta a la proposición de la excepción de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje (art. 533.8.^a LEC). Por tanto, cuando el demandado contesta a la demanda, alega la excepción de inadecuación de procedimiento o se opone al fondo de la cuestión litigiosa, hay que entender, conforme al citado artículo 11.2, que está renunciado al arbitraje. (STS de 27 de octubre de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—En los estatutos de la entidad *Serafín Linares, Electromontajes, S. L.*, se dispone que todas las cuestiones entre la sociedad y los socios o entre éstos como tales, se resolverán mediante arbitraje de equidad.

La citada entidad interpone demanda contra don J.I.S.O. (socio y apoderado de la entidad demandante), suplicando se condene al demandado a pagar determinada cantidad de dinero. El demandado, don J.I.S.O., contesta a la demanda, oponiéndose al fondo de la cuestión y alegando las excepciones de sumisión a arbitraje e inadecuación de procedimiento.

El Juzgado de Primera Instancia estima la excepción de sumisión a arbitraje y no entra a conocer del fondo de la cuestión litigiosa. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto. El TS declara haber lugar al recurso de casación y acuerda que la Audiencia Provincial dicte una nueva sentencia, en la que resuelva, conforme a Derecho, el fondo de la cuestión sometida a debate. (M. J. P. G.)

31. Responsabilidad civil derivada de delito: efecto de las resoluciones penales en el orden civil: doctrina general.—Ha de rechazarse el argumento de que las resoluciones de la jurisdicción penal no producen

excepción de cosa juzgada en la órbita de la jurisdicción civil, lo que exige puntualizar si se trata de sentencias absolutorias o condenatorias. Respecto a las primeras no existe otra vinculación para el Juez civil que la declaración de no haber existido el hecho de que la acción civil hubiera podido nacer (art. 116, pár. 1.^º LEC), y fuera de este supuesto cabe plantear la demanda, cuya respuesta judicial mediante sentencia debe fijar el *factum* en relación al material probatorio obrante en el pleito, por responder la acción de responsabilidad *ex delicto* a un principio de culpa. La inexistencia de conducta punible no excluye necesariamente la realidad de un ilícito civil siempre que resulte demostrado (SSTS de 30 de diciembre de 1981, 8 de diciembre de 1988, 15 de octubre de 1990, 14 de mayo de 1991 y 10 de diciembre de 1992). En cuanto a las sentencias penales condenatorias, la doctrina reiterada de la Sala 1.^a declara que no efectuándose expresa reserva de las acciones civiles (art. 112 LECr), y habiendo sido parte los recurrentes en el proceso penal, ejercitando la acusación particular, las sentencias penales firmes resultan definitivas y vinculantes para el orden jurisdiccional civil, no sólo en cuanto a los hechos que declaran probados, sino también respecto a las decisiones en materia de responsabilidades civiles derivadas del delito o falta, con efectos consuntivos de las acciones civiles correspondientes, pues dichas acciones quedan agotadas o consumadas, lo que impide volver a promover juicio civil sobre los mismos hechos, como consecuencia de instaurar la sentencia penal condenatoria la excepción de cosa juzgada (SSTS de 4 de noviembre de 1991, 12 de julio de 1993 –que cita la abundante jurisprudencia anterior– y 11 de mayo de 1995). No corresponde a los Tribunales civiles suplir las deficiencias que hayan podido cometerse en los procesos penales.

Accidente mortal en la construcción: ejercicio simultáneo de las acciones civiles contra diversos responsables: firmeza ulterior de la sentencia penal: acción civil independiente contra la aseguradora: cosa juzgada: identidad de personas: litispendencia.—Como dice la STS de 11 mayo 1995, resultaría una situación ilógico-jurídica y no acomodada a la legalidad, que pudieran los perjudicados a su arbitrio o capricho, fragmentar y dividir las indemnizaciones civiles, persiguiendo parte en vía penal y el resto en la civil, cuando el acto ilícito generador es el mismo, y no convergen modificaciones posteriores que autoricen a conceder mayor indemnización; lo que también es de aplicar cuando al plantear la reclamación civil no se había resuelto todavía la apelación contra la sentencia del Juez penal; resultando aun más inadecuado que antes de dictarse la segunda sentencia penal firme, los recurrentes funden sus pretensiones en una primera sentencia, anulada luego por la Audiencia Provincial. La identidad de personas a efectos de la cosa juzgada se produce cuando se dan vínculos de solidaridad jurídica. En igual supuesto carece de sentido la excepción de litispendencia. (STS de 24 octubre 1998; no ha lugar.)

NOTA.—Extraño comportamiento procesal en una reclamación civil por daños ocasionados en accidente mortal de trabajo; en el proceso penal no hubo reserva de acciones; la reclamación ante la jurisdicción civil se interpone después de la sentencia penal en primera instancia en la que se condena al contratista, y la acción se dirige contra la aseguradora y los demás imputados absueltos, reclamándose mayor indemnización; la apelación penal se resuelve en momento ulterior. La doctrina aquí sentada está de acuerdo con

la generalmente mantenida por la Sala 1.^a (v. Rivero en Lacruz *et alii*, *Elementos*, II-2, 1999, p. 463 s.). (G. G. C.)

32. Efectos reflejos en un proceso civil de una sentencia penal firme: lesiones sufridas por colegial en visita organizada por Centro educativo.—La omisión de la posible responsabilidad del Centro educativo en la sentencia penal condenatoria, no puede determinar ni excluir la responsabilidad civil del mismo, sino que hay que calibrar los efectos reflejos de una sentencia penal en un determinado proceso civil.

Carácter quasi-objetivo de la responsabilidad del empresario: visita al Zoo organizado por Centro educativo con un grupo de niños.—La línea jurisprudencial es de decidido rigor en relación a la responsabilidad del empresario, entendido en sentido amplio, de manera que se puede hablar de una responsabilidad quasi-objetiva (así como emblemáticas, las SS de 4 de diciembre de 1984, 4 de febrero de 1986 y 21 de septiembre de 1987). En el presente caso, son datos inexcusables: *a) Que el niño atacado por el león tenía cuatro años y medio; b) Que en estas visitas hay que desarrollar un plus de atención y cuidado; c) Que lo anterior se acrecienta cuando la visita al Zoo se organiza con un grupo de niños de un Colegio, del cual eran alumnos, bajo la vigilancia de profesores y cuidadores; y d) Que el niño lesionado estuvo totalmente descontrolado por parte de los profesores cuando ocurrió el accidente.*

Responsabilidad del Colegio: culpa in vigilando e in eligendo.—La responsabilidad extracontractual del Colegio es clara pues, aparte de que con arreglo a la inversión de la carga de la prueba, la entidad acusada de culpabilidad, no ha logrado demostrar la existencia de una diligencia por su parte para evitar el accidente, de los datos fácticos se infiere nitidamente una falta en el control y vigilancia del menor, que fue una de las causas productoras del accidente, sin perjuicio de la responsabilidad de la dirección del Parque Zoológico, ya delimitada penalmente; el Centro docente debe responder por la actuación de los profesores en base a la culpa *in eligendo*.

Cuantía indemnizatoria.—Hay que tener en cuenta las secuelas que pueden afectar al menor durante toda su vida, su dificultad en la integración social y laboral por la deformidad que le ocasionan, así como su repercusión desde el punto de vista psicológico, pareciendo lógica y aceptable la suma de diez millones de pesetas. (STS de 31 de octubre de 1998; ha lugar.)

NOTA.—En ambas instancias se desestimó la demanda al aplicar la cosa juzgada penal. La doctrina, sin embargo, admite otras reclamaciones civiles, —por ej. contra el empresario—, respecto de personas contra las que no se dirigió la acción penal (así Rivero en Lacruz *et alii*, II-2.^º, Madrid 1999, p. 464; también Pantaleón, *Comentario Ministerio de Justicia*, p. 1977). Hay, sin embargo, una duda que no resuelve la lectura de esta sentencia: ¿Hubo condena a indemnización civil en la anterior sentencia penal contra los responsables del Zoo?, y si la hubo, ¿no debería haberse computado para fijar ahora otra indemnización? (G. G. C.)

33. Muerte en atropello: sentencia penal condenatoria y firme: indemnización civil abonada a familiares por aseguradora: cosa juzgada penal: no procede en vía civil la repetición de las indemnizaciones por aseguradora.—Se dan los requisitos de la cosa juzgada penal con eficacia

civil pues concurre especialmente la identidad de personas. Una aseguradora no podrá ejercitar el derecho de repetición que contempla el artículo 7.^º del RD Legislativo de 28 de junio de 1996, reclamando a los familiares perjudicados por un accidente de trabajo, que le devuelvan la indemnización que les hizo efectiva en cumplimiento de sentencia penal firme condenatoria, pues en virtud de la cosa juzgada la jurisdicción civil no puede revisar, ni menos modificar, los razonamientos y subsiguiente pronunciamiento condenatorio de aquélla. (STS de 31 de octubre de 1998; no ha lugar.)

NOTA.—El supuesto envolvía alguna singularidad: el propietario del vehículo que iba de acompañante, perece en accidente de circulación, resultando condenado penalmente el conductor; la sentencia penal condena a la aseguradora a abonar las indemnizaciones correspondientes a los familiares del fallecido, que había suscrito, además del obligatorio, otro seguro voluntario. Después de haber abonado las indemnizaciones, la aseguradora pretende la repetición por entender que no estaba obligada a indemnizar. La solución parece correcta porque la aseguradora tenía que haber alegado y discutido en el proceso penal la procedencia o improcedencia de su deber de indemnizar conforme a las pólizas suscritas. Por otra parte, la sentencia reitera la doctrina general contenida en S de 24 de octubre de 1998. (G. G. C.)

34. Culpa extracontractual: accidente de trabajo: compatibilidad de la responsabilidad civil con la laboral: estado de la doctrina jurisprudencial.—Esta cuestión se ha resuelto a favor del orden jurisdiccional social en SS de 10 de febrero de 1998 y 24 de diciembre de 1997, entendiendo que tales acciones se fundamentan en infracciones del contrato laboral y por ello reclamaban indemnización. Pero numerosísimas sentencias discrepan de este criterio (entre las que pueden señalarse las de 23 de mayo de 1978, 29 de diciembre de 1980, 14 de abril y 10 de julio de 1981, 6 de mayo, 6 de junio y 5 de julio de 1983, 1 de abril de 1984, 28 de octubre de 1986, 16 de marzo de 1987, 10 de marzo de 1988, 2 de enero de 1991, 6 de octubre de 1992, 4 de junio de 1993, 19 de diciembre de 1996, 21 de marzo y 19 de mayo de 1997, y 19 de febrero de 1998), en las que se admite la compatibilidad de las acciones siempre que ante el orden civil se demande con apoyo en fundamentos jurídicos propios de dicho orden.

Requisitos de la reclamación civil.—Será competencia de la jurisdicción ordinaria cuando se alegue una falta de diligencia que sobrepasa el contenido del contrato de trabajo, se invoque una norma civil y los daños causados no hayan sido objeto de compensación plena por cualquier otro orden jurisdiccional. La responsabilidad laboral, regida por normas propias que se desgajaron del tronco del orden civil, protegen a los accidentados por el cauce de la Seguridad Social, y a través de acciones fundadas en accidente de trabajo que genera las indemnizaciones cuantificadas por la ley, con eventuales incrementos en supuestos de infracción de normas de seguridad e higiene, pero para que no sean compatibles con la acción civil subsiguiente, es preciso que en aquélla se haya agotado por reparación suficiente el derecho a demandar. El tratamiento civil deberá cuidadosamente analizar la concurrencia de los elementos para la aplicación del artículo 1902 CC, y, señaladamente, que siendo acción complementaria, no siempre serán aplicables, ni la teoría de la creación de riesgos ni la inversión de la carga de la prueba, como

tampoco tendrá acogida la negligencia profesional, y siempre cabrá pensar en la concurrencia de causas del evento dañoso. En el presente caso se tiene en cuenta el carácter ajeno al contenido del contrato laboral, y que esta posible falta de diligencia sobrepasa el contenido del contrato de trabajo y se invoca el artículo 1902 CC, por lo cual, teniendo en cuenta la STS de 13 octubre 1998 y la muy reiterada jurisprudencia de esta Sala, procede casar la sentencia y devolver las actuaciones al Juzgado de Primera Instancia por conducto de la Audiencia Provincial para que conozca del asunto y sus incidencias. (**STS de 18 de noviembre de 1998; ha lugar.**) (G. G. C.)

35. Culpa extracontractual. Accidente laboral: competencia de la jurisdicción civil.—La materia para determinar la competencia del orden jurisdiccional social se refiere a las cuestiones concernientes al ámbito propio del contrato de trabajo y a aquellas otras relacionadas con los conflictos colectivos, la Seguridad Social y las Mutualidades, y tal circunstancia vinculante no concurre en el supuesto del debate, donde lo acontecido fue la producción de un resultado dañoso como consecuencia de un hecho realizado en los quehaceres laborales, lo cual excede de la órbita específica del contrato de trabajo, y permite entender que su conocimiento corresponde al orden civil por el carácter residual y extensivo del mismo, concretado en el artículo 9.º 2 LOPJ, máxime cuando en la demanda se hace alusión a que la acción ejercitada es la personal de resarcimiento de daños y perjuicios con cobertura en los artículos 1902 y 1903 CC, doctrina reiterada de esta Sala, por todas en STS de 21 de marzo de 1997. (**STS de 13 de octubre de 1997; ha lugar.**) (G. G. C.)

36. Culpa extracontractual: muerte en accidente de trabajo: legitimación del perjudicado.—Es reiterada y constante la doctrina jurisprudencial según la cual la condición de perjudicado, bien sea por hechos delictivos como quasi-delictivos, no necesariamente coincide con la de heredero, y, sobre todo, la muerte de un ser querido no incorpora a su *as hereditario* ningún derecho de contenido patrimonial nacido de su propia muerte; los padres del interfecto, que con él convivían, son evidentemente perjudicados por el luctuoso suceso, ya que la propia muerte y la convivencia son elementos suficientes, que, unidos al parentesco filial, permiten afirmar que son demostración suficiente de la existencia de perjuicios económicos y morales.

Incompetencia de jurisdicción.—La falta de jurisdicción se aprecia de oficio, siendo posible plantearla en casación por el núm. 1.º del artículo 1692 LEC; en el caso de autos, entre el difunto y la recurrente no media vínculo contractual de ningún género por haber sido subcontratada la empresa en que aquél trabajaba; su muerte mientras trabajaba permite a los perjudicados acudir a los Tribunales invocando su condición de tales y demostrando los requisitos de aplicación del artículo 1902 CC, y es reiterada y constante la jurisprudencia de esta Sala que entiende ser compatibles las responsabilidades derivadas del contrato de trabajo y las derivadas del 1902 CC, siendo expresión de este criterio las SSTS de 13 de octubre y 18 de noviembre de 1998.

Requisitos de la responsabilidad.—La sentencia de instancia declara probados la existencia de nexo causal entre el pésimo estado de la instalación eléctrica y las humedades de las paredes y suelo del local donde precisó utilizar la lámpara, y la muerte del infortunado, no apreciándose negligencia alguna en el fallecido. (**STS de 24 de noviembre de 1998; no ha lugar.**) (G. G. C.)

37. Accidente de trabajo: incompetencia de jurisdicción: incumplimiento de contrato de trabajo con infracción de medidas de seguridad: no ejercicio de acción de culpa extracontractual.—La base de la pretensión de la parte recurrente está constituida por una relación derivada exclusivamente de un contrato laboral, sin atenerse a la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 CC, y, por lo tanto, está sujeto a la jurisdicción social que debe determinar las consecuencias de aquél, con inclusión de las procedentes reclamaciones por daños y perjuicios derivados de un incumplimiento contractual. En ningún caso podrán entrar en juego las normas de la culpa y responsabilidad contractual del artículo 1101 CC que se refiere única y exclusivamente a las obligaciones derivadas de un contrato civil o mercantil. Todo lo cual se basa en el artículo 25.1 LOPJ aplicable cuando los servicios se han prestado en España o el contrato laboral se ha celebrado en territorio español. Las sentencias de esta Sala alegadas por el recurrente no tienen nada que ver con la presente cuestión que tiene por objeto única y exclusivamente la acción derivada de un contrato laboral. Por último, hay que tener en cuenta la doctrina jurisprudencial pacífica y consolidada emanada de las resoluciones de la Sala de Conflictos de Competencia del TS (AA de 23 de diciembre de 1993 y 4 de abril de 1994), cuando determina que el contenido del contrato de trabajo así como las reclamaciones derivadas del mismo están comprendidas dentro de la rama social del Derecho y se deben atribuir a los Jueces de lo Social. (STS de 24 de octubre de 1998; no ha lugar.) (G. G. C.)

38. Muerte en accidente laboral: competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa.—En la sentencia de la Audiencia Provincial se estima parcialmente la demanda por apreciar tanto culpa de la víctima como de la Administración y de la empresa contratista de la obra pública; esta última, por no haber adoptado las precauciones legales contenidas en una Ordenanza Laboral, y que la Administración era responsable por haber abierto al tráfico la autovía que se construía antes de la entrega de la obra; a su vez, la víctima mortal era culpable por haber aparcado el camión que conducía en un arcén, a las diez de la noche, haber querido atravesar la autovía para alcanzar la marcha contraria a la que llevaba su vehículo, lo que determinó que saltara vallas y pretilles que señalan impedimento para cualquier acción, ya que existía un hueco en la mediana sin luz alguna, protegido con aquellas medidas. Así las cosas, es claro que el desgraciado accidente se produjo sólo y exclusivamente en el marco de la ejecución de una obra pública, no siendo el contratista una persona ajena al actuar administrativo, en cuyo caso la jurisdicción civil sería la competente, como esta Sala reiteradísimamente ha establecido cuando se demanda de responsabilidad a la Administración y a un tercero, por lo que procede la estimación del motivo, de acuerdo con la sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 20 de junio de 1994. (STS de 30 de octubre de 1998; ha lugar.) (G. G. C.)

39. Culpa extracontractual: muerte en accidente laboral: responsabilidad de la empresa contratista: diligencia específica.—La condena de la empresa contratista se basa, como más importante, en que con anterioridad a los hechos enjuiciados ya se había producido en la misma empresa un accidente similar, al utilizar un andamio de la misma casa, lo que debió llevarla a investigar la causa o a no utilizar tales andamios, de modo que el accidente no era imprevisible, sino, con utilización de las cautelas necesarias, era evitable; es exigible en estos casos una diligencia específica más alta que la admis-

nistrativamente reglada, según las circunstancias del caso concreto, de las personas, tiempo, lugar y sector de la realidad social en la que se actúa, que no permitían hacer caso omiso del indicado antecedente, dados los intereses en juego y la experiencia de la empresa interviniente; el resultado dañoso para el recurrente era previsible y evitable, habiendo enlace preciso y directo o nexo causal entre culpa y daño, presentándose aquélla como causa adecuada y eficiente, explicativa del cómo y el porqué se produjo el segundo, debiendo advertirse que unos mismos hechos pueden valorarse de modo diferente por los distintos órdenes jurisdiccionales, e igual ocurre con los informes de la Inspección de Trabajo, aunque se les atribuya la cualidad de informe pericial.

Exoneración de la empresa subcontratista: caso fortuito.—Acreditada la buena instalación del andamio y el desconocimiento por la subcontratista del accidente anterior, el reproche culpabilístico tendría que centrarse esencialmente en la previsibilidad del resultado dañoso, hecho que no puede exigírselle, ocurriendo además que la creación del riesgo ha de achacarse a quien proporcionó el andamio, lo arrendó o lo fabricó, pero nunca a quien lo coloca correctamente y no puede conocer sus defectos intrínsecos, pues el requisito de la previsibilidad resulta esencial para generar culpa extracontractual, y, al faltar, cesa la obligación de indemnizar por concurrir caso fortuito; ha de casarse la sentencia que deriva la responsabilidad del subcontratista de su condición de tal y de deberes genéricos o contractuales que nada tienen que ver con la imprevisible causa del daño, debido al sistema de sujeción poco fiable de los anclajes que unían la chapa de pisa del andamio con el resto del mismo, pero en modo alguno a un defectuoso montaje, o a un incorrecto uso de sus componentes, y, ni siquiera, a una defectuosa vigilancia. Se acoge el recurso interpuesto por la empresa subcontratista. (**STS de 1 de octubre de 1999;** ha lugar en parte.) (G. G. C.)

40. Culpa extracontractual: accidente de trabajo: compatibilidad de la indemnización civil y laboral: doctrina de la equivalencia de resultados.—Es doctrina de esta Sala, reiterada en numerosas sentencias, de ociosa cita, la de la compatibilidad de la indemnización satisfecha por accidente de trabajo y la dimanante del acto culposo, tanto en el espacio de los daños materiales, como en el de los morales, ya que la reglamentación especial no sólo no restringe el ámbito de aplicación de los artículos 1902 y 1903 CC, sino que explícitamente viene reconociendo su vigencia, al aceptar expresamente la posibilidad de que puedan derivarse del hecho cuestionado otras acciones que las regidas por la legislación laboral, exigibles las mismas ante la jurisdicción del orden civil. Por ello la conclusión a que llega la sentencia de la Audiencia Provincial de que los daños materiales han quedado reparados por las prestaciones del INSS y del seguro concertado por la empresa, quebranta aquella posición jurisprudencial; sin embargo, por aplicación de la doctrina de la equivalencia de resultados, el acogimiento de algún motivo del recurso no siempre supone la casación, como ocurre cuando procede mantener el fallo por argumentos distintos. Así la indemnización de dos millones de pesetas a que se condena en la instancia es la adecuada para la reparación de los daños materiales y morales. (**STS de 30 de noviembre de 1998;** no ha lugar; voto particular de Martínez-Calcerrada y Gómez.)

NOTA.—Concentro aquí las observaciones a siete sentencias dictadas sobre materia homogénea, consistente fundamentalmente en la compatibilización de la indemnización civil y laboral en mate-

ria de accidentes de trabajo, con obvia atribución de la primera a los Tribunales ordinarios. Cuestión bastante pacífica hasta los Autos de 23 de diciembre de 1993 y 4 de abril de 1994, dictados por la Sala de Conflictos, que reivindican para la Sala de lo Social dicha competencia en aplicación del artículo 9.5 LOPJ y los artículos 1 y 2 de la Ley de Procedimiento Laboral de 27 de abril de 1990. Este muestreo, sin ser concluyente, sí resulta de alguna significación sobre la doctrina de la Sala 1.^a en dicha materia, en la época (segundo semestre 1998): de siete sentencias extractadas, hay cinco en las que se resuelve en favor de la competencia civil, una claramente en favor de la jurisdicción social y otra que deriva hacia la contencioso-administrativa, además de un Voto particular en aquel sentido. En cuanto a los Ponentes: dos Magistrados reiteran ponencia en sentido favorable a la jurisdicción civil (García Varela y Marina Martínez-Pardo) y un tercero (Fernández-Cid de Temes) abunda en lo mismo en una notable sentencia que, sin embargo ni siquiera llega a plantearse el tema jurisdiccional, quizás por considerarlo absolutamente claro, pese a tratarse de materia a estimar de oficio. La única sentencia que aplica la doctrina de la Sala de Conflictos es ponencia de Sierra Gil de la Cuesta; Gullón Ballesteros la hace derivar a la jurisdicción contenciosa por producirse el evento dañoso en una obra pública; y Martínez-Calcerrada que anteriormente patrocinó el mismo criterio, es autor ahora de un Voto particular a favor de la jurisdicción laboral. En las instancias inferiores, se han pronunciado a favor de la jurisdicción laboral las Audiencias Provinciales de Santander, La Coruña y Albacete y el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Albacete.

En la STS de 24 de octubre de 1998 el actor reclama setenta y cinco millones de pesetas, al parecer por las lesiones sufridas en accidente laboral, demanda estimada parcialmente por el Juzgado de Primera Instancia que la reduce a quince millones (¿conciencia con la culpa del perjudicado?); el TS argumenta que se invoca una relación derivada exclusivamente de un contrato laboral, por lo que resultan inaplicables los artículos 1101 ss. CC, siendo procedente aplicar el artículo 25.1 LOPJ; es inaplicable también la jurisprudencia de la Sala 1.^a ya que los hechos alegados nada tienen que ver con el artículo 1902; por último se citan los Autos de 1993 y 1994 de la Sala de Conflictos. Los hechos que originaron la STS de 30 de noviembre de 1998, resueltos en favor de la jurisdicción civil, consistieron en el aplastamiento del cráneo sufrido por el obrero por el carro de transporte de una máquina acolchadora que, en su movimiento de vaivén, dejaba una pequeña abertura suficiente para que el obrero introdujera la cabeza, hecho inexplicable por sí mismo, y que la sentencia achaca a culpa de la víctima; por ello la indemnización fue reducida, en la instancia a dos millones de pesetas. El TS estima el recurso interpuesto por los familiares de la víctima, pero sin efecto en el fallo, dado que, en aplicación de la doctrina de la compatibilización, se considera inadecuada la afirmación de la Audiencia Provincial de que los daños materiales habían quedado reparados por las prestaciones del INSS y el seguro contratado por la empresa. Es de advertir que no hay datos en la sentencia del TS para conocer los fun-

damentos jurídicos de la demanda, pero en el Voto particular ya aludido se dice que *se ejercita acción ex art. 1902 CC, precisamente por infracción del artículo 90 de la Ordenanza de Seguridad e Higiene en el trabajo*, y se reproduce uno de los motivos del recurso de casación basado en la falta de medidas de seguridad en la máquina de la empresa demandada, que se adoptaron, precisamente por la empresa, después del accidente. El Voto particular recuerda que el tema de la jurisdicción se plantea de oficio e invoca los Autos ya conocidos y también el de 10 de junio de 1996 en el que expresamente se dice que el incumplimiento de las medidas impuestas por la legislación de seguridad e higiene en el trabajo se integra en el contenido de la relación laboral, cuyo conocimiento es materia propia de la jurisdicción social.

Entre la jurisprudencia favorable a la jurisdicción civil, la STS de 10 de octubre de 1998, estimatoria del recurso contra sentencia de la Audiencia Provincial de Santander que declinó la competencia, se reclamaba indemnización por lesiones sufridas en accidente laboral al cortar una viga de hierro, mediante soplete oxiacetilénico, reclamándose diez millones que otorga el Juzgado de Primera Instancia. La argumentación del TS es sencilla: «Lo acontecido fue la producción de un resultado dañoso como consecuencia de un hecho realizado en los quehaceres laborales, lo cual excede de la órbita específica del contrato de trabajo». Mayor esfuerzo argumentativo se encuentra en STS de 18 de noviembre de 1998, relativa a los daños sufridos por un pintor al caer de un tramo sin barandilla, con resultado de invalidez permanente absoluta, reclamando treinta y cinco millones; ambas instancias se declaran incompetentes remitiéndose a la jurisdicción laboral; resulta, por ello, significativo que el TS reafirme su propia competencia. En el FD 2.^º describe el *status quaestionis* en la jurisprudencia de la Sala 1.^a, y tiene en cuenta las decisiones de la Sala de Conflictos; fija, en cierto modo, los requisitos para que prospere la acción civil, y lo hace con criterio que puede calificarse de restrictivo; fundamentarse en normas civiles, que los daños no hayan sido compensados por otro orden jurisdiccional, y concurrencia de los requisitos del artículo 1902 CC (que se exige *cuidadosamente*), señaladamente en relación con el autor, la culpa y la relación de causalidad, con posibilidad de compensación de culpas y no obligatoriedad de la inversión de la carga de la prueba o de la teoría de la creación del riesgo.

¿Cabe sentar algunas conclusiones? Desde luego es marcada la inclinación de la Sala 1.^a a ratificar su propia competencia en aras de la doctrina de la compatibilización de indemnizaciones. Necesidad de que la demanda se fundamente en los artículos 1902 y concordantes del CC. Alegación de haberse producido el accidente fuera de la normativa sobre seguridad en el trabajo. Falta de reparación íntegra del daño por causa del accidente laboral ocurrido. Todo ello restringe el ámbito de actuación de los Tribunales civiles respecto de lo que hasta ahora venía ocurriendo. Pero ¿hasta el punto de que, en el futuro, desaparezca esa competencia civil residual? A mi juicio resulta significativo que entre las instancias inferiores se va propagando la corriente pro-laboral, lo que, a medio plazo, puede impedir, de hecho, que se planteen estas reclamaciones. ¿Es

bueno y deseable este resultado, o, más bien, será perjudicial para los justiciables? Habrá que esperar a ver los pronunciamientos que en estas materias se manifieste la jurisdicción social, así como, especialmente, las cuantías de las indemnizaciones que otorguen. Puede verse un tratamiento reciente con información bibliográfica, Díez-Picazo, *Derecho de daños* (Madrid 1999) pp. 170 ss., esp. p. 186 incluyendo jurisprudencia de varias Salas del TS. (G. G. C.)

41. Culpa extracontractual: accidente ferroviario: culpa de RENFE: evolución de la jurisprudencia hacia una moderada objetivación.—Según S de 24 de julio de 1997 la culpa de la RENFE radica en el actuar no ajustado a la diligencia exigible según las circunstancias del caso concreto, de las personas, tiempo y lugar, de modo que no se agraven los riesgos que acompañan las maniobras y el tráfico ordinario de los ferrocarriles, de por sí peligrosos y con resultados dañosos previsibles y evitables. La S de 31 de diciembre de 1997 destaca la tendencia cada vez más proclive a una cierta objetivación de la responsabilidad extracontractual. La de 1 de mayo de 1998 alude a una moderada recepción del principio de responsabilidad objetiva, basada en el riesgo o peligro que excusa el actor psicológico de la culpabilidad del agente, o lo que es igual que la culpa de éste se presume *iuris tantum*.

Paso a nivel peligroso: concurso de culpas.—Se declara acreditado que el paso a nivel donde se produjo la colisión, carente de barreras, es de notoria peligrosidad, cuestionándose la buena visibilidad del tren que pueda acercarse por la vía, sin que la señal de stop garantice que el accidente pueda evitarse, concluyendo por la muy escasa visibilidad que se convierte en insignificante; por todo lo cual RENFE incurrió en responsabilidad dado que mantuvo un paso a nivel de escasa visibilidad, sin las debidas medidas de protección, barreras, semibarreras o cualquier otro elemento de control que evitase sucesos tan luctuosos como el acaecido. Por otro lado, se aprecia que la víctima tuvo una participación —no una autoría exclusiva—, en el accidente ferroviario, con lo que se aprecia una concurrencia de causas que motiva la moderación de la indemnización solicitada. (STS de 7 de octubre de 1998; no ha lugar.)

NOTA.—Se reclama una indemnización de treinta millones de pesetas por la muerte en un paso a nivel de la madre de las dos actoras; el Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda por falta de litisconsorcio pasivo necesario; la Audiencia Provincial estima la apelación y, entrando en el fondo, declara concurrencia de culpas reduciendo la indemnización a veinte millones de pesetas en total (diez a cada hija). El TS desestima el recurso (Pte O'Callaghan Muñoz) con base en la sentencia extractada. No hay datos sobre las circunstancias del atropello (si la víctima era peatón o circulaba en vehículo). Interesa la evolución de la jurisprudencia en el sector ferroviario hacia una moderada objetivación, aunque la sentencia destaca la negligencia de la RENFE. El análisis económico del derecho acaso muestre que es más rentable para esta empresa pagar las indemnizaciones a que se le condenen, que sustituir los pasos a nivel sin barrera existentes en toda España. Tema de alcance general que los Tribunales no pueden afrontar. (G. G. C.)

42. Culpa extracontractual: daños por excavación en tendido eléctrico: pluralidad de responsables: solidaridad impropia: interrupción de la prescripción extintiva.—La jurisprudencia de esta Sala ha admitido la lla-

mada solidaridad impropia por la necesidad de salvaguardar el interés social en supuestos de responsabilidad extracontractual cuando hay causación común del daño que conduce a la unidad de responsabilidad, y ante la imposibilidad de establecer cuotas ideales de participación en la responsabilidad; este principio de responsabilidad solidaria se traduce, en materia de prescripción de la acción, en que la interrupción de la prescripción en estas obligaciones solidarias, aprovecha y perjudica por igual a todos los acreedores y deudores, como establece el artículo 1974 CC y reitera la jurisprudencia.

Irresponsabilidad de la empresa propietaria de la excavadora.—Si bien la máquina excavadora era manejada por un empleado de la empresa propietaria, la operación de apertura de la zanja se realizaba según las instrucciones concretas del contratista codemandado, presente en el lugar al ocurrir los hechos, sin que conste acreditado que el conductor de la excavadora desoyese aquellas instrucciones y rebasase, al hacer la zanja, las señales marcadas por el contratista.

Responsabilidad del contratista.—La conducta del contratista en relación con la apertura de la zanja ha de estimarse negligente, por no haber adoptado las medidas pertinentes para evitar el daño que se produjo; y si bien es cierto que contrató con otra empresa el servicio de la excavadora, al carecer de ese tipo de maquinaria, no es menos cierto que fue él quien dirigió *in situ* la excavación, sin cerciorarse previamente de si en aquel lugar existía o no alguna red eléctrica, o de otra clase, que pudiera resultar afectada por esa rotura del suelo.

Responsabilidad del dueño de la obra.—También es de apreciar una conducta negligente en el dueño de la obra, ya que en ningún momento solicitó información alguna sobre la existencia de redes eléctricas, o de otra clase, en el lugar, teniendo en cuenta además que asumió en el contrato obligaciones de vigilancia que no ejercitó (*culpa in vigilando*), sin que la cláusula de exoneración de responsabilidad tenga eficacia frente a terceros perjudicados. (STS de 3 de diciembre de 1998; *ha lugar*.) (G. G. C.)

43. Culpa extracontractual: daños por movimiento de tierras ya finiquitados: supuestos daños ulteriores. Ausencia de nexo causal.—Lo que aparece como probado es que los daños y perjuicios causados por el movimiento de tierras fueron satisfechos por la parte recurrente a la parte actora, ahora recurrente, a entera conformidad de las mismas según consta en el finiquito plasmado en el documento de 25 de diciembre de 1985. Todo lo acaecido posteriormente en relación a la construcción de una nave industrial por la recurrente, son problemas de tipo administrativo entre dicha parte con el Ayuntamiento; y dado que la intervención de la parte recurrente no ha sido otra que proporcionar datos e informes para ser utilizados por dicha parte actora sus recursos frente al Ayuntamiento, no puede ser titular del desarrollo causal de las consecuencias presuntamente perjudiciales por las trabas administrativas planteadas; todo lo cual hace que sea inexistente el nexo causal que debe coordinar la acción y el resultado dañino. (STS de 17 de noviembre de 1998; *no ha lugar*.)

NOTA.—Resulta difícil entender el fundamento de la reclamación de más de trece millones de pesetas contra HUNOSA. ¿Será que por tratarse de entidad estatal se piensa que aquélla deberá asumir todos los daños, más o menos posibles o imaginarios?; reclamación que es rechazada en ambas instancias y fracasa, obviamen-

te, en casación. Quizá por ello el FD 1.^º acusa cierta vacilación en la *ratio decidendi* para desestimar el recurso: así, no viene muy a cuento aludir a la evolución de la jurisprudencia que ha corregido el excesivo subjetivismo con que venía aplicándose el 1902 CC; tampoco evocar la culpa exclusiva del perjudicado o la doctrina de hacer supuesto de la cuestión; sólo al final se exponen los hechos y la doctrina extractada. En realidad cabría fundar la desestimación del recurso en la cosa juzgada, o en la falta de prueba de los supuestos de hecho del 1902 CC (en particular, no hay daño imputable al demandado). (G. G. C.)

44. Culpa extracontractual: muerte por electrocución. Contacto de línea de alta tensión con camión-grúa: relación de causalidad.—No es posible apreciar la existencia de ninguna relación de causalidad entre el resultado dañoso producido y la presencia de la línea eléctrica, pues la altura mínima desde uno de sus apoyos al suelo, aun cuando no fuera la reglamentaria exigible, permitía el paso holgado del vehículo por debajo de ella, y, lo que es más importante, el contacto no se habría producido a no ser porque su conductor colocó aquél debajo del tendido, no pudiendo olvidarse al respecto que tal colocación del vehículo no venía requerida para poder realizar el trabajo que tenía encomendado la víctima del accidente.

Conducta diligente del empresario: ausencia de relación de causalidad.—Tampoco es posible apreciar la referida relación causal en la conducta del empresario, puesto que el mismo tenía impartidas instrucciones concretas y reiteradas a todos los conductores a su cargo, acerca de que en ningún caso situaran los vehículos, para su descarga, debajo de la línea de alta tensión, órdenes desobedecidas por la víctima, aunque de manera indeliberada; máxime cuando no era preciso para el desempeño de la labor que efectuaban, siendo irrelevante la momentánea ausencia del empresario del lugar de los hechos, pues con el conductor colaboraban el jefe de equipo y un peón de la empresa. (STS de 3 de diciembre de 1998; no ha lugar.)

NOTA.—Parecida insatisfacción que me ha producido la sentencia de 8 octubre 1998, publicada en este número del *ADC* (accidente mortal en la cantera al dar marcha atrás un camión), me causa ahora la lectura de esta sentencia aunque el presente caso ha de examinarse por partes. La exoneración del empresario de transporte me parece clara pues logra demostrar, —como hasta la saciedad recoge la sentencia extractada—, que ha aleccionado a sus empleados sobre las precauciones a adoptar en prevención, precisamente, de este tipo de accidentes. Si bien, no se explica bien lo que dice el TS de que el conductor desobedeció las instrucciones de su principal, pero no de modo deliberado: cabe conjeturar ¿es que el lugar aparecía de difícil localización para el conductor del camión-grúa?; pero el accidente no sucedió de noche sino que la sentencia precisa que ocurrió a las 17,15 horas del 22 de junio de 1987; no siendo probable que, en el mes indicado, hubiera niebla espesa en la provincia de León. Pero la empresa eléctrica propietaria de los cables de alta tensión me parece que ha sido exonerada de responsabilidad con alguna precipitación; así, se reconoce en la sentencia que la altura de los cables no era la reglamentariamente exigida; pero este incumplimiento reglamentario, en no pocas sentencias anteriores,

era suficiente para determinar responsabilidad civil. ¿Estamos, efectivamente, en una *involución cíclica de la doctrina jurisprudencial*, pese a que, sin mucha justificación, también esta sentencia reproduce en el FD 4.^º la conocida evolución histórica? (G. G. C.)

45. Concurrencia de comportamientos en responsabilidad extracontractual por lesiones causadas a menor perjudicado.—El TS declara que debe tenerse en cuenta la concurrencia de comportamientos carentes de diligencia precisa, que constituyeron una culpa *in vigilando* de ambos padres, y graduar la culpa de los mismos, en virtud del artículo 1103 CC, no revisable en casación, para determinar la indemnización correspondiente del menor lesionado, quien debe ser indemnizado no solamente a expensas de su tío (con apoyo de las SSTS de 15 de noviembre de 1967, 23 de enero y 2 de febrero de 1970, 16 de mayo y 14 de junio de 1973, 30 de mayo de 1974, 31 de marzo de 1978 y 7 de junio de 1991).

Recargo del 20 por cien de interés.—No es posible la estimación del recargo del 20 por cien de interés desde la fecha del siniestro, establecida por el artículo 20 LCS como sanción por la falta de indemnización por causa no justificada o imputable al asegurador, ya que dicha facultad de apreciación corresponde a los jueces y tribunales, sin que conste que la Sala *a quo* interpretara erróneamente dicho precepto. (STS de 17 de septiembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J.C. y don M.C., hermanos, se encontraban en la barra de un restaurante abonando la consumición realizada, mientras sus hijos se encontraban jugando a pocos metros sin ser vigilados. El hijo de M.C., de ocho años de edad, utilizando un tira-chinas alcanzó con una piedra el ojo izquierdo de su primo de seis años, causándole serias lesiones oculares. Ante tales hechos, don J.C., como padre y representante legal de su hijo, interpone contra su hermano y contra la entidad aseguradora del mismo reclamación de cantidad por dichas lesiones. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda, siendo revocada por la Audiencia. Interpuesto recurso de casación, el TS confirma la misma. (E. M. C.)

46. Culpa extracontractual: lesiones en suelta de vaquillas. Culpa exclusiva de la víctima.—La tendencia orientada a la objetivación de la responsabilidad por culpa extracontractual ha de tener muy en cuenta la conducta de quien sufrió el daño, de tal modo que cuando ésta sea fundamentalmente determinante de dicho resultado, no ha de surgir aquélla en aplicación de los principios de justicia distributiva, conmutativa y social, así como de la seguridad jurídica; en el presente caso la víctima en un espectáculo de suelta de vaquillas se colocó en un lugar no permitido tal como se había hecho saber al público en general, lo que unido al estado de embriaguez en el que se encontraba, configuró una conducta, causa más que eficiente para la producción del evento dañoso; todo lo cual configura una situación de culpa exclusiva de la víctima, a lo que debe añadirse el especial cuidado que hay que tener cuando se va a participar en un espectáculo que lleva consigo un elevado grado de peligrosidad, aunque se hayan cumplido todos los requisitos reglamentarios, como en este caso. (STS de 25 de septiembre de 1999; no ha lugar.)

NOTA.—No parece haber dudas sobre lo acertado del fallo, coincidente con las sentencias de ambas instancias. Sorprende acaso que en el FD 1.^º se haga una extensa exposición de la evolución hacia la objetivación de la culpa extracontractual, obviamente *obiter*, lo que viene a ser bastante frecuente últimamente, acaso para marcar el *límite* infranqueable para esa *objetivación de la culpa extracontractual* que el TS se ha impuesto (pero que, sin duda, el legislador podría superar en el futuro). (G. G. C.)

47. Culpa extracontractual: muerte en atropello por camión que maniobra marcha atrás: culpa exclusiva de la víctima.—Es indudable que a partir de la STS de 10 de julio de 1943 se acentuó una tendencia objetivadora de la responsabilidad extracontractual, pero, como se dice en STS de 8 de marzo de 1994, dictada en supuesto de irrupción súbita e inesperada en la calzada, no ha revestido caracteres absolutos y en modo alguno permite la exclusión, sin más, aun con todo el rigor interpretativo que en beneficio del perjudicado impone la realidad social y técnica, del básico principio de responsabilidad por culpa a que responde nuestro ordenamiento positivo; por otra parte, la doctrina de esta Sala sostiene que no es de aplicación la inversión de la carga de la prueba, ni la presunción de culpabilidad, ni la teoría del riesgo, cuando se produce el accidente por culpa exclusiva de las víctimas (STS de 28 de octubre de 1988, reiterada, entre otras, por STS de 21 de marzo de 1991 y 11 de febrero de 1992).

Límites responsabilidad por riesgo: explotación de cantera.—Ciertamente la explotación de una cantera crea cierto riesgo, sobre todo con el tránsito en ella de los vehículos de transporte; pero la responsabilidad por riesgo tiene que excluirse como base del resarcimiento por daños cuando se trata de riesgos normales o razonablemente previsibles, y sólo han de tomarse en cuenta los riesgos imprevisibles o excepcionales, determinados según puntos de vista objetivos; en el presente caso, la víctima, empleado de la cantera debía tener en cuenta, en todo momento, que no podía cruzar o pararse en el espacio delimitado por los pilares de una tolva, debajo de donde entraban los camiones marcha atrás, explicándose su imprevisión y el no percibirse de la llegada del camión únicamente por su grave intoxicación etílica. Para el conductor del camión sí que era imprevisible que un trabajador de la cantera, al que había visto fuera de la trayectoria de su vehículo que maniobraba con lentitud, en tan breve espacio físico y de tiempo, irrumpiese de forma brusca y súbita debajo de la tolva; el camión estaba provisto de las luces de marcha atrás, y lo lógico y normal es que hubiera sido visto por la víctima, aun con su irrupción inadecuada en el lugar, de encontrarse en situación lúcida y no bajo intoxicación etílica.

Carencia en el conductor del camión del certificado exigido por el Reglamento de Seguridad Minera.—Se considera irrelevante dado que el conductor tenía permiso de las clases A1, A2, B1 y D2.

Ausencia de culpa: cumplimiento prescripciones administrativas.—Si en la visita del Ingeniero de Minas no se encontraron prescripciones especiales que imponer, achacándose el siniestro a falta de atención por parte del accidentado, y la Inspección de Trabajo no aprecia infracción a las normas de seguridad, ha de concluirse con la Audiencia que quedó demostrada la falta de culpa en el chófer del camión, y en las empresas de transporte de áridos, y tampoco en la explotadora de la cantera, bien por su propio actuar, ya por el de sus empleados.

Relación de causalidad.—No existe una relación de causalidad adecuada entre la conducta del chófer del camión y el resultado acaecido, imputable en su totalidad al trabajador fallecido; la causa eficiente de la muerte es claro que fue el golpe que recibió la víctima, pero ni éste, ni el atropello se hubieran producido sin su conducta desarreglada. (**STS de 8 de octubre de 1998**; no ha lugar.)

NOTA.—Supuesto de hecho complejo en el que interviene una empresa de transporte, causante material del accidente, la propia empresa que explota la cantera y a la que pertenece la víctima, y esta última a cuyo estado de embriaguez se achaca exclusivamente la muerte; no parece se trata de accidente de circulación pues el lugar no es vía pública sino que forma parte de las instalaciones de la empresa; el lugar del accidente se describe como seis tolvas en batería, sustentadas por pilares que las separaban del suelo, de forma que los camiones entraban marcha atrás entre los pilares para situar sus cajas bajo la boca de dichas tolvas, saliendo una vez cargados; se dice, además, que ante lo angosto del lugar y el gran tamaño de los camiones la maniobra había de hacerse muy lentamente y mirando el conductor de modo constante por los retrovisores de ambos lados, y alternativamente para no colisionar con los pilares. La sentencia exculpatoria de ambas empresas por razón del accidente no deja de producir alguna insatisfacción. ¿Está exenta de culpa la empresa que permite trabajar a un operario con una alcoholemia de 4,8 gramos/litro de sangre, que produce fuerte sopor, muy próximo al estado de coma, con abolición del sensorio y de los reflejos, según dictamen pericial? ¿Está exento de culpa el conductor de un gran camión que ha de extremar al máximo las precauciones en la difícil maniobra de marcha atrás para situarse bajo la tolva, omitiendo, al parecer, el hacer sonar las señales en un ambiente de gran ruido? ¿Está exenta de culpa la empresa que no extrema la vigilancia del lugar, por ejemplo colocando personas que dirijan la maniobra? No creo pueda concluirse que el accidente se produjo exclusivamente por culpa de la víctima ¿Estamos en presencia de un *nuevo retroceso* en la tendencia evolutiva de la culpa extracontractual? (G. G. C.)

48. Culpa extracontractual: accidente ferroviario: muerte al cruzar las vías por lugar no autorizado: inexistencia de responsabilidad del maquinista del tren.—La inexistencia de valla en el lugar del suceso no puede entrañar culpa o negligencia alguna por parte del maquinista demandado, el cual conducía el tren, por un tramo recto en una longitud de más de trescientos metros, en condiciones totalmente normales (a la velocidad reglamentaria, con el foco encendido y haciendo uso del silbato), cuando de pronto observó que de manera súbita un joven trataba de cruzar la vía en el preciso momento en que iba a pasar el tren, ante lo cual el maquinista sólo pudo accionar el freno de urgencia sin que pudiera evitar el atropello del infortunado joven.

Inexistencia de culpa en la RENFE: no uso de paso subterráneo: caso fortuito: culpa exclusiva de la víctima.—El hecho de que el lugar careciera de valla no entraña culpa o negligencia de la RENFE, ya que en aquel lugar existía un paso subterráneo, que el infortunado joven pudo y debió utilizar,

sin que dicha no utilización sea imputable a nadie más que al propio joven, el cual, por razones que se desconocen, se decidió a cruzar la vía de forma tan súbita e inesperada, en el momento mismo en que pasaba el tren, cuando, además de poder utilizar el paso subterráneo, también pudo y debió cerciorarse previamente de si se aproximaba algún tren, cuya comprobación, además de elemental, era fácilmente realizable, por tratarse de un tramo totalmente recto en una longitud de más de trescientos metros, lo que tampoco realizó; excluida la culpa del conductor y de RENFE, la producción del hecho luctuoso es atribuible a un caso fortuito o, incluso, a una culpa exclusiva de la propia víctima. (**STS de 28 de noviembre de 1998**; no ha lugar.)

NOTA.—No hay datos para deducir que el accidente ocurriera en una estación, aunque sí junto a un paso subterráneo, y, tampoco, que la víctima hubiera descendido de otro tren (en tal hipótesis, provisto de billete), lo que hubiera supuesto una previa relación contractual con RENFE. Se trata pura y simplemente de un accidente mortal al cruzar las vías en plena circulación ferroviaria, en lugar con amplia visibilidad para ambas partes, aunque con especial relevancia para el peatón que debe saber por experiencia que accionar en un tren el mecanismo de frenado de urgencia no suele evitar el atropello. Más bien que un caso fortuito me parece que el suceso es de fuerza mayor, cuyo efecto de eximir de responsabilidad se refuerza con la indudable culpa de la víctima, aunque la sentencia no llega a declarar categóricamente que es la única causa del accidente. El FD 5.^º alude también a la tendencia hacia la objetivación de la responsabilidad en estos accidentes, que deja de aplicarse cuando en el hecho no hay culpa de los agentes intervinientes. Me parece es de aprobar la desestimación del recurso, interpuesto por la madre de la víctima, si bien merece crítica que se haya tardado más de once años en resolver, aunque sea denegándola, la reclamación de aquélla desde que se produce el accidente. (G. G. C.)

49. Responsabilidad médica: secuelas tetrapléjicas de exploración anguigráfica: falta de información suficiente: responsabilidad del Centro médico.—Aunque los hechos ocurren antes de entrar en vigor la Ley de Consumidores de 1984, sus preceptos se utilizan, no como norma aplicable, sino como criterio interpretativo del Reglamento de 1972 que establece el derecho del enfermo a ser informado de las posibles consecuencias de las intervenciones quirúrgicas, siendo además incuestionable que el deber informativo forma parte de las normas deontológicas de los Colegios Médicos, y su observancia es una elemental aplicación derivada de principios lógicos, morales y éticos indiscutibles, sin que pueda reducirse a mero uso existente en el ámbito médico-hospitalario. La obligación de informar correspondía a los profesionales que practicaron la prueba médica, pero no cabe desvincular al centro hospitalario de toda obligación al respecto, al incumbirle un deber *in vigilando e in eligendo*, especialmente en casos como el presente en el que la prueba a efectuar podía ofrecer la existencia de un riesgo no imprevisible, con resultado de consecuencias dañinas incalculables, pudiendo haber acreditado mediante la prueba documental pertinente que la información había sido exhaustiva.

Compatibilidad de responsabilidad contractual y extracontractual.—Es doctrina de esta Sala permitir la compatibilidad entre la culpa con-

tractual y la extracontractual, y la posibilidad de optar por una u otra, tal como se recoge últimamente en S de 22 de mayo de 1955. (**STS de 16 de octubre de 1998; no ha lugar.**)

NOTA.—Los hechos se remontan al mes de junio de 1983 en que debido a crisis convulsivas la paciente es sometida a una exploración angiográfica, en cuya realización se originan graves secuelas (no descritas en la S) que originan una reclamación de treinta millones de pesetas estimada en ambas instancias, y a cuyo pago se condena al Instituto Catalán de la Salud; el recurso de casación interpuesto por éste es desestimado con base en la sentencia extrajurisdiccional, que es plenamente de aprobar por insuficiente cumplimiento del deber de información, ya que únicamente se hizo saber a la paciente de la existencia de un cierto riesgo, pero pequeño, en la exploración a realizar. (G. G. C.)

50. Daños por atropello de tres caballerías: artículo 1905: responsabilidad objetiva de su propietario.—La Sala *a quo* establece como hecho probado que los tres caballos del demandado, que habitualmente estaban en la finca «Santo Domingo» fueron los que, tras haber salido del cercado en el que se hallaban, y acceder a la carretera, irrumpieron en ésta, arrollando en su marcha al actor, tirándole al suelo y produciéndole las graves lesiones que han determinado las secuelas que padece; acreditada la propiedad del recurrente respecto de dichos animales, es innecesario acudir a los artículos 1902 y 1903 CC dado el carácter plenamente objetiva que tiene la responsabilidad del artículo 1905, que no resulta desvirtuada ante la falta de prueba, sino todo lo contrario, de que el daño proviniera de fuerza mayor o de culpa del perjudicado.

Cuantía del daño: utilización de los baremos de la ley de 1995: deuda de valor.—Es doctrina reiterada la de que la determinación de la cuantía de la indemnización es función atribuida a la Sala de instancia, no revisable en casación, salvo que se hayan modificado las bases fácticas de su cuantificación; en el caso la determinación de la cuantía ha tenido en cuenta las lesiones y secuelas, así como los días que el actor invirtió en su curación que resultan probados en autos; y al seguir en su valoración, aplicándolos analógicamente, los criterios contenidos en el Anexo de la Ley de 1995, no ha hecho una aplicación retroactiva de la misma, al haber ocurrido los hechos antes de su entrada en vigor; ha de tenerse en cuenta que las deudas indemnizatorias son deudas de valor para cuya cuantificación ha de tenerse en cuenta el pago o resarcimiento, utilizando el criterio de la S de 15 de abril de 1991 que atiende a la equivalencia del daño en el momento del pago, compensando el quebranto devaluatorio de la moneda cuando transcurre un lapso de tiempo relevante desde la producción del daño hasta su pago.

Prueba de presunciones.—A partir de la reforma procesal de 1992, la prueba de presunciones sólo es impugnable en casación por error de derecho en la valoración de la prueba, al amparo del artículo 1692.4.^º LEC; la S de 4 de julio de 1996, invocando anteriores, dice que en aquélla no se exige que la deducción sea unívoca, pues de serlo estaríamos ante los *facta concludentia*, pudiendo seguirse del hecho-base diversos hechos-consecuencia, y lo que se ofrece al control de la casación es la sumisión a la lógica de la operación deductiva, reservando para la instancia la opción discrecional entre las diversas deducciones posibles; pero si la deducción es razonable y los hechos-

base están demostrados, no cabe impugnarla. (**STS de 21 de noviembre de 1998**; no ha lugar.)

NOTA.—Un supuesto casi paradigmático de aplicación de responsabilidad por los daños causados por los animales (últimamente Gallego Domínguez, *Responsabilidad civil extracontractual por daños causados por animales*, Barcelona, 1997), aunque sorprende la elevada cuantía de la indemnización solicitada (cien millones) y la concedida (más de setenta y tres millones), sin que la sentencia del TS detalle las lesiones y secuelas producidas. Insiste la sentencia en la calificación de *responsabilidad objetiva* «con toda la dosis de equivocidad que entraña este adjetivo» (como dice De Ángel Yagüez, *Com. Min. Justicia*, II, p. 2041). Da por legítima la aplicación analógica, en punto al carácter de deuda de valor de la indemnización, del ya famoso Baremo introducido por la Ley de 1995, sin referirse a la posible inconstitucionalidad de aquél, declarada por STS de 26 de marzo de 1997; tema, por lo demás, abierto, como pone de relieve la doctrina más reciente (Díez-Picazo, *Derecho de daños*, 1999, pp. 223 ss., esp. p. 234). (G. G. C.)

51. Responsabilidad extracontractual. Inversión de la carga de la prueba.—La doctrina jurisprudencial de la inversión de la carga de la prueba al demandado por responsabilidad extracontractual no puede trasladarse al supuesto en el que es la propia víctima la que crea el riesgo anormal, cual es el caso de quien monta un caballo alquilado sin saber equitación. A mayor abundamiento, quien practica la equitación acepta los riesgos que esta actividad conlleva, siempre que el caballo alquilado se haya entregado en condiciones que no lo incrementen.

Responsabilidad extracontractual. Inaplicación del artículo 1905 CC al supuesto de alquiler de un caballo.—La persona que alquila un caballo para la práctica de la equitación es el poseedor efectivo del mismo y quien se sirve de él a los efectos del artículo 1905 CC, y no el arrendador. En consecuencia el artículo 1905 CC no es aplicable para determinar la responsabilidad del arrendador del caballo por el accidente sufrido por el jinete arrendatario. (**STS de 19 de octubre de 1998**; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña L.B.L., jinete inexperta, tuvo un accidente con un caballo que había alquilado para la práctica de la equitación, sin que éste se debiera a la peligrosidad del equino o a defecto alguno en la montura. Interpuesta demanda ante el Juzgado de Primera Instancia, dictó éste sentencia desestimatoria confirmada por la Audiencia Provincial. (A. G. G.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

52. Valor del remate respecto de los bienes enajenados en subasta judicial pública y su eficacia sobre la transmisión de la titularidad dominical: un acta de subasta judicial en la que no se determina el remate de los bienes no es título suficiente para el ejercicio de una tercería de dominio.—El artículo 609 CC se puede catalogar como el precepto que establece

en nuestro ordenamiento la teoría del título y el modo, exigiéndose en la misma la concurrencia de tales requisitos como medio para adquirir la propiedad. Y en esta base, es cuando la parte recurrente afirma que el acta de la subasta judicial de los bienes en cuestión es suficiente para que se le estime propietario de las fincas objeto de la subasta y sobre las que ejerce su tercería de dominio.

Pero, en el presente caso y del *factum* de la sentencia recurrida, inatacable en esta vía casacional, se desprende inequívocamente que el título alegado como base dominical de la parte recurrente, es una certificación de una subasta judicial en la cual se suspende el remate, ya que la postura de licitación era inferior a las dos terceras partes del tipo que sirvió de base a la subasta, por lo que tuvo que entrar en juego lo previsto en el artículo 1506 LEC, sin que, hoy por hoy, conste que se hubiera aprobado o mandado llevar a efecto el remate, ya que solamente se notificó el resultado de la subasta a los propietarios de los bienes subastados. Por todo lo cual se infiere que no existe un verdadero título suficiente para adquirir la propiedad, puesto que no hay un acta judicial de remate definitivo; por lo que no es aplicable al presente caso la doctrina jurisprudencial alegada por el recurrente (la S de 15 de julio de 1991, por todas) en la que siempre se habla de acta de remate.

Sobre todo cuando el problema jurídico planteado ha sido resuelto ya por esta Sala en sentencias que especifican el valor del remate y del pago del precio respecto de los bienes enajenados en subasta judicial pública y su eficacia sobre la transmisión de la titularidad dominical, aun antes de la expedición del testimonio que sirve para la inscripción. En efecto ya la STS de 22 de marzo de 1946 apunta en esa dirección, no obstante referirse a créditos, pues anticipa la transmisión al tiempo del remate «por haberse hecho pago del precio...». Con mayor claridad, y refiriéndose a inmuebles, la STS de 12 de febrero de 1985, considera «suficiente para justificar su título dominical», el «acta de remate que tuvo lugar en el procedimiento judicial sumario», «aunque no sea bastante para efectuar la inscripción registral, para lo que la regla 17 del artículo 131 LH exige el consiguiente auto judicial, indispensable para llevar a cabo dicha inscripción, pero para acreditar la titularidad que se cuestiona, habida cuenta del sistema español vigente de transmisión y adquisición del dominio de bienes inmuebles y cuyo retraso en la expedición no puede perjudicar al interesado; con independencia también, de la adquisición de la posesión que, según el artículo 438 CC, tiene lugar, no sólo por la ocupación material de la cosa o derecho poseído, o por el hecho de quedar éstos sujetos a la acción de nuestra voluntad, sino también «por los actos propios y formalidades legales establecidos para adquirir tal derecho». Esta doctrina jurisprudencial que plenamente confirmamos y consolidamos, despeja la incógnita planteada en el recurso, conforme a lo resuelto por la sala sentenciadora. (STS de 13 de octubre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—El actor interpone acción de tercería de dominio contra el Banco de Castilla y dos particulares. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Se desestiman igualmente la apelación y posterior recurso de casación promovidos por el demandante. (R. G. S.)

53. Posesión de buena fe.—Es doctrina reiterada desde antiguo de esta Sala la de que la declaración de nulidad de los contratos no lleva consigo la declaración de mala fe; así lo recoge la S de 10 de febrero de 1970 al decir

«...y como la declaración de nulidad de los contratos no lleva consigo la declaración de mala fe, ni es inseparable la una de la otra, sino que es preciso prueba especial para destruir la presunción establecida por la Ley que supone la existencia de buena fe, aun en los contratos cuya nulidad haya sido declarada —S, entre otras, de 27 de octubre de 1922— y que no se opone a lo dispuesto en los artículos 434 y 455 CC, el precepto general del artículo 1303 del mismo Cuerpo legal —S de 17 de febrero de 1922— es indudable que no haciéndose imputación de mala fe a los demandados, debe conceptuarse a éstos como obrantes de buena fe»; por su parte la sentencia de 28 de febrero de 1968 califica «demasiado simplista» el punto de vista de que «la mala fe, haya de deducirse, en todo caso, del simple hecho de dictarse una sentencia, que pone fin a un estado posesorio»; doctrina en la que insiste la sentencia de 10 de julio de 1987 diciendo que «esta buena fe es compatible con la posible insuficiencia o inexistencia de justo título, pues aunque justo título y buena fe son materias de íntima relación, cabe que, por parte del poseedor, se haya producido un error en la interpretación de los hechos o documentos, excluyente, en principio, del dolo, término equivalente al de mala fe y contrario al de buena fe».

De ahí que la existencia de la sentencia recaída en el juicio habido entre estas mismas partes que declaró la nulidad por simulación absoluta del contrato de compraventa celebrado entre el padre de los Sres. B. H. y D. A. L. B. y que puso término a la posesión de éste sobre la finca objeto del contrato como requiere el artículo 1253 CC, la concurrencia en el señor L. B. de mala fe, sin que ello se derive de alguna otra prueba especial que acredite esa condición contraria a la presunción del artículo 434 del mismo Código y sin perjuicio que desde el momento de la interpelación judicial al poseedor cese esa presunción de buena fe.

Gastos necesarios: no se incluye en el concepto los de explotación de la finca poseída.—En relación con el reembolso de los gastos necesarios al amparo del artículo 453, párrafo 1º CC, la S de 3 de diciembre de 1991 entiende como tales «las impensas realizadas para la conservación de la cosa y resultan imprescindibles de forma tal que de no haberlas llevado a cabo la cosa habría dejado de existir o desmerecido»; atendido lo cual, no pueden considerarse como gastos necesarios que hayan de ser satisfechos por el propietario que recupera la cosa poseída hasta entonces por su contradictor, los que consideran como tales las sentencias de instancia, por importe de 678.453 pesetas, a que se refieren los documentos 9, 10, 11 (relativos a las primas de un seguro de accidentes de los obreros agrícolas) y 12, antes relacionados ya que todos ellos hacen referencia a gastos de explotación de la finca y carecen de toda función conservativa del bien poseído por el aquí actor; por lo que no procede su reembolso por los propietarios demandados, lo que obliga a la estimación del motivo. (**STS de 28 de noviembre de 1998; ha lugar en parte.**)

HECHOS.—La nulidad por simulación de un contrato de compraventa que declara el Juzgado tuvo como consecuencia que el comprador quedase reducido a la simple condición de poseedor de la finca, quedando obligado a restituirla junto con el mobiliario, máquinas y semovientes inventariados. La sentencia fue confirmada íntegramente por la Audiencia y no hubo lugar al recurso de casación. Se planteó un segundo litigio por el cual el poseedor solicitaba la condena de los propietarios al abono de los gastos necesa-

rios, útiles y de mejoras por él abonados en la finca. La demanda fue parcialmente estimada y la Audiencia confirmó la resolución de instancia. Interponen sendos recursos de casación poseedor y propietarios. Ambos son acogidos en parte. (R. G. S.)

54. Propiedad privada: función social.—El TC en su emblemática sentencia de 26 de marzo de 1987, determina la función social del derecho de propiedad como delimitación de su contenido. O sea, que el derecho de propiedad regulado en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho subjetivo que tutela y protege jurídicamente a su titular, o sea el propietario, pero que está delimitado y sujeto por el cumplimiento de funciones sociales.

Confirmando lo anterior se puede decir que la propiedad privada no es un derecho fundamental de los explicitados en la Sección primera, del Capítulo segundo del Título primero de la Constitución. Pero ello no significa que cualquier persona pueda ser, sin más ni más, privada no sólo de la titularidad, sino también de los efectos del derecho de propiedad, por mucho que sea el interés social que se persiga, sin cumplir unos determinados requisitos, plasmados de forma genérica en el número 3 del artículo 33 CE, y de una manera concreta por la Ley de Expropiación Forzosa. Pues otra cosa, sería llegar a un concepto anarquista del derecho de propiedad, o de colectivización de la tierra, que ni con mucho, ha pretendido la Constitución Española, ni la jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (S de 7 de diciembre de 1976 —caso Handyside— y S de 13 de junio de 1979 —caso Marckx—), del Tribunal Constitucional (SS de 2 de diciembre de 1983 y 19 de diciembre de 1986) y de esta Sala (S de 20 de octubre de 1984).

Pues bien, en el presente caso se han realizado obras para instalar una conducción de aguas que atraviesa la finca de la parte recurrida por medio de instalación subterránea de tuberías durante un tramo de 45 metros, y prescindiendo del interés social de tal obra, que pudiera tenerlo, la misma se ha realizado sin haberse acreditado que se hayan seguido los procedimientos expropiatorios necesarios y que se haya dado o prometido la indemnización correspondiente, provocándose, con ello, un ataque frontal a un derecho individual reconocido constitucionalmente, con lo que se han causado perjuicios y se han modificado configuraciones, que deben ser reparados o re establecidos, tal como se infiere de lo dispuesto en el artículo 33 CE y los artículos 348 y 349 CC. (**STS de 18 de septiembre de 1998; no ha lugar.**)

HECHOS.—Un particular demanda al *Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, Ferrovial S. A. y Canal Bajo del Algar* solicitando del Juzgado los condene solidariamente a retirar los 45 metros de tubería instalados en su finca (destinados a la conducción de las aguas residuales de Benidorm) y al pago de los daños causados. El Juzgado acoge parcialmente la demanda condenando a los demandados únicamente al pago de los daños. Interponen recurso de apelación todas las partes estimándose el deducido por la actora. No ha lugar al recurso de casación promovido por el *Sindicato de la Comunidad de Regantes del Canal Bajo del Algar*. (R. G. S.)

55. Requisitos para el ejercicio de la acción reivindicatoria.—Sabido es que tal acción se ejercita contra el tenedor o poseedor de la cosa para que la reintegre a su dueño, lo que requiere que éste pruebe cumplidamente el dominio de la finca que reclama, la identidad de la misma y su detentación o

posesión por el demandado (SS, por ejemplo, de 10 de octubre de 1980, 30 de noviembre de 1988, 2 de noviembre de 1989 o 15 de febrero de 1990). (...) 2.º) el título de dominio puede acreditarse por cualquier medio de prueba, sin que haya de identificarse necesariamente con la constancia documental del hecho generador, sino que equivale a prueba de la propiedad de la cosa en virtud de causa idónea para dar nacimiento a la relación en que el derecho real consiste (S de 6 de julio de 1982, en relación con las de 4 de noviembre de 1981 y 24 de junio de 1966), de manera que, en un examen conjunto de la prueba, sí puede darse importancia a las certificaciones catastrales en unión de la documental. 3.º) Tal como expresa la sentencia de 27 de enero de 1995, que recoge la cita de las de 23 de noviembre de 1956, 20 de diciembre de 1963 y 7 de marzo de 1964, «corresponde a los Tribunales de instancia determinar si es o no suficiente el título presentado para probar el dominio» y las cuestiones acerca del título constituyen materia fáctica excluida por regla general del control casacional. 4.º) Constituye cuestión de hecho la decisión del tribunal sentenciador en orden a la identificación de la finca reivindicada (SS de 9 de junio de 1982, 22 de diciembre de 1983, 15 de marzo de 1986 o 3 de noviembre de 1989) de manera que hoy sólo puede impugnarse por error en la valoración de la prueba, con cita de la norma de hermenéutica legal que se considere infringida, impugnación que no se realiza en el recurso que nos ocupa. 5.º) La mayor o menor cabida de un inmueble no empece a su identidad (SS de 4 de mayo de 1928 y 1 de marzo de 1954) y la medida superficial es un dato secundario de la identificación, para la cual, conocida su naturaleza y situación, bastan los linderos (S de 9 de noviembre de 1949) y es que, en el caso que nos ocupa, la finca aparece determinada por sus cuatro puntos cardinales y puede trasladarse topográficamente sobre el terreno, aspecto que tampoco se combate en forma (ver nuevamente la S de 27 de enero de 1995, que cita, a más de otras ya reseñadas, la de 17 de julio de 1991. (STS de 16 de octubre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Cinco hermanos ejercitan una acción reivindicatoria contra *Ferrocarriles de Vía Estrecha (FEVE)* y un particular. El Juzgado desestimó la pretensión pero la Audiencia declaró que los actores eran propietarios de la finca en litigio condenando a los demandados a que restituyesen la posesión de la finca a los demandantes. No ha lugar al recurso de casación interpuesto por *FEVE*. (R. G. S.)

56. Requisitos de la acción reivindicatoria: identidad.—Conviene dejar sentado que la acción que se ejerce contra el tenedor o poseedor de la cosa para que la reintegre a su dueño requiere que éste pruebe cumplidamente el dominio de la finca que reclama, la identidad de la misma y su detención o posesión por el demandado (SS por ejemplo, de 10 de octubre de 1980, 30 de noviembre de 1988, 2 de noviembre de 1989, 15 de febrero de 1990) y, respecto a la identidad, que sea perfecta la identificación, de manera que no se susciten dudas racionales sobre cuál sea (SS de 29 de marzo de 1979, 6 de octubre de 1982, 31 de octubre de 1983, 3 de julio de 1987, 30 de noviembre de 1988, 3 de noviembre de 1989), debiendo determinarse la finca por los cuatro puntos cardinales con absoluta exactitud o precisión, pues de no estarlo y requerirse un previo deslinde al efecto, faltaría el cumplimiento del requisito de la identificación, esencial para la viabilidad de toda reivindicación (S de 12 de abril de 1980), debiendo demostrarse sin lugar a dudas que

el predio es topográficamente el mismo a que se refieren los documentos y demás medios de prueba (SS de 8 de abril de 1976, 31 de octubre de 1983 o 25 de febrero de 1984), siendo la decisión del Tribunal sentenciador en orden a la identificación de la finca reivindicada cuestión de hecho (SS de 9 de junio de 1982, 22 de diciembre de 1983, 15 de marzo de 1986 o de 3 de noviembre de 1989), de manera que hoy sólo puede impugnarse por error de derecho en la valoración de la prueba, con cita de la hermenéutica legal que se considere infringida; y es que sin el cumplimiento de tales requisitos mal puede resolverse sobre si las fincas de los litigantes son las mismas, si se posee, detenta o retiene por otro indebidamente o comparar los títulos de los litigantes, determinando si recaen sobre una misma finca o no. (STS de 23 de octubre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—El litigio que llega a la casación se centra en una acción reivindicatoria que el actor promueve al entender, junto con la preferencia de su título, la identidad de su finca registral con otras dos también inscritas. El Juzgado acogió parcialmente la pretensión y la reconvención de uno de los demandados. Apelan los demandados y la Audiencia acoge el recurso desestimando demanda y reconvención. No ha lugar al recurso de casación. (R. G. S.)

57. Concepto, naturaleza y función de la tercería de dominio.—La base jurídica es la naturaleza y la función procesal de la tercería de dominio que, pese a los distintos matices doctrinales y a la evolución jurisprudencial, está actualmente reiterada en numerosas sentencias, como las de 19 de mayo y 16 de julio de 1997 y 11 de marzo de 1998 que expresa que la acción de tercería de dominio, regulada en los artículos 1532 y ss. LEC, resuelve la cuestión de que, ante el embargo de un bien, el tercero que alega ser propietario —y que no lo es el demandante embargado— la interpone para que declare que él es el titular verdadero del derecho de propiedad y se alce el embargo trabado sobre su cosa. Se había mantenido que la tercería de dominio era una acción reivindicatoria en la que se sustituía la recuperación de la posesión por el alzamiento del embargo. Pero realmente, la verdadera naturaleza de la tercería de dominio es de acción declarativa de propiedad cuyo objeto es la declaración de propiedad (a favor del demandante-tercerista) y el levantamiento del embargo (trabado a instancia de un codemandado sobre un bien que aparentemente era del otro codemandado). En este sentido, sentencias de 26 de septiembre de 1985 y 2 de noviembre de 1993. La jurisprudencia insiste en una idea: la acción de tercería de dominio, que no puede ser identificada con la reivindicatoria, aunque presente ciertas analogías con ella, tiene por finalidad principal, no ya la obtención o recuperación del bien, que generalmente posee el propio tercerista, sino el levantamiento del embargo trabado sobre el mismo: sentencias de 19 de mayo de 1989, en idénticos términos, 5 de junio de 1989, 16 de febrero, 8 de octubre y 18 de diciembre de 1990 y 24 de julio de 1992. La de 5 de diciembre de 1994 dice claramente que la acción de tercería de dominio hay que calificarla como meramente declarativa del dominio.

Necesidad de que se produzca un embargo previo para la viabilidad y eficacia de la tercería de dominio.—La cuestión se centra en si es preciso que medie un embargo para que tenga viabilidad la tercería de dominio. La respuesta debe ser afirmativa: la sentencia de la Audiencia Provincial así lo afirma y lo razona muy acertadamente, de la que convienen destacar algunos

párrafos: «se pretende lograr la tutela jurisdiccional del derecho que se ostenta sobre bienes que resultan afectados por los pronunciamientos contenidos en una sentencia judicial firme recaída en un proceso declarativo en el que no se ha sido parte», «tercería de dominio en la que no se ataca una resolución judicial por la que se afectan determinados bienes a un proceso de ejecución en marcha sino que se pone en tela de juicio el propio contenido del título de ejecución (en la sentencia firme se obliga a INCECOSA a hacer efectiva una opción de compra suscrita sobre la totalidad del edificio, incluidas las plazas de garaje)», «se ha utilizado la tercería de dominio como instrumento de tutela de determinados derechos dominicales afectados por una sentencia judicial firme pronunciada en un proceso declarativo en el que no se ha sido parte, y con ello se desfiguran los contornos propios de la tercería de dominio transmutando su contenido jurídico al dejar de ser una acción de impugnación de una traba realizada sobre bienes no titularizados por el ejecutado para convertirse en una acción de tutela de derechos dominicales no afectados por embargo alguno»; la doctrina procesalista destaca que el *petitum* de la tercería de dominio es que el Juez alce la traba sobre los bienes embargados y destruya la presunción o apariencia de titularidad de los bienes que fueron embargados como del deudor, pues se acredita que son del tercerista; la jurisprudencia siempre ha partido de la realidad de un embargo y sobre ello ha dictado numerosas sentencias, como las enumeradas anteriormente, y en un caso concreto se ha enfrentado directamente a la cuestión de la aplicabilidad de la tercería de dominio, en base al artículo 1543 LEC, a un caso en que no se había producido un embargo y dice, recogiendo jurisprudencia anterior, que las tercerías de dominio «son utilizables en los procedimientos de ejecución, con la extensión que señala el artículo 1543 LEC, cuando este último precepto se refiere a cualquier otro juicio o incidente en que se proceda por embargo y venta de bienes», añade que tiende «exclusivamente a evitar que la realización del crédito del ejecutante se haga en bienes ajenos al patrimonio del ejecutado» y concluye que en el caso de autos, «no ha existido previamente un juicio ejecutivo o incidente en que se proceda por venta o embargo de bienes» por lo que «no solamente falta el sustrato procesal que viabilice la tercería de dominio, sino que falta el fundamento personal de tercerista».

En la presente tercería de dominio, o más bien demandas de tercería acumuladas, no ha habido un precedente juicio ejecutivo, ni una ejecución de sentencia que haya llevado consigo un embargo, sino que se ha declarado (además de una condena dineraria) la efectividad de un derecho de opción. La tercería de dominio no procede, ni siquiera por la extensión que supone el artículo 1543 LEC pues, en todo caso, la tercería supone un embargo, cuyo alzamiento es su función, previa declaración de propiedad del tercerista; la simple declaración de propiedad es una acción distinta que nada tiene que ver con un embargo; pero si no media éste, no cabe tercería de dominio. (**STS de 28 de octubre de 1998; no ha lugar.**)

HECHOS.—*Inmobiliaria Ceutí* celebró un contrato de obra con *Dragados y Construcciones* con el objeto de que esta empresa edificase en un solar de su propiedad (de la inmobiliaria). Por razón de una importante deuda que la inmobiliaria tenía con la constructora otorgan escritura de opción de compra —que se inscribe— sobre los cinco niveles del edificio en construcción. *Dragados y Construcciones* reclama la deuda impagada y ejerce su derecho de opción, condenando el Juzgado a la inmobiliaria al pago de la cantidad

reclamada y decretando la efectividad del derecho de opción de compra cuya ejecución exigió inmediatamente la constructora. Pero se habían vendido algunas plazas de garaje situadas en los dos primeros niveles del edificio. Los propietarios interponen demanda de tercera de dominio que el Juzgado desestima. La Audiencia confirma la sentencia de instancia. Los demandantes formulan recurso de casación y el TS declara no haber lugar. (R. G. S.)

58. Competencia de la jurisdicción civil para conocer de litigios sobre aprovechamientos hidráulicos de carácter exclusivo perturbados por vías de hecho de la Administración.—Los aprovechamientos hidráulicos de carácter exclusivo, no obstante la naturaleza de «públicas» de las aguas en cuestión, confieren a su titular un derecho semejante a los reales, que debe ser protegido y tutelado como éstos, con sujeción a las limitaciones temporales y otras de signo administrativo que enmarque su ámbito legítimo de utilización. En particular el régimen transitorio de la Ley de Aguas 29/1985, pese a la regla general que impide pueda adquirirse por prescripción el derecho al uso privativo del dominio público hidráulico (art. 50.2), admite la continuidad en el disfrute de sus derechos de quienes fueran titulares de aprovechamientos de aguas públicas, por prescripción acreditada, con anterioridad a la vigencia de la Ley (DT 1.^a), según acontece en el caso presente.

En razón de los antecedentes y consideraciones expuestas ha de estimarse que no se trata en este asunto de enjuiciar ningún acto administrativo sino de restituir a la situación jurídica posesoria que, amparada por la Ley disfrutaba la Comunidad de regantes y usuarios Acequia Aguadamar, respecto del aprovechamiento hidráulico de autos, o dicho con otras palabras de reparar la actuación antijurídica y lesiva de la Administración realizada sin cobertura legal. Como establece la STS de 8 de junio de 1993, «la vía de hecho o actuación administrativa no respaldada en forma legal por el procedimiento administrativo legitimador de la concreta actuación se produce no sólo cuando no existe acto administrativo de cobertura o éste es radicalmente nulo, sino también cuando el acto no alcanza a cubrir la actuación desproporcionada de la Administración, excedida de los límites que el acto permite». Aparejan las vías de hecho como principal efecto la pérdida de las prerrogativas administrativas, especialmente de las procesales, colocando a la Administración en paridad de posición frente al particular, como administrado agraviado; en definitiva, remite las cuestiones contenciosas a la jurisdicción civil u ordinaria por medio de los procesos comunes. En este sentido, la alusión concreta a los interdictos que contiene el artículo 125 de la Ley de Expropiación Forzosa, que a su vez debe conectarse con el artículo 103 de la antigua Ley de Procedimiento Administrativo y artículo 101 de la nueva Ley 30/1992 (más amplios en su concepción), como medios admisibles de tutela procesal interna, que rectamente entendidos no sólo se refieren a la protección posesoria de derechos reales, sino también de derechos que generan o amparan estados o situaciones permanentes o estables, no agotan, ni excluyen las acciones de Derecho común sean mero declarativas o declarativas de condena que, obviamente habrán de ejercitarse por medio de los procesos ordinarios. La legitimidad del orden jurisdiccional civil para conocer de estos casos, viene, asimismo, reconocida indirectamente, por la nueva Ley 39/1998, de 13 de julio, reguladora de la «jurisdicción contencioso administrativa» (todavía en período de *vacatio legis*) al establecer como «novedad destacable» el «recurso

contra las actuaciones materiales en vías de hecho» (art. 30), lo que explica, que ante ese hueco legal haya actuado el orden jurisdiccional civil en virtud, entre otras razones, de las atribuciones que, con carácter residual, les asigna el artículo 9.2 de la vigente LOPJ por exclusión del artículo 1.^º de la Ley de lo contencioso administrativo de 1956, ya que no estamos en presencia de una pretensión deducida en relación con los actos de la administración que quedan sujetos a Derecho administrativo. Este criterio acerca de las «vías de hecho», lo confirma también la STS de 4 de marzo de 1994: «la actividad de la Confederación Hidrográfica del Norte en el caso de autos ha supuesto una vía de hecho por el establecimiento forzoso de una servidumbre fuera de todo procedimiento con el titular dominical de la finca, y esta situación entra en el supuesto del artículo 125 LEC, de manera que el afectado está facultado para utilizar los medios legales correspondientes a fin de que los Jueces le amparen y, en su caso, le reintegren en su posesión amenazada o perdida, como dispone el precepto citado».

Tutela civil de los aprovechamientos hidráulicos.—No se ha infringido el artículo 348 CC puesto que en la sentencia se emplea como fundamento último y referencial, en sentido amplio, de la protección judicial que ha de prestarse no sólo a la propiedad *stricto sensu*, sino, también, a los derechos reales o derechos equivalentes que proporcionan una utilidad de uso o de goce de las cosas frente a terceros; en el caso, un aprovechamiento hidráulico, y, ello, incluso con independencia del título procesal del propietario, si la razón jurídica de la utilización es superior o mejor que la que ostente el perturbador o despojante, ya que, en sentido amplio, se extiende a la tutela poseitoria, manifestada asimismo en la «acción publiciana» que dimana de aquel precepto, como explica y desarrolla la STS de 12 de mayo de 1992, entre otras. (STS de 5 de octubre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—La Comunidad de regantes y usuarios de la Acequia Aguadamar interpuso demanda contra el Ayuntamiento de Alfacar solicitando se declarase el caudal de agua máximo que le correspondía y se le condenara a reponer a su estado original el Caño de la Fuente de Alfacar. El Juzgado estimó la excepción de falta de jurisdicción alegada por el Ayuntamiento sin entrar en la cuestión de fondo. La Audiencia revocó la sentencia del Juzgado accediendo en lo esencial a lo pedido por la actora. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento. (R. G. S.)

59. Artículo 34 LH: fe pública registral.—... la fe pública registral despliega su eficacia protectora a favor del tercer adquirente que, de buena fe, contrata confiando en lo que publica el Registro, aunque éste sea inexacto, por lo que el hecho de que la subasta (acto adquisitivo del transferente don L. P. M.) hubiera sido declarada nula antes de que los terceros (esposos R. G.) adquirieran el piso (mediante escritura pública de compraventa de fecha 2 de junio de 1989), no puede afectar en modo alguno a dichos terceros adquirentes, los cuales desconocían en absoluto la referida declaración de nulidad (nada se ha probado en contrario), la cual, obviamente, no constaba en el Registro, pero es que incluso el transmitente don L. P. M. (rematante en la subasta) que no había sido parte en el procedimiento judicial sumario en que tal subasta se celebró, también desconocía (cuando vendió el piso a los esposos R. G., mediante escritura pública de fecha 2 de junio de 1989) la

expresada declaración de nulidad de la referida subasta, pues el auto declaratorio de la misma no le fue notificado hasta el día 29 de junio de 1989. (...) habiendo los esposos R. G. comprado dicho piso confiando de buena fe en lo que el Registro publicaba, para dichos terceros adquirentes el vendedor don L. P. M. era el dueño del piso, según el Registro, siendo precisamente la adquisición *a non domino* la manifestación característica de la fe pública registral en favor del tercero hipotecario, aunque en la realidad extraregistral el transmitente (titular según el Registro) no fuera dueño del piso, a virtud de la declaración de nulidad (que no constaba en el Registro) de la subasta por la que había adquirido el referido piso. (...) la buena fe exigida por el artículo 34 LH, para dispensar la plena protección de la fe pública registral al tercer adquirente, consiste en el desconocimiento por dicho tercer adquirente de la verdadera situación jurídica del derecho adquirido, en la parte no reflejada exacta o íntegramente en el Registro o, lo que es lo mismo, en la ignorancia o desconocimiento por el tercer adquirente de la inexactitud registral, presumiendo el referido precepto la buena fe del tercer adquirente mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro.

La jurisprudencia que invoca el recurrente, contenida no sólo en la única sentencia que cita, sino en otras muchas más (como las de 18 de marzo de 1987, 23 de mayo y 17 de octubre de 1989, 24 de octubre de 1994, 25 de julio de 1996) proclama, efectivamente, que para el surgimiento de la figura del tercero hipotecario, conforme a los requisitos que exige el artículo 34 LH, el acto adquisitivo del tercer adquirente (presunto tercero hipotecario) ha de ser necesariamente válido, pues dicho precepto sólo protege frente a la nulidad del acto adquisitivo anterior, no del propio. (**STS de 19 de octubre de 1998; no ha lugar.**)

HECHOS.—El matrimonio M. era propietario de un piso gravado con hipoteca. En 1981 lo venden a G. M. con la carga mencionada reteniendo éste parte del precio para levantar la hipoteca en cuya obligación de pago se subrogó. La adquisición no se inscribe. En 1988 el acreedor hipotecario promueve la ejecución de la garantía aprobándose el remate a favor de L. P. M., quien inscribe su adquisición en 30 de mayo de 1989. En esa misma fecha el Juzgado dictó un auto por el que declaraba la nulidad de todo lo actuado en el procedimiento judicial sumario seguido retrotrayendo las actuaciones a la fecha de 27 de octubre de 1988 en la que se había acordado dar cuenta a la parte actora de no haberse podido practicar el requerimiento de pago a los demandados (el matrimonio M.) en el domicilio señalado por éstos. Este auto no fue notificado a L. P. M. hasta el 29 de junio de 1989. Mientras tanto, con fecha 2 de junio de 1989, L. P. M. había vendido el piso a M. R. G. quien lo inscribe el 13 de junio de 1989 para su sociedad de gananciales. Sobre estos antecedentes se promueven dos pleitos: en uno, el matrimonio R. G. interpone acción reivindicatoria contra G. M. y su mujer, quienes reconviienen; en el otro, G. M. ejerce acción contradictoria de dominio contra L. P. M. y declarativa de dominio frente al matrimonio R. G. Los pleitos se acumulan estimando el Juzgado la reivindicatoria de los esposos R. G. al considerarlos terceros hipotecarios protegidos por la fe pública registral. La Audiencia confirma la sentencia del

Juzgado. Interpone el recurso de casación G. M. El TS declara no haber lugar. (R. G. S.)

60. Prevalencia de la realidad extrarregistral sobre la tabular: juego de la usucapión *contra tabulas*.—El motivo debe prevalecer porque, con base a las circunstancias fácticas especificadas en el FJ 3.^º de la primera sentencia, que se puede dar por reproducida y que dice así: «...la parte actora, pretende la titularidad del local objeto de la *litis* en base a la presunción de veracidad que le otorga la inscripción de obra nueva en el Registro de la Propiedad y a la calificación que en dicha escritura se da al local como elemento común; la parte demandada, centra su actividad probatoria en intentar acreditar la realidad extrarregistral que es la que ha de prevalecer sobre la otra en caso de antinomia entre las dos realidades jurídicas, y ante la imposibilidad de obtener datos de una persona ya fallecida, excepciona la prescripción adquisitiva *contra tabulas* por concurrir los requisitos exigidos al efecto; así, concurren indudablemente la buena fe, que ni siquiera fue cuestionada por la parte actora, y que concurre tanto en el causante como en los herederos aquí demandados; se acredita también en la posesión en concepto de dueño, que se vino ejerciendo desde el principio (1963) mediante actos de disposición tales como el arriendo del local en diversas ocasiones, pago de gastos de comunidad, abono de impuestos y tasas, etc., siendo dicha posesión pública e ininterrumpida como se acredita tanto por los recibos de comunidad y el registro de hacienda y el catastro, como por el propio reconocimiento de parte actora en su escrito de demanda; mayores dificultades presenta el requisito de justo título, que según la doctrina, se constituye en criterio de legalidad e implica la validez de los medios admitidos en derecho para justificar la esencia de la usucapión, constituyendo título para justificar la posesión *ad usucaptionem*, no solamente la compraventa, donación transacción, etc., sino también otros documentos que atribuyen el criterio de legalidad; en el presente caso, el testamento de 15 de julio de 1982, se constituye en criterio de legalidad suficiente, y es título idóneo seguido en lo necesario del modo o tradición; y aun sin añadir para el cómputo de la prescripción el tiempo ganado por el causante que inscribió la finca objeto de *litis* en el Registro Público del Catastro en 1974, la fecha del testamento es suficiente y válida en virtud de lo dispuesto en el artículo 1957 CC, no habiendo interrumpido en ningún momento la actora el plazo de dos meses a que hace referencia el artículo 1947 CC, pues la papeleta de conciliación fue presentada en abril de 1992, el acto de conciliación se celebró el 8 de junio de 1992 y la demanda origen del presente procedimiento fue recibida en este juzgado y admitida a trámite el 17 de noviembre de 1992, transcurriendo sobradamente el plazo de dos meses tanto desde la presentación de la papeleta de conciliación, como desde la celebración del acto de conciliación, así que por todo lo expuesto, ha de concluirse que al haber operado la prescripción adquisitiva *contra tabulas* por concurrir todos los requisitos, procede la desestimación de la demanda»; ha de concluirse que los argumentos de apoyo de la parte demandada hoy recurrente se basan, literalmente, en una realidad extrarregistral que ha de prevalecer frente a la registral pues, en el caso de autos, concurren los requisitos exigidos para esa, supuesta, prescripción adquisitiva *contra tabulas*, en virtud de esas circunstancias, ya que hasta la propia Sala sentenciadora, no discrepa del soporte material de las mismas, con independencia de cual sea el juicio de valor emitido por la misma, lo que demuestra una realidad posesoria *ad usucaptionem*, —como se desarrolla en el motivo siguiente— que, en

todo caso, deberá imperar frente a la posible titularidad formal que se cita, según su título constitutivo, a favor de la Comunidad de propietarios.

(...) el motivo igualmente prospera ya que, efectivamente, las circunstancias que se indican han quedado perfectamente acreditadas por la precedente transcripción del FJ 3.^º de la primera sentencia no desvirtuada por la recurrida, en donde se demuestran unos hechos relativos a la posesión en concepto de dueño, pacífica, pública y no interrumpida, durante el tiempo preciso para la usucapión, sobre todo, la prevista en el artículo 1957 CC, y así en efecto destaca: que la posesión de los recurrentes era la auténtica *ad usucapiórem* porque al amparo del artículo 1957 CC, prevalece en los términos que luego se refiere sobre el artículo 36 a) LH, a saber: en torno a la exigencia del artículo 447 CC, o sea:

1) Posesión en concepto de dueño: desde la construcción del edificio por su promotor en 1963 y otorgamiento de escritura, constitución Comunidad en 12 de junio de 1993.

2) En esta escritura consta además que el local controvertido se describe, no como un elemento común, sino como «rellano de uso común» para guardar coches de niños y bicicletas; así la propia actora habla de un elemento común por destino en el F J 2.^º de su demanda; luego perfectamente adaptable al uso exclusivo de los demandados como se describe.

3) Concurren los requisitos del artículo 1951 CC, o sea posesión de buena fe, pública, pacífica y no interrumpida.

Por disfrute desde esa fecha y con tales circunstancias, a saber: arriendo el local (último arrendamiento de 1 de enero de 1982), pago de impuestos y constatación catastral desde 1974; aquiescencia de la Comunidad a esta posesión como se reconoce en la propia demanda durante el dilatado lapso de tiempo...y así es expresivo el citado Hecho primero de la demanda: «...desde la constitución de la Comunidad de Propietarios del mencionado edificio, se vino considerando por todos los sucesivos copropietarios como a un propietario más a don M. M. E. respecto de un local existente en la entreplanta o rellano del portal. Dicho hueco fue utilizado por éste en tanto se procedía a la venta de los distintos predios que configuran el edificio, como oficina de obra, ya que a la vez y como se dijo fue el constructor del mismo. Con posterioridad, siguió siendo utilizado por éste que incluso llegó a alquilarlo a terceras personas. Fallecido el constructor, su esposa y demás herederos, continuaron detentando el uso del mencionado hueco hasta la actualidad, subrogándose en los derechos que se atribuyó el fallecido....».

4) Por último en cuanto al justo título del artículo 1957 en relación con el 1952 CC, es claro que se integra por esa actuación posesoria legitimadora de un derecho exclusivo, indiscutible, si bien, su defecto en pos a su constitución como título determinante de la propiedad privativa de los recurrentes, se obtiene por el lapso en ese disfrute en pos a la asunción dominical *ad usucapiórem*. (STS de 30 de octubre de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Una Comunidad de propietarios ejercita acción reivindicatoria frente a los vecinos que utilizan una entreplanta del edificio sosteniendo que la entreplanta es elemento común del inmueble por lo que, en cuanto tal, pertenece a los dueños de los pisos y locales del edificio. La demanda se desestima. Se admite el recurso de apelación. Ha lugar al recurso de casación en cuanto se entiende, con el Juzgado, que los demandados consumaron una usucapión *contra tabulas*. (R. G. S.)

61. Principio de legitimación registral. Consecuencias en la esfera del proceso: artículo 38.2 LH.—En el motivo tercero se denuncia infracción del artículo 38, párrafo segundo, LH, y en su alegato, la recurrente viene a sostener, en esencia, que al haber los actores ejercitado en este proceso una acción contradictoria del derecho real inscrito en el Registro de la Propiedad, deberían haber pretendido también, previamente, a la vez, la cancelación del asiento correspondiente, por lo que, al no haberlo hecho así, dice la recurrente, la demanda no debe prosperar.

El expresado e insólito motivo también ha de ser desestimado, por las razones que se exponen a continuación. En el proceso a que este recurso se refiere, los actores no han ejercitado ninguna acción contradictoria de ningún derecho real inscrito, sino que, partiendo de la existencia y validez de dicho derecho real, concretamente una hipoteca, se han limitado a postular que se declare que los esposos demandados están obligados a liberar la finca propiedad de ellos (de los actores) de la carga hipotecaria que impusieron sobre ella, liberación que obviamente habrán de hacer pagando al acreedor hipotecario el importe del préstamo que de él recibieron en garantía de cuyo pago constituyeron la referida hipoteca. Por otro lado, aun en el supuesto de que, a efectos meramente dialécticos, se admitiera que la acción ejercitada por los actores es contradictoria de un derecho real inscrito, no podría en ningún caso desconocerse que la más reciente y consolidada doctrina de esta Sala (SS de 5 de mayo, 6 de julio y 24 de noviembre de 1987, 23 y 26 de enero y 3 de junio de 1989, 30 de septiembre de 1991, 9 de octubre y 1 de diciembre de 1995, entre otras muchas), matizando las consecuencias en la esfera del proceso del principio de legitimación registral, tiene declarado que, superando una interpretación rigorista del precepto contenido en el párrafo segundo del artículo 38 LH, que exigía el ejercicio previo o, al menos coetáneo con la acción contradictoria del dominio o de un derecho real inscrito, de la acción dirigida a obtener la cancelación o nulidad del asiento registral correspondiente, se pasa a la actual, más acertada desde el plano hermenéutico jurídico-social y flexibilizadora del tráfico jurídico, estableciendo que el hecho de haber ejercitado el actor una acción contradictoria del dominio o de un derecho real inscritos a nombre de otro en el Registro de la Propiedad sin solicitar nominal y específicamente la nulidad o cancelación del asiento contradictorio, lleva claramente implícita esta última petición y no puede ser causa de que se deniegue la formulada respecto a la titularidad dominical o al derecho real correspondiente. (STS de 19 de septiembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—El matrimonio N. adquiere en 1982 una vivienda unifamiliar. Se les deniega la inscripción en el Registro por estar ya el inmueble inscrito a nombre de don C. R., casado con doña M. P. C. La empresa vendedora reconoce la existencia de un error al haber consignado en la escritura de la compraventa celebrada en 1978 por los esposos R. que la finca adquirida por éstos era la que en realidad pertenece al matrimonio N. El error se subsana pero cuando los N. pretenden nuevamente inscribir su adquisición se encuentran con que sobre el inmueble pesa una hipoteca constituida en 1979 en garantía de un préstamo que la *Caja General de Ahorros de Canarias* ha concedido a los R. Incoan entonces un proceso judicial con el fin de que se declare la nulidad de la compraventa de 1978 y de la hipoteca de 1979. El proceso culmina en un recurso de casación

que interpone la Caja y que el TS estima, declarando la validez de compraventa e hipoteca, sin perjuicio de la rectificación ya mencionada que en ningún caso puede afectar al acreedor hipotecario. Mientras tanto, en 1983, el matrimonio R. ha pactado el régimen de separación de bienes siendo adjudicada la finca sobre la que recae la hipoteca a la mujer. Con base en estos antecedentes, el matrimonio N. demanda a los esposos R. solicitando se dicte sentencia por la que se les condene a levantar la carga hipotecaria que grava la finca de su propiedad o subsidiariamente a soportar que se efectúe a su costa. El Juzgado accede a lo pedido y la Audiencia confirma su resolución. No ha lugar al recurso de casación. (R. G. S.)

DERECHO DE FAMILIA

62. Embargo de vivienda familiar en régimen de separación de bienes.—La cuestión a debatir en estos supuestos es si la vivienda es bien privativo del cónyuge no embargado o es bien ganancial; sin embargo, ha de rechazarse la solución «intermedia» en el sentido de declarar la vivienda litigiosa perteneciente en copropiedad, por mitad, a los dos esposos. Dicha solución deberá ser rechazada.

Tercería de dominio.—La finalidad que encierra dicha institución es la de liberar de un embargo a determinado bien, «que pertenezca (con anterioridad a la traba) a un tercero, que sea ajeno a la deuda reclamada, en garantía de la cual se trató el presente embargo». La prueba por uno de los cónyuges de la naturaleza de un bien como privativo no ha de centrarse exclusivamente en la inscripción realizada en el Registro de la Propiedad; ello no puede impedir, al no poseer carácter constitutivo, que se utilicen otros medios probatorios que acrediten la mencionada naturaleza (anotación en el Registro Civil). (STS 28 de septiembre de 1998; *ha lugar*.)

HECHOS.—El matrimonio don Manuel G. C. y doña Carmen A. A. otorgaron escritura pública de capitulaciones matrimoniales en abril de 1985, en la que estipularon el régimen de separación de bienes, inscribiendo un mes más tarde en el Registro Civil. Posteriormente, en febrero de 1986, mediante documento privado, don Manuel celebró contrato de compraventa con don Antonio L. M. por el que el segundo vendía vivienda unifamiliar. En documento privado posterior (julio del mismo año) acordaron anular el contrato sin proceder ningún tipo de reclamación. En agosto, se celebró mediante escritura pública, contrato de compraventa entre doña Carmen y don Antonio sobre la misma vivienda, siendo inscrita a su nombre en el Registro de la Propiedad. En febrero de 1987, don Manuel obtiene del Banco H. A. préstamo personal de millón de pesetas, cuya primera cuota no paga, por lo cual fue embargada la vivienda familiar. Ante ello, doña Carmen dirigió escrito al Registro solicitando hacer constar en la inscripción el carácter privativo del bien, ya que en la escritura pública de compraventa omitió la existencia de la separación de bienes. La misma presentó demanda

de tercería de dominio contra Banco H. A. que fue estimada por el Juzgado de Primera Instancia. Apelada la sentencia, se estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, declarando que la vivienda litigiosa pertenecía en condominio por partes iguales a los esposos. Se recurre en casación ante el TS.

NOTA.—Encontramos decisiones jurisprudenciales dispares en torno a la postura de considerar el bien conyugal como copropiedad. Así, la sentencia de 28 de abril de 1997 afirma que «el régimen de separación de bienes no resulta impeditivo para que pueda surgir entre los esposos, comunidad postmatrimonial de bienes, cuyo régimen es el de cualquier conjunto de cosas en en cotitularidad ordinaria y en el que cada cónyuge conserva una cuota, bien concreta o abstracta, sobre el *totum* del haber patrimonial común». Por otro lado, la sentencia de 7 de noviembre del mismo año estableció que para que subsistiese el embargo trabado en un bien privativo, adquirido tras una disolución del régimen de gananciales, era necesaria la acreditación de subrogación real de los bienes. Los acreedores en estos casos poseen la facultad de pedir e intervenir en la liquidación, sin embargo se les niega «que puedan embargar bienes privativos, pues el patrimonio de la comunidad indivisa sigue respondiendo de las obligaciones que pesaban sobre la sociedad de gananciales, pero no de las que contraiga cualquier titular», refiriéndose el Tribunal en un caso en el que se embargó un bien privativo, adquirido más de cuatro años después de disuelta la sociedad de gananciales. (P. S. S.)

63. Filiación extramatrimonial. Acción de reclamación. Proposición y práctica de la prueba.—En sentido amplio, las acciones de reclamación son las acciones de filiación que tienen por fin la afirmación de determinada paternidad o maternidad, y comprende tanto las que persiguen la declaración de la realidad de la filiación, como proclamar la existencia y validez de un título de legitimación, acompañadas de la correspondiente modificación de la inscripción del Registro civil (Peña Bernaldo de Quirós: *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, vol. I, ed. Tecnos, Madrid, 1984). Los artículos 127 y 131 CC, de acuerdo con la Constitución (art. 39), hacen posible la investigación de la paternidad y maternidad. Permitir la investigación no significa que, a voluntad de cualquier sujeto, puedan llevarse sin límite a los Tribunales cuestiones que tan íntimamente afectan a la persona. Para ello es necesario que la parte demandante presente un principio de prueba «de los hechos en que se funde» (art. 127 CC; igualmente STS de 3 de octubre de 1998).

Negativa del demandado a someterse a las pruebas biológicas de paternidad. No puede entenderse como *ficta confessio*, sino como simple indicio.—En la investigación de la filiación, es doctrina consolidada aquella que entiende que, en orden a la interpretación del artículo 135 CC, son admisibles dos clases de pruebas acreditativas de la filiación: las directas entre las que figuran las clínicas; y las indirectas o presuntivas. La resolución judicial que, en el curso de un pleito de filiación, ordene llevar a cabo un reconocimiento hematológico del demandado, no vulnera los derechos del afectado a su intimidad e integridad, cuando reúna los requisitos delineados por la jurisprudencia, al interpretar los artículos 18.1 y 15 CE: en primer lugar, que no sean degradante, ni contraria a la dignidad de la persona; en segundo

lugar, que exista una causa que justifique la medida judicial (en este caso, no sólo el art. 127 CC, sino también el mandato contenido en el art. 39 CE); en tercer lugar, que sea indispensable para alcanzar los fines constitucionalmente protegidos; en cuarto lugar, que no suponga para el que ha de soportarla, un grave riesgo o quebranto para la salud; y, por último, que exista proporción entre la intromisión, y la finalidad a la que sirve, ponderación que ha de plasmarse en la motivación de la necesidad de la medida. Cuando la evidencia de la paternidad pueda obtenerse a través de otros medios probatorios, menos lesivos para la integridad física, no está el órgano judicial autorizado para disponer la práctica obligatoria de los análisis sanguíneos. (FJ 3.^º STC 7/1994, de 17 de enero).

En los supuestos de filiación prevalece el interés social y de orden público que subyace en las declaraciones de paternidad, en las que están en juego los derechos sucesorios y de alimentos de los hijos, objeto de especial protección por el artículo 39.2 CE. El TC ha declarado (SSTC 227/1991, FJ 5.^º; y 7/1994, FJ 6.^º), que, en los supuestos en los que, en el curso de un proceso, las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes del litigio, existe la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales (art. 118 CE), y dicha parte debe aportar los datos requeridos. Los obstáculos y dificultades puestos por la parte, que tiene en su mano acreditar los hechos, sin causa que lo justifique, pueda repercutir en perjuicio de la contraparte. Sin embargo, en el campo de las acciones de filiación, la falta de colaboración del presunto padre no puede considerarse como *ficta confessio* (STC 7/1994, de 17 de enero; SSTS de 18 de mayo y 20 de diciembre de 1994; 23 de diciembre de 1996; 23 de junio y 21 de julio y 19 de noviembre de 1997; 28 de febrero, 13 de marzo y 22 de junio de 1998). Es un indicio valorable que, acompañado de otros medios, puede ser nexo de la presunción (SSTS de 13 de diciembre de 1994; y 26 de julio de 1996) pero por sí solo carece de carácter de prueba tasada. (vid. O'Callaghan, X: «La acción de investigación de la paternidad en la jurisprudencia», *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1994, pp. 525 y ss). (STS de 19 de septiembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña Mercedes V. M. demandó por los trámites del juicio declarativo de menor cuantía a don Jesús E. R., reclamando la filiación de su hijo menor Héctor, nacido en agosto de 1992, habida cuenta de la relación sentimental que ambos habían mantenido y del hecho de que, al tiempo de la concepción del menor, convivían maritalmente. Igualmente solicitó su inscripción en el Registro civil con los apellidos E. y V., por ser los de su padre y madre, respectivamente, así como el pago mensual de la cantidad de 50.000 pesetas en concepto de alimentos. Propuesta por la parte actora la práctica de la prueba pericial biológica (análisis sanguíneo sobre las probabilidades de paternidad, según la escala de Hummel), las partes designaron como perito a doña Marina M. P., Titular de Biología Celular de la UPV. Por dos veces fue citado el demandado para la práctica de dicha prueba, sin que compareciera en ninguna de ellas. El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la petición de la demandante (sólo redujo la cuantía de la pensión alimenticia a 40.000 ptas). Desestimado el recurso de apelación interpuesto frente a la misma, el demandado interpuso recurso de casación, alegando infracción de la normativa procesal relativa a la prueba, y de la jurisprudencia aplicable al caso.

NOTA.—En la sentencia que anotamos el TS reitera su jurisprudencia acerca de la negativa del demandado a someterse a las pruebas sanguíneas necesarias para poder determinar la filiación del demandante en cuanto al demandado. La parte demandada alegó, como motivo por el cual se negó a la práctica de la prueba sanguínea necesaria, la circunstancia de su no intervención en la designación del perito correspondiente, y por tanto, la limitación que se ha producido en sus medios de defensa, lo que le produjo indefensión y violación del principio de igualdad de las partes. Igualmente alegó la falta de justificación en cuanto a la ampliación del plazo para la práctica de la prueba. El TS declara al respecto que, dicha ampliación, está justificada por las circunstancias concurrentes, ya que el demandado no se había presentado, por dos veces, para la práctica de las pruebas. (*R. D. O.*)

64. Filiación extramatrimonial. Acción de reclamación. Presupuestos del artículo 135 CC.—El artículo 135 CC, de marcado carácter procesal, establece dos clases de medios de prueba acreditativas de la filiación, cuales son las directas, entre las que figuran las heredo-biológicas, antropomórficas o hematológicas; y las indirectas o presuntivas, como la posesión de estado o la convivencia marital al tiempo de la concepción (FJ 1.^o, STS de 24 de octubre de 1998). Las pruebas biológicas son las de mayor fiabilidad, y en supuestos en los que de las mismas se deriva un 99,99 % de posibilidades, se entiende demostrada la filiación (SSTS de 19 de septiembre de 1998; 7 de marzo de 1998). En cuanto a las pruebas indirectas o presuntivas, es necesario que el nexo presuntivo entre el hecho demostrado, en este caso, el nacimiento de un niño, y aquel que se trate de deducir, intervención del demandado en la concepción, haya un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano (art. 1253 CC). Estas pruebas, posesión de estado, convivencia al tiempo de la concepción, confesiones de los familiares, fotografías, relaciones sexuales en ese tiempo, etc., individualmente consideradas, no pueden ser tenidas en cuenta como pruebas tasadas, sino que ha de venir acompañadas de otros medios de prueba.

Negativa del demandado a someterse a las pruebas de paternidad. Enfermedad mental del demandado: psicosis paranoide.—La jurisprudencia del TC tiene declarado que, en materia de filiación, la clave de la cuestión no está en el sometimiento del demandado a la prueba biológica propuesta por la parte demandante, sino el sometimiento del mismo a la resolución judicial que acuerda la realización de dicha prueba. En fase de admisión de la demanda, es necesario la presentación de un principio de prueba «de los hechos en que se funda» (art. 127.2 CC), y que éstas no sean «impertinentes o inútiles» (art. 566 LEC). Una vez decidida por el Juzgado, el afectado está obligado a facilitar su práctica, no sólo por los deberes fundamentales de buena fe y lealtad procesal, y de prestar colaboración con los Tribunales (art. 118 CE), sino por «el deber que impone la Constitución a todos los ciudadanos de velar por sus hijos menores, sean procreados dentro o fuera del matrimonio (art. 39.3 CE)» (FJ 4, STC 7/1994, de 17 de enero).

La resolución judicial que ordena la práctica de la prueba hematológica, no supone, en principio, una vulneración de los derechos a la integridad e intimidad del demandado, cuando reúna los requisitos delineados por la jurisprudencia del TC al interpretar los artículos 18.1 y 15 CE.

En primer lugar, que la intromisión, no sea por sí, inaceptable. Un examen de sangre realizado por un profesional de la medicina y en circunstancias adecuadas (STC 103/1985), no constituye, *per se*, una injerencia prohibida (FJ 3.º, STC 103/1985); y la extracción de unas gotas de sangre, de acuerdo con la STS de 14 de noviembre de 1987, no constituye una violación del pudor o recato de una persona (FJ 3.º, ATC 221/1990). En segundo lugar, debe existir una causa previa que lo justifique, cual es, el mandato constitucional del artículo 39.2 CE. En tercer lugar, que dichas pruebas sean indispensables para alcanzar fines constitucionalmente protegidos. En cuarto lugar, la medida judicial ha de ser proporcional entre la intromisión que conlleva y los fines a alcanzar. Por último, el Juez «no puede disponer la práctica de una intervención corporal cuando pueda suponer para quien tenga la obligación de soportarla un grave riesgo o quebranto para su salud», física o psíquica (FJ 3.º, STC 7/1994, de 17 de enero). (**STS de 26 de septiembre de 1998; no ha lugar.**)

HECHOS.—Doña Ana C. F., como representante legal de su hijo menor Manuel C. F., interpuso ante el Juzgado de Primera Instancia demanda por los trámites del juicio declarativo de menor cuantía, solicitando se declarase la paternidad de don Miguel M. S. con respecto a su hijo. Mediante prueba de confesión reconoció el demandado dos encuentros esporádicos en la carretera con la demandante. El Juzgado de Primera Instancia, ante la negativa de don Miguel a la práctica de las pruebas clínicas correspondientes, unida a la confesión que prestó el demandado y a la prueba testifical suministrada por parientes próximos (padres, hermanos y otros), afirmando la existencia de una relación sentimental entre ambos, dictó sentencia estimando la demanda. Recurrida la sentencia en apelación, la Audiencia Provincial, procedió a la revocación de la misma. La representación de doña Ana interpuso recurso de casación, alegando infracción de los artículos 135 y 1253, ambos del CC.

NOTA.—Negada por la jurisprudencia, tanto del TS, como del TC (STC 7/1994, de 17 de enero), el carácter de *ficta confessio* de la negativa del demandado a someterse a las pruebas hematológicas de paternidad, en el supuesto que anotamos, la clave está no en la negativa del demandado a someterse a la resolución judicial que ordena la práctica de la misma, sino a la intromisión que supone en la intimidad del sujeto y el perjuicio para su salud mental que se deriva de la práctica de la prueba. Los derechos fundamentales que entran en colisión en este supuesto son el derecho a no discriminación, por razón del nacimiento, y el derecho a la vida y a la integridad, en este caso, la integridad psíquica del demandado. La práctica de dicha prueba parece que se pone en relación con el peligro que, para la estabilidad psíquica del demandado, se pueda derivar, habida cuenta de la psicosis paranoide que padece, puesto que, como ya se ha indicado «no puede disponer la práctica de una intervención corporal cuando pueda suponer para quien tenga la obligación de soportarla un grave riesgo o quebranto para su salud», física o psíquica (FJ 3.º, STC 7/1994, de 17 de enero). (*R. D. O.*)

65. Artículo 127 CC. Libre investigación de la paternidad.—Dicho artículo posibilita la utilización de procedimientos para conocer una realidad

genética, lo que permite a los Tribunales, en defensa de los intereses materiales y morales del hijo, prevalerse de cualquiera de los sistemas previstos por la razón humana y en consonancia con la realidad social, en especial de los sistemas de investigación genética. De modo que, desarrollando el artículo 39.2 CE, se introduce en nuestro Derecho «la posibilidad de la determinación de ciertos vínculos familiares, a través de una prueba pericial cuyo núcleo esencial son ciertas pruebas biológicas».

Acceso a casación de la valoración de la prueba pericial. Valoración de la concreta prueba biológica practicada.—En principio, la valoración de la prueba procesal de peritos está privada del acceso casacional, pues el juzgador *a quo* goza de la libertad que le conceden los artículos 1243 CC y 632 LEC (los Jueces y Tribunales apreciarán la prueba pericial según la regla de la sana crítica, sin tener que sujetarse al dictamen de los peritos). Ahora bien, cabe casar tal valoración en casos de error notorio, lo que sólo ocurrirá cuando el juzgador *a quo* tergiverse ostensiblemente las conclusiones periciales, falsee de forma arbitraria sus dictados o extraiga deducciones absurdas o ilógicas. Ninguna de estas tachas se aprecia en la valoración de la prueba biológica efectuada, según la cual el demandado, recurrente en casación, tiene 98,871553 por ciento de probabilidad de ser el padre de la persona en cuestión. (**STS de 5 de octubre de 1998**; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña M.^a L. C. C. D., madre del menor A. C. D., interpuso acción de reclamación de paternidad frente a don F. G. C., solicitando a su vez que se condene al demandado a abonar a la actora, en concepto de alimentos para dicho menor, la cantidad de cien mil pesetas mensuales. El Juzgado de Primera Instancia, que acordó la prueba biológica realizada como diligencia para mejor proveer, estima parcialmente la demanda, pues si bien declara que A. C. D. es hijo del demandado, condena a éste a abonar a la actora treinta mil pesetas mensuales. La Audiencia Provincial confirmó esta sentencia, desestimando los recursos interpuestos. (*S. Q. M.*)

66. Acción de reclamación de filiación. Medios de prueba: posesión de estado.—En los juicios sobre filiación, el artículo 127 CC permite la utilización de «toda clase de pruebas» para la investigación de la paternidad o maternidad con respecto a un sujeto. En orden a la interpretación del artículo 135 CC, es reiterada y uniforme la doctrina del TS, admitiendo dos tipos de prueba acreditativas de la filiación: las directas, entre las que figuran las heredo-biológicas, antropomórficas o hematológicas; y las indirectas o presuntivas, de las que el citado precepto hace una enumeración abierta o *ad exemplum* (sobre las distintas pruebas biológicas, Cordero Cutillas, I.: «Investigación de la paternidad en los procesos de filiación», *Actualidad Civil*, 1994-2, XXI). Como prueba de presunción, tiene operatividad cuando faltan pruebas directas u objetivas (SSTS de 12 de febrero y 2 de abril de 1985), y para su libre valoración por el Juez «es indispensable que entre el hecho demostrado y aquél que se trata de deducir haya un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano» (art. 1253 CC).

La enumeración de pruebas presuntivas contenidas en el artículo 135 es abierta o *ad exemplum*. Entre ellas, la *posesión de estado, possessio filiationis*, como situación fáctica singular, es el concepto público en que es tenido un hijo con relación a su padre natural (SSTS de 29 de mayo de 1984; 5 de

noviembre de 1987, 3 y 17 de marzo, y 7 de diciembre de 1988; 20 de diciembre de 1991; 18 de febrero, 17 de marzo, 17 de junio y 14 de noviembre de 1992; 18 de mayo de 1993; 2 de marzo y 16 de julio de 1994; y 8 de mayo de 1995). Según el artículo 113 CC, la filiación se acredita, a falta de otros títulos de legitimación, por la posesión de estado. Este concepto se forma por actos directos del mismo padre y/o de su familia, y en la apreciación de su existencia o inexistencia por los tribunales de instancia, se atiende a los tres signos clásicos de la posesión de estado: *nomen*, *tractatus* y fama. Tradicionalmente, el *nomen* era referido, por la doctrina, al hecho de ser designado por el padre (o parientes) con la denominación «hijo». En la actualidad, el requisito del *nomen* es referido al uso del apellido paterno (o materno, según los casos). La *fama*, o *reputatio*, consiste en el hecho de ser el hijo reputado social y familiarmente como tal. Y el *tractatus*, es de los tres requisitos, el más importante y se refiere al comportamiento material y afectivo dispensado normalmente en una relación paterno filial: autoridad paterna, alimentos, educación, compañía, etc. (vid. Peña Bernaldo de Quirós, M.: *Comentarios a la reforma del derecho de familia*, vol. I, Madrid 1984, p. 842).

Exceptio plurium concubentium.—La *exceptio plurium concubentium*, es decir, la existencia de cohabitación de la mujer con otros hombres durante la época de la concepción, no está expresamente contemplada en el Código Civil. La jurisprudencia del TS ha sido oscilante en este punto, admitiéndola en algunas ocasiones (SSTS de 14 de noviembre de 1987, y de 27 de junio de 1988); y otras, rechazándolas (SSTS de 27 de junio de 1987, 8 de julio de 1991 y la que en estas líneas anotamos). Carece de valor de prueba tasada, aunque nada impide que el Juez la valore y valore libremente. Demostrada de forma notoria y manifiesta que durante el tiempo de la concepción, la mujer mantuvo relaciones sexuales con un tercero, a este último no puede obligársele al sometimiento a las pruebas. Las acciones de filiación, tanto la de impugnación como la de reclamación, son acciones de estado, donde el legislador ha tasado las personas legitimadas activa y pasivamente. Ni siquiera el Juez, mediante las diligencias para mejor proveer puede ordenarlas (vid. al respecto, Lledo Yagüe: «Las pruebas biológicas en los procesos de filiación». *La Ley* 1986-1, p. 1080; Peña Bernaldo de Quirós, M.: *Comentarios a la reforma del derecho de familia*, vol. I, Madrid 1984, p. 956). (STS de 24 de octubre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña Claudia D. B., y don Manuel M. L., mantuvieron, durante cierto tiempo, una intermitente relación sentimental. En dichos períodos, don Manuel también prestaba ayuda económica a doña Claudia y a sus tres hijos. Uno de dichos menores, en concreto Marta D. B., figuró inscrita en su centro escolar, durante el curso 1985-1986, como hija de don Manuel, haciéndose igualmente cargo del pago de los respectivos recibos escolares. Doña Claudia, como representante legal de su hija menor de edad, doña Marta D. B., interpuso demanda contra don Manuel M. L., solicitando que se declarase la paternidad de éste respecto de su expresa hija. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y absolvío a los herederos de don Manuel M. L. Interpuesto recurso de apelación fue igualmente desestimado. La representación de doña Claudia, interpuso recurso de casación, alegando infracción del artículo 135 CC.

NOTA.—La posesión de estado, como título de legitimación de la filiación de carácter subsidiario, *ex artículo 113 CC*, tiene el mismo valor que los demás títulos de legitimación, sin perjuicio de la facultad reconocida al Juez, en el artículo 135 CC, de declarar o no la filiación que de la posesión de estado se infiere. Ha desaparecido, con relación a los antiguos artículos 135 y 136 CC, en su redacción anterior a la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial, la mención expresa al requisito de la continuidad. Sin embargo, dicha omisión no es óbice para que no se exija cierta permanencia, puesto que, como tal situación de hecho, sólo tiene valor mientras persiste la realidad fáctica en que tal posesión de estado consiste. En la sentencia que anotamos, los elementos han operado como distorsionadores de la posesión de estado de don Manuel con respecto a la menor Marta D. B.: que el mismo trato afectivo y económico recibían los demás hermanos de la menor; y la falta de permanencia de la «fama», pues sólo durante un año académico, externamente figuró inscrita en el colegio como hija de don Manuel.

Por lo que respecta a la *exceptio plurium concubentium*, el TS reitera su doctrina en el sentido de negarle fuerza de prueba tasada, propugnando su valoración y ponderación libre por el Juzgador, pero en consonancia con el resto de las pruebas (STS de 21 de marzo de 1996) (*R. D. O.*)

DERECHO DE SUCESIONES

67. Nulidad de testamento mancomunado. Su valor como reconocimiento de deuda mediante documento privado.—«La calificación como disposición testamentaria es inaceptable: se trataría de un testamento ológrafo epistolar, pero como testamento sería nulo (art. 6.3 CC) por infringir la norma prohibitiva del artículo 669 CC del testamento mancomunado pues dos personas –marido y mujer– testan a favor del demandante; como ológrafo, le faltaría el requisito de la autografía, que exigen los artículos 678 y 688 CC ya que el texto original se halla escrito a máquina».

«El reconocimiento de deuda no crea obligación alguna, es un negocio jurídico unilateral por el que su autor declara o, lo que es lo mismo, reconoce la existencia de una deuda previamente constituida; contiene, pues, la voluntad negocial de asumir y fijar la relación obligatoria preexistente, se le aplica la presunción de la existencia de causa del artículo 1277 CC y el autor, autores o causahabientes en el presente caso, queda obligado a cumplir la obligación cuya deuda ha reconocido (...); a su vez, al reconocimiento de deuda se le atribuye una abstracción procesal, que dispensa de probar la obligación cuya deuda se ha reconocido».

«En nuestro Derecho no se admite el negocio jurídico abstracto. Sin embargo, como se ha expuesto anteriormente, al reconocimiento de deuda, negocio jurídico unilateral que contiene la voluntad negocial de asumir y fijar la relación obligatoria preexistente, se le ha admitido por la doctrina y jurisprudencia el efecto material de quedar obligado al cumplimiento, por

razón de la obligación cuya deuda ha sido reconocida y el efecto procesal, de la dispensa de la prueba de la relación obligacional preexistente».

Obligación alternativa con atribución de la facultad de elección al acreedor.—La deuda reconocida consiste en una obligación alternativa con atribución de la facultad de elección al acreedor y con posposición de la obligación de cumplir al momento del fallecimiento del obligado que reconoce la deuda.

Interpretación de los contratos como facultad exclusiva del tribunal a quo.—«La jurisprudencia de esta Sala ha sido constante y reiterada en la doctrina de que la función de interpretación del contrato corresponde a los Tribunales de instancia, a no ser que haya sido ilógica, arbitraria o contraria a la ley, especialmente a las normas sobre interpretación». (STS de 28 de septiembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Jesús B. E. interpuso demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra doña Purificación F. P. en la que se solicitaba se declarase, entre otros extremos, su propiedad sobre determinadas fincas, y subsidiariamente, se solicitaba se condenase a la demandada a cumplir la voluntad de su causante, doña Julia F. P., en orden a la entrega al demandante de dichas fincas. Contestada la demanda, el Juez de Primera Instancia dictó sentencia desestimando íntegramente la demanda formulada y absolviendo a la parte demandada de todas las pretensiones.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Madrid revocó parcialmente la sentencia y condenó a la demandada a entregar al demandante en propiedad las fincas litigiosas. Interpuesto recurso de casación, el TS declaró no haber lugar al mismo.

NOTA.—Llama especialmente la atención en el presente caso que el Juzgado de Primera Instancia califique una carta escrita a máquina y firmada por marido y mujer como testamento ológrafo, lo que es rechazado por la Audiencia Provincial de Madrid y mantenido en casación. En efecto, la nulidad como testamento de aquella carta queda fuera de toda duda desde el momento en que está firmada por ambos cónyuges, contraviniendo así la prohibición del artículo 669 de nuestro Código Civil relativa a los testamentos mancomunados. Esto debiera haber sido suficiente para no admitir una tal disposición testamentaria, pero, a mayor abundamiento, el texto de la carta está escrito a máquina, extremo éste que, como dice la sentencia, acarrearía su invalidez por no cumplirse el requisito de la autografa que exigen los artículos 678 y 688 CC.

Lo anterior, no impide, sin embargo, que la carta pueda valer como un documento que prueba el reconocimiento de una deuda contraída anteriormente por ambos cónyuges frente al demandante, teniendo en cuenta sobre todo las palabras literales de la carta: «(...) creemos que de esta forma quedas compensado de todo lo que te debíamos» (SS de 11 de marzo y 30 de septiembre de 1993, 14 de octubre de 1994 y 22 de julio de 1996). En relación a este reconocimiento de deuda, la presente sentencia sigue la tesis minoritaria en la jurisprudencia al configurarlo como un negocio jurídico unilateral (en el mismo sentido, la S de 5 de mayo de 1998 del mismo Ponente), frente a la mayoritaria, partidaria de su carácter contractual (SS de 23 de febrero y 3 de septiembre de 1997 y 13 de febrero

de 1998), aunque sí se reitera la idea del negocio de reconocimiento como «voluntad negocial de asumir y fijar la relación obligatoria preexistente», no siendo un negocio abstracto, sino al que le es aplicable la presunción de existencia y licitud de causa del artículo 1277 CC, además de servir como medio de prueba. La deuda reconocida consiste en una obligación alternativa (quinientas mil pesetas o cinco fincas) con atribución de la facultad de elección al acreedor, debiendo entenderse conforme a lo pedido en la demanda que opta por estas últimas. (A. G. C.)

68. Incapacidad para testar: alcance de la expresión «cabal juicio» (art. 663 CC). Efectos de la declaración judicial de incapacidad.—El artículo 663 CC emplea la expresión *cabal juicio*, y el 664 la explica al referirse a la enajenación mental y si bien aquélla no puede resultar técnicamente muy afortunada, si resulta lo suficientemente expresiva en cuanto autoriza una amplitud interpretativa para abarcar a todas las personas incapaces de gobernarse por sí mismas (art. 200 CC). El precepto se ha de aplicar no sólo a quien por resolución judicial ha sido declarado incapaz (S de 22 de junio de 1992), sino también a los afectados de una incapacidad de hecho suficientemente demostrada, que es el caso de autos, ya que doña Salomé P. fue declarada incapaz por medio de auto de 9 de julio de 1981 —posterior a la fecha del otorgamiento de su disposición de última voluntad—, pero la proximidad temporal es también significativa, en cuanto que la anomalía mental ya existía, pues cuando se incoa el procedimiento judicial, evidentemente se parte de la concurrencia de un presencial y exteriorizado estado anómalo mental y no se ha de esperar a que durante el *iter* del proceso aquel tenga que manifestarse necesariamente. La decisión judicial que declara y confirma la situación de incapacidad, juega a efectos de la ineficacia de la *presunción de capacidad* para testar del artículo 662, —*favor testamenti*—, que cabe ser destruida por medio de prueba inequívoca, cumplida y convincente en contrario (SS de 12 de mayo de 1962, 13 de octubre de 1990, 30 de noviembre de 1991, 10 de febrero y 8 de junio de 1994); prueba que es de cargo, en cuanto excepción, de la parte que sostiene la incapacidad mental del testador en el momento del otorgamiento de su última voluntad (SS de 10 de abril de 1987 y 26 de septiembre de 1988).

Exigencia del artículo 666 CC a efectos de apreciar la capacidad del testador. Médicos que actúan como testigos instrumentales: alcance de su intervención.—Se aporta infringido el artículo 666 CC, en cuanto se argumenta que el Tribunal de apelación tuvo en cuenta, a efectos de apreciar la capacidad de la testadora, actos anteriores y posteriores, que se relatan en el FD 5.^º de la sentencia. La decisión de los juzgadores de instancia no se basó exclusivamente en la concurrencia de estas circunstancias, ya que, al conformar hechos demostrados, los analizó y sometió a proceso valorativo por ser material probatorio obrante en el pleito y que debía de tenerse en cuenta, así como la declaración judicial posterior de incapacidad, ya que actúan corroborando la prueba pericial, que fue debidamente estudiada y atendida, la que resulta trascendental en estos casos, cuando se trata de precisar el estado mental de las personas naturales, pues los trastornos de este tipo no suelen surgir de un modo súbito, ya que lo más frecuente es que respondan a un proceso degenerativo que se desarrolla y acrecienta con el transcurrir del tiempo. El precepto citado no ha sido infringido. No se trata precisamente de un testamento otorgado en un intervalo lúcido, que ha de reunir los requisitos

del artículo 665 CC. El hecho de que en el abierto que dictó doña Salomé P. hubieran intervenido como testigos tres médicos del centro sanatorial en el que estaba internada y donde se redactó la disposición, no supone por ello blindaje del acto notarial que haga inatacable la conclusión de que gozaba en dicho momento histórico de la capacidad mental suficiente para otorgar un testamento complejo, como el que es objeto del proceso, pues dichos facultativos sólo actúan como testigos instrumentales idóneos, dentro de las competencias y deberes que la ley les impone y nada más (arts. 694, 695, 696, 697 y 698 CC). La exigencia del referido artículo 666, a efectos de apreciar la incapacidad de la testadora, impone atender a su estado en el momento mismo de redactarse el testamento, lo que conformó, cuestión de hecho que incumbe a la Sala sentenciadora que en este caso no lo apreció (SS de 27 de enero de 1978, 7 de octubre de 1982, 10 de abril de 1987 y 26 de septiembre de 1988), toda vez que concurre prueba bastante para mantener con la seguridad suficiente que la referida causante no recuperó la capacidad necesaria para otorgar el testamento de referencia, que, en cierto modo se presentaría como súbita y hasta sorprendente e inesperada, al estar afectada de una grave enfermedad degenerativa y progresiva, de casi nulas posibilidades de recuperación.

Juicio notarial sobre la capacidad del testador. Deber de asesoramiento que incumbe al notario.—La capacidad para testar equivale a capacidad o aptitud natural y según la jurisprudencia reiterada se presumen asiste a todo testador. Cuando se requiere la presencia del notario para otorgar testamento, el fедатario se encuentra en un primer momento —es al que se refiere el art. 685— que le impone una extremada atención, consecuente al contacto directo y personal con el otorgante, en cuanto que tiene que dictaminar su capacidad de obrar en relación con el acto jurídico que pretende llevar a cabo, por lo que ha de hacer una calificación que suele ser inmediata respecto a su idoneidad para poder testar. El texto legal utiliza el vocablo «procurar» que equivale a intentar, tratar o hacer esfuerzo de atención y diligencia, que no exige una aseveración de capacidad con absoluta certeza ni intervención facultativa (SS de 23 de marzo de 1940 y 21 de junio de 1986). La reforma operada por Ley de 20 de diciembre de 1991, llevó a cabo un cambio semántico, que no es ninguna innovación, ya que se volvió a la primera edición del Código Civil, en cuanto establece que el notario deberá asegurarse de la capacidad, lo que resulta más imperativo, pues ya le obliga y compromete, adquiriendo mayor preponderancia, toda vez que ha de emitir un juicio jurídico y controlar debidamente las condiciones que presenta el testador, y que necesariamente ha de relacionar con la mayor o menor complejidad del testamento que pretende hacer, a efectos de que este acto jurídico esté asistido de la legalidad correspondiente, que lo instaure como plenamente eficaz y válido. El juicio del notario es exclusivamente propio y personal, pues no se apoya en la colaboración de especialistas. Transcurrido este primer momento, que puede revestir impresión personal y actúa a modo prologal y, decidida la redacción del documento testamentario, es cuando el fедатario hace la constatación de la capacidad del testador en dicha escritura, como actuación profesional exclusiva, que no supone que dé fe de un acto que concluye, sino más bien que expresa su apreciación subjetiva acerca de las condiciones del otorgante para poder testar, lo que refiere para los testamentos el artículo 695 CC, al disponer que hará siempre constar el notario que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria, en la que va implícita la capaci-

dad natural y de esta manera la actuación notarial reviste plenitud en el enjuiciamiento de la capacidad del testador, pues el juicio de capacidad se le impone y no puede ser eludido. Ha de tenerse en cuenta que en materia de testamentos, especialmente la actividad del notario no limita su función a la redacción de la última voluntad del testador, sino que el deber profesional y más aún el respeto y acomodo a la legalidad, le impone los asesoramientos precisos, que se han de desarrollar siempre dentro del ámbito de la libertad decisoria del testador, porque la voluntad inicial de éste puede resultar errónea, incompleta o equivocada, contraria a la ley, con lo que la función notarial cumple sentido encauzando estas situaciones, pero nunca suplirla y menos sustituirla, por ser actividades distintas de las de asesorar o más bien poner el camino de ajuste a la ley, lo que resulta efectivo ante la redacción de disposiciones testamentarias que presentan complejidad. El juicio notarial de capacidad de testamentación, si bien está asistido de relevancia de certidumbre, dado el prestigio y confianza social que merecen en general los notarios, no conforma presunción *iuris et de iure*, sino *iuris tantum*, que cabe destruir mediante prueba en contrario que los Tribunales deben declarar cumplida y suficiente para decidir la incapacidad de quien testa y en el momento histórico de llevar a cabo tal acto, lo que conforma reiteradísima doctrina jurisprudencial (SS de 26 de septiembre de 1988, 13 de octubre de 1990, 24 de junio y 27 de noviembre de 1995, como las más recientes). (**STS de 19 de septiembre de 1998; no ha lugar.**)

HECHOS.—El recurso de casación trae causa del pleito que promueve la sobrina de la testadora. Ésta, hermana y heredera universal del pintor Benjamín Palencia, otorga testamento abierto en el centro psiquiátrico en el que está internada. La sobrina interesa del Juzgado sentencia por la que se declare la nulidad del testamento en razón de la incapacidad mental que aqueja a su tía. Accede el Juzgado a lo pedido confirmando la Audiencia la sentencia de instancia. No ha lugar al recurso de casación. Conviene destacar que la normativa aplicable es la anterior a la reforma operada por Ley de 20 de diciembre de 1991. (*R. G. S.*)

69. Validez del legado de bien ganancial aunque no se haya liquidado la sociedad: artículo 1380 CC.—Ante todo y como premisa indispensable hay que proclamar que en Aragón se rige el matrimonio por el sistema de comunidad restringida de bienes, por lo que se puede afirmar que existe una gran similitud entre este sistema patrimonial y el que regula el Código Civil con respecto al sistema de gananciales; pero se diferencia en ser la libertad voluntarista de estipulación todavía más absoluta y en ser la comunidad legal más amplia, pues tienen la consideración de bienes comunes no sólo los gananciales del Código Civil, sino, y en principio, además los bienes muebles, ya sean aportados al matrimonio o adquiridos después. En otras palabras, que las fincas —objeto del legado en cuestión—, tienen la consideración de bienes gananciales, como se define esta clase de bienes en el Código Civil. Pues bien, como correctamente se afirma en la sentencia recurrida, la cuestión de hecho anteriormente referida, se subsume perfectamente en el artículo 1380 CC. Dicho precepto, que procede de la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981, emblemática reforma, pues dio un giro copernicano con base en la Constitución Española, a la regulación tradicional que dicho Código otorgaba al derecho de familia, trata de conjugar los principios de las

normas sobre los legados testamentarios a las características nuevas de la sociedad de gananciales, cuando de una manera contundente establece que la disposición testamentaria de un bien ganancial producirá todos sus efectos, siempre adjudicado a la herencia del testador. Y así es, efectivamente, porque, el bien ganancial legado, aunque sea indisponible para el testador al tiempo del otorgamiento, puede quedar plenamente integrado en el caudal hereditario. Así, en la presente contienda judicial, además de encontrarnos con una disposición testamentaria de uno de los esposos, la misma se refiere al legado de un bien ganancial concreto, aunque sea un legado de bien calificado como ganancial al tiempo del fallecimiento del testador –lo que supone que la referida sociedad de gananciales existía hasta dicho fallecimiento–. Todo lo cual hace que deba rechazarse la hipótesis casacional de este motivo, puesto que la interpretación dada al mencionado artículo 1380 CC, excluye la posibilidad de intervención de la validez que proclama el artículo 878.1 de dicho Cuerpo legal, así como de la proclamación de una restricción de la disponibilidad testamentaria del cónyuge sobre los bienes comunes de los gananciales que establece, con matizaciones, el artículo 1379 del tantas veces mencionado Código Civil. Con todo lo anterior, sólo se hace que seguirse lo proclamado en gran parte de la doctrina científica moderna, cuando dice que el artículo 1380 del Código Civil, permite que cualquiera de los cónyuges pueda disponer por testamento de un bien ganancial pese a que antes de la partición de la sociedad legal de gananciales, ninguno de los cónyuges tiene poder de disposición exclusivo sobre cualquiera de los bienes que forman su activo ni a ninguno le pertenece. Ya que es obvio que la naturaleza y el régimen propio de la sociedad de gananciales conlleva que el otorgamiento del testamento, vigentes los gananciales, facilita extraordinariamente el caso de que cualquiera de los cónyuges pueda instituir legados sobre cosas que están en dicha sociedad y antes de su liquidación como ocurre en el presente caso. (STS de 28 de septiembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—La base fáctica del recurso viene constituida por la existencia de unos legados sobre bienes calificados como gananciales que son adjudicados por la testadora a los hijos habidos con el cónyuge premuerto sin haberse liquidado ni adjudicado la herencia de éste. Dos de los hijos promueven la declaración de nulidad de los legados. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda. La Audiencia revoca parcialmente la sentencia apelada y absuelve a los demandados. No ha lugar al recurso de casación que interponen los actores. (R. G. S.)

70. Los derechos hereditarios de un hijo natural reconocido según la legislación preconstitucional se rigen por la ley vigente al tiempo de la apertura de la sucesión.—Parece que los recurrentes pretenden sostener que, al haberse producido la apertura de la sucesión en la fecha del fallecimiento del causante, los preceptos aplicables han de ser los artículos 807.3.^º, 840 y 942 CC, en su redacción anterior a la reforma por Ley de 13 de mayo de 1981, por lo que la cuota hereditaria que ha de corresponder al demandante (dada su condición de hijo natural reconocido, según la legislación anterior) parece que quieren decir los recurrentes, es la que señalan los preceptos últimamente citados (en su redacción anterior a la citada Ley) y no la que correspondería con arreglo a los artículos 807 y 931 CC en su redacción vigente. El expresado motivo no puede tener favorable acogida, ya que la

sentencia recurrida no ha entrado a examinar, ni resolver, el tema que ahora plantea este submotivo (...). No obstante ello, como quiera que dicho tema, con toda probabilidad pueda plantearse en fase de ejecución de sentencia (la que no es muy apropiada para la resolución del mismo), en evitación de ello, esta Sala se considera en el deber de puntualizar, sin que ello entrañe la estigmatización de este submotivo que, efectivamente, al haberse producido la apertura de la sucesión del causante con mucha anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 11/1981, de 13 de mayo (concretamente el 1 de marzo de 1949, fecha de fallecimiento del mismo), los derechos hereditarios del actor en la herencia del padre (como hijo natural reconocido del mismo, entonces) habrán de ser los que le corresponderían con arreglo a la legislación vigente en la referida fecha de apertura de la sucesión, conforme establece la DT 8.^º de la citada Ley 11/1981 y según tiene declarado esta Sala (SS de 13 de febrero y 26 de diciembre de 1990, 8 de noviembre de 1991, 28 de julio de 1995, entre otras).

La distinción entre hijos matrimoniales y no matrimoniales es aplicable a los hijos nacidos antes de la entrada en vigor de la Constitución si la acción de filiación se promueve tras la vigencia de ésta.—No existiendo, en materia de filiación, después de la entrada en vigor de la Constitución, más distinción que la de hijos matrimoniales y no matrimoniales (aunque ambas con igualdad de derechos), dicha única distinción es también aplicable a los hijos nacidos antes de la entrada en vigor del texto constitucional, cuando su acción de filiación la promuevan después de la vigencia de la misma (STC de 20 de diciembre de 1982 y de esta Sala 1.^a del TS de 10 de marzo de 1987, 17 de marzo y 28 de julio de 1995, 24 de diciembre de 1996, entre otras), por lo que la calificación que la sentencia recurrida ha hecho del demandante como hijo no matrimonial de don A. F. V. es plenamente ajustada a Derecho, con la salvedad referente a sus derechos sucesorios.

La posesión de consumo, en común y pro indiviso de los bienes hereditarios no es hábil para la usucapión.—En su alegato, los recurrentes vienen a sostener, en esencia, que habiendo ellos poseído los bienes hereditarios durante más de cuarenta años, en concepto de dueños de los mismos, ha de considerarse, dicen, que han adquirido el dominio de tales bienes por prescripción. El expresado motivo ha de ser desestimado, ya que los demandados (hijos matrimoniales de don A. F. V.), aquí recurrentes, han venido poseyendo los bienes integrantes de la herencia de su referido padre en concepto de herederos del mismo (aun sin haber obtenido siquiera su preceptiva declaración de herederos abintestato, lo que se realiza a través de este proceso, y, por tanto, sin haber practicado partición alguna de dicha herencia indivisa) y es reiterada doctrina de esta Sala (SS de 24 de noviembre de 1906, 6 de junio de 1917, 8 de junio de 1943, 4 de abril de 1960, 13 de noviembre de 1969, 23 de junio de 1982, 20 de octubre de 1989, 18 de abril de 1994, entre otras) la de que cuando los bienes hereditarios se posean de consumo, en común y pro indiviso por los coherederos, dicha posesión no es hábil para que los mismos puedan adquirir los bienes integrantes del indiviso caudal hereditario, por cuanto no prescribe entre coherederos la acción para pedir la partición de la herencia, según establece el artículo 1965 CC, cuya acción es la que ha ejercitado en este proceso el demandante, en su calidad de coheredero (hijo no matrimonial del causante). (STS de 6 de noviembre de 1998; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Don José M.^a, hijo natural reconocido en 1920, reclama se le reconozca heredero *ab intestado* de su padre, fallecido

en 1949 sin haber otorgado testamento. Reclama además la partición de la herencia –indivisa al tiempo de interponerse la demanda (1992)– y la adjudicación de la cuota que en ella le corresponda. El Juzgado accede a lo pedido y la Audiencia confirma la correspondiente sentencia. Interponen recurso de casación los cuatro hijos matrimoniales del padre fallecido. El TS lo estima parcialmente. (*R. G. S.*)

71. Créditos en favor de la comunidad hereditaria. Posición de los coherederos.—Los coherederos no son acreedores solidarios de los créditos cuya titularidad pertenece a la comunidad hereditaria. Por ello han de actuar conjuntamente o, de actuar uno solo de los coherederos, hacerlo en beneficio de la comunidad, no pudiendo por sí mismo transigir, renunciar o remitir el todo o una parte de una deuda perteneciente al acervo común. Los herederos sólo pueden realizar actos conservativos o de defensa de los bienes de la herencia y ejercitar las acciones correspondientes a la comunidad hereditaria siempre en beneficio de ésta, de acuerdo con las reglas que rigen la comunidad de bienes.

Artículo 1164 CC. Pago hecho de buena fe a quien está en posesión del crédito.—La buena fe de quien paga a un tercero que se encuentra en posesión del crédito no se presume, sino que ha de ser probada por quien realiza ese pago con el fin de quedar liberado, requiriéndose a estos efectos una apariencia razonable y objetivamente verosímil de legitimación del tercero que cobra. En consecuencia, no es alegable la buena fe cuando el deudor no actuó con la diligencia debida para constatar la legitimación para recibir el pago de la persona a quien se lo hizo, dado que el error no se funda en circunstancias objetivas. (**STS de 17 de octubre de 1998; ha lugar.**)

HECHOS.—El 3 de diciembre de 1991 empleados de *Aislamientos Extremeños*, S. A. causaron, de manera negligente, un incendio mientras trabajaban en el edificio y negocio de don J. R. G., quien tenía suscrita una póliza de seguro contra incendios con *La Vasco Navarra*, S. A., *Española de Seguros y Reaseguros*, la cual abonó por esta razón a sus herederas, su esposa y sus dos hijas, la cantidad de 6.355.633 pesetas. *Aislamientos Extremeños*, S. A. tenía a su vez concertada una póliza de responsabilidad civil con *Comercial Unión*, S. A. que cubría el siniestro, por lo que *La Vasco Navarra* ejercitó la acción de subrogación del artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguros contra aquélla y su asegurada, que fue declarada en rebeldía. *Comercial Unión* se opuso a pagar alegando que ya había indemnizado a los perjudicados y entre ellos a una de las hijas, heredera de don J. R. G., y su marido, quienes, habiéndose atribuido la propiedad en exclusiva del inmueble siniestrado, habían transigido a renunciar a cuantas acciones pudieran corresponderles a cambio de 17.500.000 pesetas, negándose a devolver a la aquí demandante la cantidad previamente recibida. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial desestimaron la demanda. (*A. G. G.*)

DERECHO MERCANTIL

72. Avituallamiento de buques y contrato de suministro.—El suministro de combustible para hacerse un buque a la mar se considera proporcionar avituallamiento a la nave y es, en consecuencia, subsumible en el artículo 952 CCO. Cuando el suministro no se facilita para un viaje, sino que se repite varias veces en un período de tiempo y en distintos puertos, las cargas de combustible se configuran como ventas a crédito sin establecer plazo para el pago, pudiendo calificarse como contrato de suministro con entregas sucesivas, a las que no se aplica el mencionado precepto.

Prescripción de la acción para exigir el cumplimiento del contrato de suministro.—Tratándose las partes de comerciantes, y no estando este contrato especificado en el CCO ni existiendo usos del comercio al respecto, se rige por las reglas del derecho común. El mismo criterio establece el artículo 943 CCO para las acciones que no tengan determinado plazo en este cuerpo legal. Por ello, es necesario acudir al Código Civil, cuyo artículo 1973 da eficacia a las interrupciones del plazo de prescripción por reclamaciones extrajudiciales. (**STS de 21 de septiembre de 1998;** no ha lugar.)

HECHOS.—La actora, en el ejercicio de su actividad empresarial, suministró a la demandada combustible en cinco ocasiones, en diversos puertos, entre los meses de abril de 1990 y enero de 1991, incumpliendo la deudora su obligación de pago. Tras varias reclamaciones extrajudiciales y reconocida la deuda por la deudora, interpuso demanda la acreedora, que fue estimada por el Juzgado de Primera Instancia. La Audiencia Provincial desestimó el posterior recurso de apelación. Recurrió la demandada en casación al considerar prescrita la acción de la demandante. (*A. G. G.*)

73. Deber de declaración del artículo 10 de la LCS.—El artículo 10 de la Ley 50/1980 establece el deber del tomador de responder a aquello que le pregunte el asegurador, de modo que la obligación no se extiende más allá de los datos expresados en el cuestionario. Se incumple este deber cuando el riesgo descrito por el tomador es distinto al real.

Interpretación de las cláusulas en los contratos de adhesión.—Según constante doctrina jurisprudencial, el artículo 3 LCS establece que las dudas que surjan en la interpretación de las cláusulas de los contratos de adhesión se resolverán en el sentido más favorable al asegurado —**SSTS de 22 de julio de 1992, 3 de octubre de 1994 y 30 de diciembre de 1996.**

Error en la apreciación de la prueba.—No puede invocarse en casación el error en la apreciación de la prueba del Tribunal de apelación, dado que, en principio, posee éste soberanía para dicha valoración, salvo que resulte ilógica, contraria a las máximas de experiencia o a las reglas de la sana crítica.

Imposibilidad de planteamiento de cuestiones *ex novo* en casación.—No cabe plantear en casación temas no aducidos en estadios anteriores del proceso, ya que alteran el objeto de la controversia, atentan contra los principios de preclusión e igualdad de las partes —**SSTS de 11 de abril y 4 de junio de 1994— y ocasionan indefensión a la otra parte —SSTS de 22 de julio y 20 de septiembre de 1994—.** (**STS de 29 de septiembre de 1998;** no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil *Biogenese, S.L.* concertó con una aseguradora una póliza de transportes que cubría el traslado de unas mercancías desde Francia en el vehículo y en las fechas estipulados. Perdidas las mismas en un accidente, *Biogenese* demanda a su aseguradora reclamando el pago de la indemnización correspondiente. El Juzgado de Primera Instancia estima en parte la demanda, concediendo a la demandante una indemnización inferior a la pretendida. Recurrida la sentencia por ambas partes, la Audiencia Provincial estima en parte ambos recursos, elevando la cuantía de la indemnización. (A. G. G.)

74. Apreciación de la prueba.—Ante la actuación del asegurado que no declaró en el cuestionario médico los antecedentes de enfermedad coronaria que presentaba, negando expresamente la cuestión del formulario relativa a la existencia de cardiopatías, nos encontramos ante una reserva o inexactitud del tomador del seguro ya que esta ocultación de datos perjudicó a la Mutua aseguradora en la apreciación de la valoración del riesgo, que desde un punto de vista objetivo le hubiera llevado a rechazar el contrato si hubiera conocido la situación del estado de salud del asegurado si le hubiera informado de las circunstancias que conocía (en este sentido, cita la STS de 25 de noviembre de 1993). (**STS de 14 de marzo de 1998;** no ha lugar.)

HECHOS.—Don G. D. padecía desde 1983 problemas coronarios, siendo asistido con carácter de urgencia en abril de 1992. Estas circunstancias no fueron puestas en conocimiento en el cuestionario médico relativo a su estado de salud efectuado por la Mutua aseguradora con la que concertó en junio de 1992 un contrato de seguro con cobertura de los riesgos de enfermedad y larga enfermedad e invalidez permanente y absoluta. En diciembre de 1992, la Dirección Provincial de la Seguridad Social declara la incapacidad laboral permanente y absoluta de don G. D. por patologías cardíacas. Ante tales hechos, efectúa reclamación de cantidad por dichos conceptos contra la Mutua. La demanda es desestimada tanto en primera instancia como en apelación, que considera que se trata de una «manifestación contractual dolosa y grave que faculta no sólo a resolver el contrato, sino a apreciar la excepción como enervadora de la obligación de indemnizar». Interpuesto recurso de casación, el TS confirma la misma en base no a la buena o mala fe, sino a la declaración incompleta o inexacta que constituye una culpa grave. (E. M. C.)

75. Reclamación de gastos de salvamento al Consorcio de Compensación de Seguros por inundaciones causadas por lluvias torrenciales.—El TS señala que el Consorcio únicamente se encuentra obligado al contrato de seguro de daños, ateniéndose para determinar el daño al valor del interés asegurado en el momento inmediatamente anterior a la realización del siniestro, siendo posible por acuerdo de las partes, en virtud del artículo 30 LCS, la existencia de cláusulas en la póliza de exclusión, como las referentes al artículo 17 LCS relativas a los gastos por salvamento.

Pagos por el INEM.—El TS declara que procede sustraer de la indemnización que el Consorcio de Compensación de Seguros debe abonar a la entidad actora por los gastos de descombro el importe de las cantidades ya abo-

nadas por el INEM, porque de lo contrario se ocasionaría una situación de enriquecimiento injusto. (**STS de 20 de octubre de 1999; no ha lugar.**)

HECHOS.—La Compañía mercantil *E. S. A.* padece en sus instalaciones industriales una inundación como consecuencia de unas lluvias torrenciales y, en parte, debido al desbordamiento de un río próximo a la misma. El Consorcio de Compensación de Seguros efectúa la indemnización, pero aminorando la cuantía de la misma en lo relativo a los gastos de salvamento y descombro. Ante tales hechos, la entidad *F. S. A.* interpone demanda contra el Consorcio de Compensación de Seguros sobre reclamación de cantidad por gastos sufridos y no indemnizados, e incrementada en un 20 por ciento anual a partir de la fecha del siniestro. La demanda es desestimada en parte en primera instancia, siendo estimado parcialmente el recurso de apelación. Interpuesto recurso de casación, el TS confirma la misma. (*E. M. C.*)

76. Sociedades: derecho de información del socio.—En la línea de otras sentencias anteriores (por ejemplo, STS de 23 de junio de 1995), el TS atribuye una doble vertiente al derecho de información de los socios. Antes de la celebración de la junta, el derecho de información otorga a éstos el derecho de obtener de la sociedad, de forma inmediata y gratuita, la documentación relativa a la materia que va a ser aprobada en junta. Asimismo, durante la propia junta, los socios disponen de la posibilidad de solicitar del órgano de administración aclaraciones respecto del contenido de los acuerdos que hayan de adoptarse. La negativa a contestar las cuestiones formuladas por aquéllos, o incluso, como apunta en este caso el Alto Tribunal, la insuficiencia de sus respuestas, será sancionada con la declaración de nulidad del acuerdo adoptado por vulneración del derecho a la información. (**STS de 28 de octubre de 1998; ha lugar.**)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Granada se siguió juicio declarativo ordinario de menor cuantía sobre impugnación de los acuerdos sociales relativos a la aprobación de cuentas y propuesta de aplicación del resultados del ejercicio del 1991, adaptación de los estatutos así como designación de los interventores del acta, que fueron tomados en la junta general ordinaria celebrada el 4 de junio de 1994. Se pide su nulidad por no haberse dado la debida información a los socios antes y durante la propia junta. La resolución, en parte estimatoria, del Juzgado de Primera Instancia fue recurrida ante la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Granada, que dictó sentencia con fecha 2 de marzo de 1994, en la que se revoca también en parte la dictada por el Juzgado de Primera Instancia. La parte demandante recurre en casación la resolución de la Audiencia ante el TS al amparo del motivo 4.^º del artículo 1692 LEC. (*N. B. G.*)

77. Sociedades: impugnación de junta general y de adopción de acuerdos sociales.—Al hilo de la impugnación de los acuerdos sociales adoptados por la junta general de la sociedad demandada, la sentencia resuelve cuatro cuestiones: la primera plantea la posibilidad de que la junta general convalide por sí misma un acuerdo nulo; la segunda tiene que ver con el cese

de los directores-gerentes de la sociedad; la tercera guarda relación con la modificación del objeto social, así como con los requisitos que han de observarse para ampliar el mismo; y la cuarta versa sobre el cambio de domicilio de la sociedad.

El TS rechaza la posibilidad de que la sociedad con validez por sí misma los acuerdos nulos. Una vez iniciado el proceso de impugnación de un acuerdo social, la sociedad no puede, por su propia iniciativa, convalidar en una junta posterior el acuerdo impugnado. Esto sólo puede hacerse en el momento procesal previsto en los artículos 691 y ss. LEC. En tal caso, el juez podrá suspender el trámite del proceso y otorgar plazo para que sea subsanada la causa de impugnación.

La cuestión del cese de los directores-gerentes es resuelta por el Alto Tribunal tomando en consideración la condición estatutaria de los mismos. Como el cargo de director-gerente se halla previsto y regulado en los estatutos de la sociedad anónima, éste habrá de ser considerado parte integrante del órgano de administración. Por tal razón, el acuerdo de cese del director-gerente habrá de sujetarse a las normas previstas para el mismo. Esto significa que la junta podrá acordar en cualquier momento su remoción, aun cuando no se hubiera incluido en el orden del día de la convocatoria.

La sentencia resuelve también la cuestión del objeto social, estableciendo qué hay que entender por modificación del mismo: ésta supone introducir actividades completamente nuevas que excedan de la simple concisión o especificación de aquél. A continuación nos recuerda que la modificación del objeto social se sujeta al régimen previsto en el artículo 144 b) y c) LSA. En tal precepto se exige que se exprese en la convocatoria de la junta los extremos que hayan de modificarse en el objeto social. Asimismo, habrá de hacerse constar el derecho que corresponde a los accionistas de examinar en el domicilio social el texto íntegro de la modificación propuesta.

Por último, esta sentencia se enfrenta con la cuestión del cambio de domicilio social y recuerda que su traslación dentro del mismo término municipal en el que radica su principal y efectiva explotación no exige el acuerdo de la junta general. Esta facultad corresponde, por el contrario, a los administradores de la sociedad (art. 149.1 LSA). No obstante, el Alto Tribunal no pone ningún impedimento a que pueda acordarse por la junta, aun cuando este cambio de domicilio no se hubiera incluido en el orden del día de la convocatoria. (**STS de 1 de octubre de 1998; ha lugar en parte.**)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Langreo se siguió juicio declarativo ordinario de menor cuantía sobre impugnación de junta general y de adopción de acuerdos sociales. La sentencia desestimatoria fue recurrida en apelación ante la Audiencia Provincial de Oviedo, que acordó con fecha 18 de abril de 1994 estimar el recurso de apelación. Frente a esta resolución, la demandante plantea recurso de casación ante el TS al amparo del motivo 4.^º del artículo 1692 LEC. (*N. B. G.*)

78. Sociedades: nulidad de acuerdos sociales por falta de opinión de los auditores sobre la cuenta de pérdidas y ganancias.—Esta sentencia determina el valor que ha de darse al informe de auditoría sobre la cuenta de pérdidas y ganancias: éste es preceptivo para las sociedades que indica el artículo 203 LSA. Con el propósito de que los auditores puedan emitir dicha opinión, la sociedad deberá remover cualquier obstáculo que impida su tarea

revisora. La omisión, entonces, de aquel informe hace nulo el acuerdo de aprobación de tal cuenta. Pero éste no es su único efecto. Esta omisión también vicia los acuerdos aprobatorios del Balance y de la Memoria, así como de aplicación del resultado, pues a falta del informe mencionado, los datos sobre los que se apoyan éstos pueden resultar inexactos. Asimismo queda viciado de nulidad el acuerdo por el que se aprueba informe de gestión, pues la ausencia de opinión experta sobre la cuenta de pérdidas y ganancias impide enjuiciar la aplicación del resultado. (**STS de 26 de octubre de 1998**; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Hospitalet de Llobregat se siguió juicio declarativo ordinario de menor cuantía sobre impugnación de acuerdos sociales. La sentencia desestimatoria fue recurrida en apelación ante la sección decimocuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona, que, con fecha de 9 de mayo de 1994, resolvió desestimar el recurso. La parte demandante presentó recurso de casación ante el TS amparándose en los apartados 3.^º y 4.^º del artículo 1692 LEC. (*N. B. G.*)

79. Sociedades: impugnación de acuerdos sociales queaprueban el balance de la sociedad.—El TS mantiene en esta sentencia su jurisprudencia constante respecto de la naturaleza jurídica y los efectos de las aportaciones *in natura* realizadas a sociedades. En este sentido, establece que, aunque no pueda ser equiparada a la compraventa, la aportación de bienes inmuebles a una sociedad constituye un negocio jurídico traslativo de la propiedad. Esto explica que el aporte tenga la misma obligación de entrega que el comprador y que responda del saneamiento por vicios ocultos en los términos previstos en el contrato de compraventa (art. 31.2 LSA). A la vista de las cuestiones que suscita el hecho de que los dos inmuebles aportados a la sociedad no se hallasen inscritos en el Registro de la Propiedad, aclara el Alto Tribunal que la inscripción de la transmisión en dicho Registro no es precisa para perfeccionar la traslación del dominio, pues aquélla no es constitutiva en nuestro ordenamiento. (**STS de 22 de julio de 1998**; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 34 de Barcelona se siguió juicio declarativo ordinario de menor cuantía sobre impugnación de acuerdos sociales por falta de exactitud y veracidad en el balance correspondiente al ejercicio económico de 1990, aprobado por la junta general de accionistas de la sociedad demandada. La sentencia estimatoria del Juzgado de Primera Instancia fue recurrida ante la Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona, que estimó la pretensión, revocando la sentencia de primera instancia. La parte demandante recurre en casación ante el TS al amparo del motivo 4.^º del artículo 1692 LEC. (*N. B. G.*)

DERECHO PROCESAL

80. Error judicial.—El error judicial incluye equivocaciones manifiestas bien en la fijación de los hechos, bien en la interpretación y aplicación de

la Ley, de manera que no es el desacuerdo de una resolución lo que trata de corregir, sino «la desatención a datos de carácter indiscutible, generadora de una resolución esperpéntica, absurda, que rompe la armonía del orden jurídico». En definitiva, el error judicial sólo es aplicable a decisiones jurídicamente injustificables. En el caso de embargo y adjudicación de bienes de un tercero por las deudas del demandado, cuando no pudo aquél ejercitar la tercería de dominio a tiempo por desconocer el procedimiento de ejecución, el perjuicio no puede ser atribuido al error del Juez, que sólo se relaciona con las partes litigiosas del proceso ante él incoado, al no poder exigírselle el conocimiento de la verdadera titularidad de los bienes muebles embargados. (STS de 24 de octubre de 1998.)

HECHOS.—*Hierros Escanero, S. A.* interpuso demanda contra *Intercontinental Fundación, S. A.* por impago de deuda, solicitando el embargo preventivo de bienes de la demandada, el cual se decretó por auto de 29 de diciembre de 1989. Como consecuencia del mismo se trataron los bienes —básicamente unas grúas y la instalación eléctrica— situados en una nave de la que había sido arrendataria la demandada antes de su desahucio por falta de pago de las rentas, al desconocerse otros bienes a ella pertenecientes. En el momento del embargo figuraba ya inscrita en el Registro la transmisión de la propiedad de la nave por la arrendadora a un tercero. Estimada la demanda, se procedió a la ejecución forzosa de la sentencia. En subasta pública parte de los bienes embargados fueron adquiridos por *Hierros Escanero, S. A.*, practicándose el 13 de mayo de 1991 la diligencia de entrega de la posesión de los bienes a la adjudicataria. Durante la misma se encontraron operarios de una nueva arrendataria trabajando en la nave, quienes probaron su relación contractual con el propietario. Sin embargo, se procedió igualmente a la extracción de los bienes. El propietario de la nave solicitó entonces, al tener por vez primera conocimiento del procedimiento, su paralización, por ser él el titular de esos bienes, que habían sido transmitidos por la demandada a quien fuera su arrendadora y, a su vez, a él por ésta junto con la nave. Solicitó posteriormente la nulidad de las actuaciones, lo que motivó la suspensión cautelar de la ejecución de la sentencia. Rechazada la solicitud, interpuso recurso de reposición al tiempo que instaba una tercería de dominio sobre los bienes embargados. El primero fue desestimado, no así la segunda, que se estimó parcialmente, declarándose la titularidad dominical del tercero sobre aquéllos de los bienes embargados que no habían sido adjudicados a *Hierros Escanero, S.A.* Agotados todos los recursos ordinarios y extraordinarios, interpuso demanda sobre error judicial ante el TS. (A. G. G.)

81. Extralimitación en la causa de pedir.—La simulación absoluta trae consigo la nulidad del negocio realizado, sin existencia de negocio disimulado. El principio *iura novit curia* no permite que el órgano jurisdiccional introduzca *ex officio* la aplicación del negocio disimulado en sustitución del simulado, ya que se consideraría como una extralimitación en la causa de pedir; el órgano jurisdiccional «carece de poder para determinar una atribución negocial de oficio». La excepción se hallaría en los casos en los que existan razones de orden público, o bien perjuicios para terceros, en cuyo

caso surtiría sus efectos el negocio jurídico disimulado *ex officio*, ponderándose cada una de las circunstancias del supuesto. De todas formas, «mal puede el juzgador suplir la voluntad no expresamente manifestada de la parte a quien tal negocio disimulado habría de beneficiar». (**STS de 3 de noviembre de 1998; ha lugar.**)

HECHOS.—Doña Carmen B. B. formuló demanda contra don Antonio R. C. y doña Isabel B. A. ante el Juzgado de Primera Instancia de Zamora, solicitando se declarase la nulidad absoluta de los contratos de compraventa otorgados en escritura pública por doña Verísima B. B. a los demandados, declarando que los bienes inmuebles pertenecían a la herencia de la causante doña Verísima, decretándose la cancelación de inscripciones y anotaciones. La sentencia estima íntegramente la demanda, que es recurrida en apelación. La Audiencia revoca la sentencia, estableciendo la existencia de una donación remuneratoria como negocio disimulado. Se presenta recurso de casación por doña Carmen ante el TS.

NOTA.—No se desvía el TS de las recientes decisiones adoptadas en torno a la aplicación del negocio disimulado si no se ha exigido previamente por las partes. Así, la sentencia de 5 de noviembre de 1981 afirma la incongruencia de sentencia que estime la existencia de negocio disimulado si el demandado no lo plantea (vía excepción o reconvenCIÓN). La sentencia de 24 de abril de 1995 asienta la idea de que las sentencias que absuelven no incurren en incongruencia, al quedar resueltas todas las cuestiones debatidas en el pleito (ver S de 17 de octubre de 1995). (*P. S. S.*)

