

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LIII, FASCÍCULO III

Julio-septiembre, 2000



MINISTERIO  
DE JUSTICIA

MINISTERIO  
DE LA PRESIDENCIA

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

## SUMARIO

	<i>Pág.</i>
<b>Estudios monográficos</b>	
Peter CANE: «Indemnización por daños medioambientales» .....	825
Antonio MONSERRAT VALERO: «Un argumento legal en favor de la necesidad de requerimiento para la mora de las obligaciones sinalagmáticas, y algunas referencias jurisprudenciales» .....	849
Raquel EVANGELIO LLORCA: «El límite entre las inmisiones permitidas y las prohibidas: Criterios históricos de fijación» .....	855
Catalina RUIZ-RICO RUIZ: «El levantamiento del velo en las sociedades mercantiles: Argumentaciones jurídicas tendentes a reducir su aplicabilidad .....	923
M. <sup>a</sup> Dolores GONZÁLEZ MOLINA: «Significado y función de la responsabilidad sindical» .....	939
<b>Estudios de Derecho extranjero</b>	
Maurici PÉREZ SIMEÓN: «La transmisión de la propiedad en el nuevo código civil de la Federación Rusa» .....	981
<b>Vida jurídica</b>	
Hans-Leo WEYERS: «El papel del Derecho comparado en la enseñanza del Derecho en Alemania» .....	1001

<b>Crónica de Legislación y Jurisprudencia comunitarias</b>	
Por Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ .....	1013
<b>Bibliografía</b>	
<b>NOTAS CRÍTICAS</b>	
PAGADOR LÓPEZ, Javier: «Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas. La Ley de Condiciones Generales de la Contratación», por Luis-Humberto Clavería Gosálbez .....	1041
PÉREZ PÉREZ, Emilio: «La propiedad del agua. Sistema estatal y sistema canario», por José Luis Moreu Ballonga .....	1054
ROCA TRÍAS, Encarna: «Familia y cambio social. (De la "casa" a la persona)», por Francisco Rivero Hernández .....	1074
<b>NOTAS BIBLIOGRÁFICAS</b>	
Gabriel GARCÍA CANTERO: «Bibliografía reciente sobre Derecho comparado».	1095
<b>LIBROS</b>	
CAMARERO SUÁREZ, M.ª Victoria: «Derecho y conflictividad matrimonial. Datos básicos para una sociología jurídica de la provincia de Castellón (1981-1991)», por Mariano López Alarcón .....	1101
<b>REVISTAS ESPAÑOLAS</b>	
Por Isabel ARANA DE LA FUENTE .....	1109
<b>Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre el Estado Civil (año 1999)</b>	
Por Isabel ARANA DE LA FUENTE .....	1149
<b>Jurisprudencia del Tribunal Constitucional</b>	
<b>SENTENCIAS COMENTADAS</b>	
Alma M.ª RODRÍGUEZ GUITIÁN: «Actitudes antisociales hacia los demás convecinos en la Ley de Propiedad Horizontal. (A propósito de la STC 28/1999, de 8 de marzo)» .....	1177
<b>SENTENCIAS, año 1999</b>	
A cargo de: Encarna ROCA TRÍAS, Ramón CASAS VALLÉS. Colaboran: Susana ÁLVAREZ GARCÍA, Ramón CASAS VALLÉS, Asunción ESTEVE PARDO, Isidoro GARCÍA SÁNCHEZ, Isabel MIRALLES GONZÁLEZ, Miquel PEGUERA POCH, Corona QUESADA GONZÁLEZ, Mònica VILASAU SOLANA .....	1189
<b>Jurisprudencia del Tribunal Supremo</b>	
<b>SENTENCIAS COMENTADAS</b>	
Manuel ESPEJO LERDO DE TEJADA: «La retroacción de la determinación de la filiación. Reflexiones sobre el caso de la STS de 22 de julio de 1999» .....	1223
<b>SENTENCIAS</b>	
A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ. Colaboran: Josep Maria BECH SERRAT, Margarita CASTILLA BAREA, Luis FAJARDO LÓPEZ, Gabriel GARCÍA CANTERO, Carmen JEREZ DELGADO, Andrea MACÍA MORILLO, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Albert RUDA GONZÁLEZ, Ignacio TIRADO MARTÍ .....	1233

# **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, 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 III  
Julio-septiembre, 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.

## Indemnización por daños medioambientales

PETER CANE\*,\*\*

Catedrático de Derecho,  
Research School of Social Sciences,  
Australian National University,  
Canberra ACT 0200, Australia

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *El episodio de Doñana.* 3. *La función de las normas de responsabilidad extracontractual.* 4. *¿Son necesarias normas especiales reguladoras de la responsabilidad civil por daños medioambientales?* a) *La naturaleza de los daños medioambientales;* b) *¿Existen daños medioambientales específicos?;* c) *El sistema de responsabilidad civil por daños medioambientales;* d) *Relación de causalidad;* e) *Problemas transfronterizos.* 5. *Conclusión.*

### 1. INTRODUCCIÓN

Este artículo trata sobre la indemnización por daños medioambientales enfocando el tema desde una perspectiva comparatista <sup>1</sup>. Razones de espacio no permiten un examen detallado del copioso

---

\* Se puede contactar con el autor a través de correo electrónico: peter.cane@coombs.enu.edu.au

\*\* Traducido por Marta Balcells, Universidad Oberta de Catalunya.

<sup>1</sup> Este artículo es una versión revisada de una conferencia pronunciada en Barcelona en julio de 1999 en un curso titulado «Responsabilidad civil por daños y contratos de seguro», organizado por los Catedráticos Luis Díez-Picazo y Encarna Roca. Abordo el tema desde el punto de vista del Derecho de daños, no desde el Derecho medioambiental. Procuré que la conferencia resultara sugestiva y, al revisarla, decidí no incorporar demasiadas notas a pie de página, aun cuando, por supuesto, existe una abundante bibliografía aplicable a las cuestiones que aquí expongo. Dos trabajos en lengua inglesa que me han resultado especialmente útiles y provechosos; son P. W. BIRNIE/A. E. BOYLE, *International Law and the Environment* (Oxford, 1992) y P. WETTERSTEIN (ed.), *Harm to the Environment: the Right to Compensation and the Assessment of Damages* (Oxford, 1997).



cuerpo de disposiciones normativas nacionales e internacionales aplicables a la materia. Por ello comentaré algunas cuestiones en relación con normas y principios fundamentales que, según mi parecer, resultan de capital importancia en orden a determinar el mejor modo de desarrollar el Derecho de responsabilidad civil por daños medioambientales. Al objeto de dar al artículo un enfoque más contrastado, iniciaré mi exposición con un breve informe sobre un reciente suceso de daños al medio ambiente ocurrido en España.

## 2. EL EPISODIO DE DOÑANA

Muchos lectores recordarán lo sucedido en Aznalcóllar el 25 de abril de 1998. Millones de metros cúbicos de agua contaminada y barro se derramaron de un vertedero de residuos en una mina sueco-canadiense extractora de cobre y zinc, cuando una parte del muro de contención se derrumbó. Una extensa zona del terreno adyacente quedó cubierta de lodo y los acuíferos locales quedaron contaminados. Una primera reacción surgió de la Fundación Mundial para la Naturaleza (Worldwide Fund for Nature –WWF–), que el 27 de abril hizo público un comunicado de prensa titulado *Catástrofe en Doñana: WWF exige que se declaren responsabilidades*. El comunicado de prensa hablaba de «la muerte masiva de peces e invertebrados» además del daño ocasionado a las tierras y cultivos, y advertía de los efectos a largo plazo sobre el ecosistema del vecino Parque Nacional de Doñana, como consecuencia del hecho de que las aves y otra fauna se alimentaban de los peces y crustáceos muertos. Las primeras estimaciones del coste de retirar los residuos y sanear las tierras oscilaban entre 29 millones de dólares y un billón de libras esterlinas. Estudios posteriores informaron sobre los daños a la salud de los residentes en la zona y advirtieron de los posibles efectos transnacionales, ya que en el Parque Nacional se alimentaban aves migratorias en ruta desde sus zonas de reproducción estival en el norte de Europa hacia sus moradas invernales en el norte de África. También se apuntaba que las sustancias tóxicas podían introducirse en la cadena de alimentación humana, con la consiguiente amenaza para los residentes y para los turistas.

En su búsqueda de los responsables, la Fundación Mundial para la Naturaleza culpó tanto a la compañía que gestionaba la mina como a las autoridades medioambientales locales, y acusó a estas últimas de haber incumplido la exigencia de aplicación de la normativa vigente. Se alegó que el peligro de una fuga fue detectado en 1995, y que el muro de contención había sido inspeccionado

sólo un mes antes del suceso. Por lo visto, la compañía achacó la rotura de la presa a la actividad sísmica, pero los científicos locales dijeron que no se habían registrado movimientos de tierra por aquellas fechas. La compañía aceptó colaborar en el saneamiento, y al parecer estaba asegurada por los costes derivados del vertido de residuos. En marzo de 1999, el gasto realizado en saneamiento ascendía a unos 60 millones de libras esterlinas, y se dio la aprobación para la reapertura de la mina; pero los grupos ecologistas sostienen que la zona está todavía contaminada.

### 3. LA FUNCIÓN DE LAS NORMAS DE RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

Accidentes medioambientales a gran escala como éste han pasado a ser tristemente una crónica común de la vida moderna; y algunas veces actúan como catalizador para la reforma y el desarrollo normativos. En Japón, el descubrimiento en los años cincuenta de los efectos nocivos de la polución por mercurio en Minimata llevó finalmente (en 1973) a la introducción de un sistema de indemnización objetiva para las víctimas de la contaminación por agua y aire <sup>2</sup>. El famoso *Superfund statute* americano <sup>3</sup> (que versa sobre la responsabilidad civil por el coste del saneamiento y recuperación de tierras contaminadas) fue aprobado en 1980 en parte como reacción al descubrimiento de que algunas casas, una escuela y un campo de juegos habían sido construidos en una zona en Love Canal, Nueva York, que contenía 80.000 toneladas de residuos tóxicos. En décadas recientes, la creciente concienciación ciudadana y la preocupación por el medio ambiente han encontrado su expresión no solamente en la actividad política, sino también en los litigios medioambientales. En los países del *Common Law*, el término *toxic tort* <sup>4</sup> ha sido ideado como eje conceptual de la doctrina jurídica sobre responsabilidad extracontractual por daños derivados de la contaminación, especialmente lesiones personales y enfermedades. Existe un interesante paralelismo entre el desarrollo del Derecho de responsabilidad civil medioambiental y el del Derecho de responsabilidad civil por el producto. En Europa, un primer catalizador para el desarrollo de la responsabilidad civil por el producto como una rama sustantiva del Derecho fue la tragedia de la Talidomida a finales de los cincuenta y principios de los sesenta. En España, es

---

<sup>2</sup> Ley de indemnización por las enfermedades relacionadas con la contaminación, Ley núm. 111, de 5 de octubre de 1973 (enmendada).

<sup>3</sup> *Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act 1980*.

<sup>4</sup> C. PUGH/M. DAY, *Pollution and Personal Injury: Toxic Torts II* (London, 1995).

claro que el caso del aceite de colza tuvo como efecto la promulgación de la Ley de protección del consumidor de 1984. En los EE.UU., en contraste con Europa, el Derecho de responsabilidad por el producto ha sido extensamente desarrollado por la jurisprudencia, no por el legislador; y seguramente no es ninguna coincidencia que los avances más importantes en el Derecho de responsabilidad por el producto tuvieran lugar paralelamente al origen del movimiento a favor de los derechos del consumidor en los años sesenta y setenta.

A diferencia del Derecho de contratos o de la propiedad, pero al igual que en materia de responsabilidad civil por productos, el Derecho de responsabilidad civil medioambiental y el *toxic tort law* son categorías jurídicas funcionales o prácticas –no poseen una unidad conceptual propia. Han tenido como origen los intentos de usar las técnicas y conceptos jurídicos existentes para hacer frente a nuevos problemas sociales. Esto es perfectamente admisible y, en realidad, útil, siempre y cuando estas nuevas categorías jurídicas funcionales se utilicen sólo como el marco desde el que organizar el conocimiento y la reflexión sobre problemas sociales específicos. Pero pueden surgir dificultades cuando los regímenes especiales de normas jurídicas de responsabilidad civil están ideados para hacer frente específicamente a los daños causados por los «productos» o por la «contaminación ambiental», por ejemplo. Este punto puede ser fácilmente demostrado mediante la referencia a la responsabilidad civil por productos. La responsabilidad por riesgo creado por productos defectuosos se aplica, por supuesto, sólo a los defectos existentes en los *productos*. El daño ocasionado por *servicios* defectuosos está sujeto a un régimen legal distinto; y en la mayoría de los países europeos la responsabilidad civil derivada de la prestación de servicios defectuosos está basada en la culpa, no es una responsabilidad objetiva. ¿Por qué la responsabilidad debe ser objetiva en relación con los daños causados por productos defectuosos, pero no en relación con los daños ocasionados por servicios defectuosos? Esta cuestión resulta especialmente difícil de resolver si tenemos presente que muchos de los defectos en los productos son consecuencia de un diseño defectuoso, y que el diseño de un producto constituye un servicio. De manera que el *fabricante* de un producto defectuoso es responsable objetivamente, pero el *diseñador* del mismo producto defectuoso no lo es. Esta situación singular es en cierto modo el resultado del enfoque de la reforma legal desde el punto de vista de la manera en que el daño es causado (por ejemplo, por un producto o por un servicio), más que desde el punto de vista de la naturaleza del daño y de las necesidades de la víctima.

El suceso de Doñana proporciona a los juristas españoles una buena oportunidad para reflexionar sobre la indemnización por daños medioambientales. Y a la hora de hacerlo, sugiero que se podría sacar provecho del ejemplo de la responsabilidad civil por productos. Los daños medioambientales no deben ser tratados de modo diferente a los restantes daños únicamente porque los primeros sean el resultado de la contaminación ambiental. Reaccionar ante un suceso como el de Doñana promulgando leyes que se ocuparan específicamente de la responsabilidad por daños medioambientales podría resultar un error a largo plazo, a menos que se esté seguro de que tales daños precisan y merecen un tratamiento especial. Según mi opinión, el hecho de centrarse en la contaminación que ocasiona el daño antes que en el daño en sí, conlleva el peligro de que el proceso de reforma de la normativa sobre responsabilidad civil medioambiental sea impulsado por intereses que guardan poca relación con el resarcimiento del daño. A continuación, explicaré qué quiero decir con ello:

Cuando tiene lugar un accidente medioambiental importante, la primera y más común reacción es pensar que alguien debería ser castigado. Esta reacción viene reforzada por el hecho de que, a menudo, tanto los gobiernos como las grandes multinacionales están directamente involucrados en dichos sucesos, y pretender que la culpa recaiga sobre ellos es un modo de expresar los sentimientos de impotencia frente a su opulencia y poder. Pero incluso si aceptamos que alguien debe ser castigado por catástrofes medioambientales importantes, ciertamente no está claro que ello deba hacerse utilizando el Derecho resarcitorio. La experiencia americana indica que la estimación de numerosas resoluciones de daños punitivos (*punitive damages*) a favor de los demandantes de indemnización puede originar problemas. Es mejor acudir al Derecho penal para castigar y al Derecho civil para indemnizar. Esto no significa que no deba exigirse el pago de sanciones económicas a los contaminadores; sólo se sugiere que sería mejor que estas sanciones adoptaran la forma de multas penales pagaderas al Estado, en lugar de indemnizaciones civiles pagaderas a los particulares.

Una segunda reacción común ante los accidentes medioambientales importantes es considerarlos como advertencias con respecto al futuro. Ahora creemos que muchos de los efectos negativos de la actividad humana sobre el medio ambiente son a largo plazo, y tememos que muchos de ellos sean irreversibles. Cada accidente medioambiental grave nos recuerda la necesidad urgente de hacer algo eficaz a fin de prevenir una futura degradación medioambiental permanente, por el bien de nuestros hijos y nietos. La directa

regulación gubernamental de las actividades contaminantes (mediante técnicas como la concesión de licencias y la especificación de los límites de contaminación) puede parecer la respuesta más obvia. Pero en la actualidad las denominadas técnicas de ordenación y control están bastante desfasadas, y muchos creen que el resarcimiento tiene un importante papel en la creación de incentivos económicos a favor de la protección del entorno. Personalmente, soy bastante escéptico sobre el valor o la utilidad de este «enfoque de los incentivos» del Derecho de daños. Sabemos muy poco acerca de los efectos que genera sobre el comportamiento de la gente el hecho de declararles responsables del pago de indemnizaciones por daños, y existen muchos problemas prácticos en la aplicación de la teoría de los incentivos económicos del resarcimiento a las situaciones de la vida real. Creo que es mejor considerar la normativa indemnizatoria como aquella encaminada ante todo a proporcionar una solución jurídica para los daños sufridos, más que como un instrumento para influir sobre el futuro comportamiento de la gente. Ciertamente sería positivo que la imposición de responsabilidad por los daños ambientales redujera la contaminación, pero no creo que debamos diseñar la normativa resarcitoria basándola principalmente en esta finalidad. El Derecho de daños trata de repartir los costes de la contaminación previa; no pretende lograr el óptimo equilibrio para el futuro entre el desarrollo económico y la protección del medio ambiente.

Creo que otro punto a tener en cuenta al decidir cómo se debe reaccionar ante los accidentes medioambientales importantes, se refiere al papel de las organizaciones ecologistas como Greenpeace y la Fundación Mundial para la Naturaleza (WWF). Para estos grupos, los accidentes relevantes proporcionan oportunidades de publicidad y de ser vistos como destacados actores de la política medioambiental. En un comunicado de prensa de 4 de mayo de 1998, WWF reconocía el trabajo realizado por los voluntarios inmediatamente después del vertido de Aznalcóllar, pero advertía que organizaciones como la suya tenían que ser incluidas también en los comités de alto nivel encargados de decidir sobre Doñana «porque ya hemos visto reiteradamente que es imposible confiar en que las instituciones gubernamentales tomen las decisiones apropiadas si no son vigiladas de cerca por las organizaciones no gubernamentales». El medio ambiente es un campo de batalla político y los principales combatientes están comprensiblemente más interesados en modelar el futuro que en subsanar el pasado. Por otra parte, el Derecho indemnizatorio pretende precisamente reparar el pasado, no hacer del mundo un lugar mejor.

Por tanto, mi argumento básico es que al reflexionar sobre la responsabilidad medioambiental debemos tener como objetivo, ante todo, el desarrollo de un sistema justo y eficiente de indemnización por los daños ocasionados. No debemos obstaculizar esta finalidad resarcitoria intentando al mismo tiempo castigar a quienes contaminan o reducir la contaminación. Exigir a los contaminadores que compensen el daño que han causado puede, incidentalmente, servir como castigo o reducir el riesgo de que se repita, pero nuestro principal objetivo al diseñar el Derecho de responsabilidad civil debe consistir en distribuir los costes previos de la contaminación.

#### 4. ¿SON NECESARIAS NORMAS ESPECIALES REGULADORAS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS MEDIOAMBIENTALES?

Quisiera considerar ahora si debería existir un régimen especial de indemnización por daños medioambientales y un Derecho específico de responsabilidad medioambiental. ¿Hay algo en los daños medioambientales que requiera un tratamiento diferenciado del que otorgamos a los daños causados en cualquier otro ámbito?

##### a) *La naturaleza de los daños medioambientales*

El primer paso para responder a esta pregunta es pensar detenidamente sobre los tipos de daños que la contaminación puede originar.

i) Sabemos que la contaminación puede perjudicar la salud física y mental y el bienestar de las personas; y el suceso de Doñana ilustra gráficamente cómo la propiedad puede quedar dañada. La contaminación puede producir también pérdidas económicas, por ejemplo, un vertido tóxico puede disminuir la prosperidad de las comunidades pesqueras o ahuyentar a los turistas. Pero ninguna de estas clases de daños presenta unas características jurídicas específicas simplemente por ser el resultado de la contaminación. Todos los sistemas legales cuentan con principios generales reguladores de la responsabilidad extracontractual por lesiones personales, por daños a la propiedad o pérdidas económicas, que tanto pueden ser aplicados a los daños causados por la contaminación como a los sufridos, por ejemplo, en accidentes de circulación o por cualquier otra causa. Si se necesita un régimen especial de normas de responsabilidad civil medioambiental, no es a causa de que la contaminación pueda producir lesiones personales, daños en la propiedad o pérdidas económicas. Tampoco los llamados «costes de saneamiento».

to» exigen un tratamiento especial por derecho propio. Después de un accidente de carretera, por ejemplo, hay que llevar a cabo tareas de restablecimiento; y, a menudo, el coste de eliminar la contaminación no es mayor que el de reparar o reemplazar los bienes dañados. En la mayoría de sistemas legales, el coste de reparación o restauración es la medida básica de la indemnización por daños a la propiedad; y si la reparación de la propiedad fuera excesivamente cara, la medida de los daños sería el importe de la reposición. Por supuesto, reparar o reponer un ecosistema puede requerir mucho más tiempo y ser mucho más difícil y caro que reparar o reponer un coche o una casa. Pero esto no significa que los daños causados a los ecosistemas sean radicalmente diferentes de los daños causados a otros bienes.

ii) ¿Cabe sustentar la especialidad de la contaminación sobre la base de que el daño que causa puede ser irreversible? Uno de nuestros más profundos temores actuales es que la contaminación causada por la actividad humana pueda degradar el entorno de modo definitivo. Por supuesto, no todo el daño causado por la contaminación es irreversible. La gente cuya salud se ve perjudicada por la contaminación puede recuperarse si el medio ambiente se purifica; algunas veces pueden restablecerse las condiciones anteriores de la tierra contaminada; y, por lo general, los turistas regresan más pronto o más tarde. Pero el daño medioambiental puede ser permanente. Sin embargo, la irreversibilidad no es privativa de los daños ambientales —todos los días, en las carreteras y en el trabajo, mueren personas o quedan incapacitadas de por vida, y cada día hay vehículos que quedan destrozados sin posibilidad de arreglo. Sin embargo, es cierto que los efectos de los daños medioambientales tienen una trascendencia mucho mayor a largo plazo para las generaciones futuras que los efectos irreversibles de los accidentes de circulación o laborales. Es mucho más importante para el futuro de la raza humana proteger el medio ambiente que reducir el número de accidentes de circulación. Pero me parece que esta consideración es aplicable, principalmente, a la manera de regular y controlar las actividades contaminantes en el futuro. Las normas indemnizatorias no son la herramienta principal para la protección del medio ambiente. Su objeto es ofrecer una compensación por los daños ya sufridos.

iii) Uno de los principales problemas del Derecho medioambiental es la probabilidad de que la contaminación no respete los límites estatales. Por ejemplo, la radioactividad transmitida por el aire recorrió miles de kilómetros desde la averiada central nuclear de Chernobyl; los ríos contaminados que atraviesan varios países no quedan, de repente, impolutos cuando cruzan las fronteras esta-

tales; ¿y quién sabe cuáles pueden ser los efectos mundiales de la destrucción de las selvas tropicales? El control de la contaminación transnacional exige, ciertamente, una acción conjunta por parte de los Estados, pero también la exigen el control del tráfico de drogas, el fraude internacional o la pornografía en Internet –y en general todas las formas de actividad indeseable que tienen una dimensión global. El Derecho medioambiental internacional es un campo de rápido desarrollo, pero también lo son el Derecho penal internacional y el Derecho mercantil internacional.

Los pleitos sobre daños medioambientales transnacionales también suscitan cuestiones difíciles en relación con la jurisdicción de los tribunales nacionales y la determinación de la ley aplicable. Puede que el ejemplo más famoso sea la fuga de gas de la planta química de la Union Carbide en Bhopal (India), acaecida en 1984. Algunas de las víctimas demandaron a la Union Carbide ante la jurisdicción del Estado de Massachusetts, sede de su domicilio social, pero el tribunal entendió que carecía de competencia y devolvió las demandas a los tribunales indios. Las acciones por daños interpuestas en Alemania contra la antigua Unión Soviética después del accidente de Chernobyl fueron desestimadas en base a que el demandado gozaba de inmunidad soberana. Pero una vez más, los pleitos medioambientales no son los únicos que plantean problemas de conflicto de leyes. Las demandas multijurisdiccionales de resarcimiento pueden provenir, y de hecho provienen, de accidentes de circulación o relacionados con productos, y de fraudes, tanto como de daños medioambientales.

iv) Una característica de algunos sucesos ambientales es que dañan a gran cantidad de personas y ocasionan graves perjuicios –la fuga de gas en Bhopal y el accidente de Chernobyl son buenos ejemplos de ello. Los litigios judiciales tradicionales fueron ideados para resolver los conflictos que afectaban únicamente a unas cuantas personas; pero, en los tiempos actuales, se han desarrollado técnicas como las *class actions* y las *test case strategies* para resolver los pleitos en que intervienen muchos demandantes y/o muchos demandados. Sin duda, la interposición de un gran número de demandas sobre la base de un único suceso no es un fenómeno exclusivo de los litigios medioambientales. De hecho, las *class actions* son mucho más frecuentes en el Derecho de responsabilidad civil por productos que en el Derecho medioambiental. Por ejemplo, unas 170.000 mujeres de todo el mundo interpusieron demandas contra la American Dow Corning Corporation por los daños presuntamente causados por implantes de silicona en los senos, y la cantidad total de transacción se situó alrededor de los 3,5 billones de dólares.



v) Otro rasgo destacable de algunos daños medioambientales es que requieren un largo período de tiempo para materializarse. Puede que sean necesarios muchos años de exposición a algunos contaminantes para que el daño sea reconocible; y aun cuando sea suficiente una corta exposición para causar el daño, cabe que deba transcurrir mucho tiempo para que dicho daño se haga visible. Estos hechos generan varios problemas jurídicos que no se plantean en un pleito ordinario derivado de un accidente de circulación, por ejemplo. Un problema es el de la denominada «contaminación histórica». En realidad, existen dos cuestiones en relación con este punto. En primer lugar, nuestra información y comprensión de la contaminación y del medio ambiente aumenta continuamente, y algunas actividades que hoy en día son inaceptables, tiempo atrás eran toleradas e incluso fomentadas. ¿Debería un contaminador ser considerado responsable por el daño causado en una época en la que nadie pensaba que la actividad contaminante era perjudicial? En segundo lugar, ¿cómo deben tratarse los supuestos en los que la contaminación se produjo hace tanto tiempo que resulta imposible identificar a la persona responsable? Ninguna de estas problemáticas es exclusiva de los daños ambientales. La primera cuestión —el cambio de los criterios sociales sobre las conductas admisibles— se puede presentar tanto en el Derecho de responsabilidad civil por productos como en el Derecho medioambiental; y el segundo problema —el demandado no identificable— puede surgir también en los litigios por accidentes de circulación.

vi) Una dificultad adicional en los procesos medioambientales puede ser la determinación de una relación de causalidad entre la contaminación y el daño sufrido. Un buen ejemplo al respecto sería el cáncer. Existen muchas formas diferentes de cáncer, y aun cuando los conocimientos médicos sobre el mismo aumentan continuamente, las causas de muchos cánceres continúan siendo un misterio. Algunos cánceres pueden ser originados por diversas causas, y poco se sabe acerca del papel que juegan los factores ambientales en el origen de determinados cánceres. Tradicionalmente, el Derecho privado sólo establece una compensación si se consigue probar que la acción ilícita del demandado fue la causa del daño producido al demandante; y en el caso de daños medioambientales esto puede resultar muy difícil de probar, no únicamente por la falta de conocimientos sobre la relación entre la contaminación y los daños concretos, sino también porque la contaminación es, con frecuencia, el resultado de la acción de diversos contaminadores. Por ejemplo, si seis fábricas de una zona contaminan los acuíferos locales, puede resultar imposible para el demandante probar que una de ellas, con preferencia a las demás, fue la responsable del daño causado. Se

han propuesto diversas técnicas jurídicas (y han sido adoptadas en algunas jurisdicciones) para superar estos problemas de prueba, pero no es necesario hacer una exposición detallada de las mismas. Mi argumento es, simplemente, que el tipo de problemas que he mencionado no son exclusivos de los daños medioambientales. De hecho, han sido objeto de mucha más atención en relación con los daños presuntamente causados por productos, tales como el amianto y los fármacos, que en relación con el contexto medioambiental. No aportan ninguna razón que justifique el desarrollo de un régimen normativo específico para tratar los daños medioambientales.

b) *¿Existen daños medioambientales específicos?*

Mi conclusión preliminar es que no existe nada de particular con respecto a un gran número de daños medioambientales que justifique o exija un régimen legal específico de indemnización para los mismos. Así pues, ¿son los daños medioambientales especiales en algún sentido? O, planteando la cuestión de otro modo, ¿existen daños medioambientales específicos? Los daños a que me he venido refiriendo hasta ahora son daños a las personas causados por la contaminación. Algunos de estos daños a las personas son también daños para el medio ambiente en sí mismo porque, en los regímenes de propiedad privada, parte del medio ambiente pertenece a las personas –personas físicas y entidades públicas tales como el Estado o la comunidad (*the public*)–. Sin embargo, una gran parte del medio ambiente no pertenece a ningún individuo ni a ningún colectivo. La atmósfera no está sujeta a ningún régimen de propiedad, ni tampoco lo están los océanos, o la fauna salvaje. Un sector (particularmente los juristas medioambientalistas) sostiene que si se piensa en la contaminación únicamente en términos del daño que causa a las personas, se corre el riesgo de ignorar el hecho de que la contaminación puede dañar también partes del entorno que no están sujetas al derecho de propiedad, que son comunes. En base a este argumento, debería admitirse que, además de ser una vía a través de la cual los seres humanos pueden sufrir daños (por ejemplo, lesiones personales, daños a la propiedad o pérdidas económicas), el medio ambiente en sí mismo puede sufrir daños. Este enfoque resulta sugestivo porque parte de la idea de que el entorno natural es valioso por derecho propio y no únicamente porque los seres humanos dependan del mismo y puedan explotarlo. Sin embargo, creo que se trata de un enfoque erróneo, por lo menos en lo referente a la normativa compensatoria. En mi opinión, el Derecho indemnizatorio solamente debería aplicarse a los daños previos y actuales sufridos por personas identificables. Si la contaminación ambiental

no causa daños a las personas, las personas no deben ser indemnizadas por la existencia de dicha contaminación.

Los partidarios de indemnizar por daños ocasionados al «medio ambiente en sí mismo» en realidad pretenden conseguir dos cosas. La primera, es obtener dinero para sanear el medio ambiente. La segunda, es resarcir a personas identificables, por los daños no económicos previos y actuales derivados de daños medioambientales transitorios o permanentes. Por ejemplo, si se contamina un parque natural, es posible que la gente ya no pueda utilizarlo para recreo o simplemente para disfrutar de su belleza; o además, las personas pueden experimentar un sentimiento de pérdida al enterarse de que algunas especies animales o de plantas poco comunes han llegado a extinguirse como resultado de la contaminación ambiental. Ambos objetivos (esto es, la recuperación del entorno y el resarcimiento por los daños no económicos) son la razón fundamental de la *US Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act*<sup>5</sup>. Es comúnmente conocida como el *Superfund statute*. Su primer objetivo fue establecer un fondo gubernamental para el saneamiento de zonas contaminadas y facultar al gobierno para recuperar los costes del mismo con cargo a un grupo diverso de partes responsables. El otro objetivo del *Superfund* fue imponer una obligación de pago de indemnizaciones por los daños y por la destrucción de los «recursos naturales» a consecuencia de la emisión de sustancias peligrosas. Disposiciones similares están vigentes en varios países europeos. Según el *Superfund statute*, los particulares no tienen derecho a percibir indemnizaciones por los daños causados a los recursos naturales —la ejecución de la obligación del pago de indemnización puede ser exigida por el gobierno federal, por cualquier gobierno estatal, y por cualquier tribu india. El término «recursos naturales» incluye los recursos pertenecientes a los Estados Unidos, a cualquier gobierno estatal o local, a cualquier gobierno extranjero o a cualquier tribu india; pero también comprende los recursos que cualquiera de estas entidades gestiona o tiene en fideicomiso, o también los recursos con los que guarda alguna relación o sobre los que de cualquier otro modo ejerce un control. En otras palabras, de acuerdo con dicha Ley, puede obtenerse una indemnización por los daños causados al medio ambiente común, que no está en régimen de propiedad. Todas las indemnizaciones obtenidas con arreglo a esta Ley deberán destinarse a reparar o reponer los elementos medioambientales dañados. Dentro del

---

<sup>5</sup> R. GASKINS, *Environmental Accidents: Personal Injury and Public Responsibility* (Philadelphia, 1989), pp. 230-240; K. M. WARD/J. W. DUFFIELD, *Natural Resource Damages: Law and Economics* (New York, 1992), cap. 5.

ámbito de esta Ley, cabe que un recurso natural se considere dañado aun cuando no existan indicios de daños al medio ambiente. Por ejemplo, el hecho de que la vida marina quede contaminada por alguna sustancia química que sobrepase los niveles administrativos establecidos, se considera como un daño a un recurso natural, aunque no existan pruebas de que la contaminación dañe a los peces. Los daños estéticos causados en la apariencia de ciertos recursos naturales pueden dar lugar a compensación; y es posible establecer una indemnización por la destrucción de un recurso natural (como por ejemplo una especie viva), para compensar el pesar colectivo por la desaparición de dicho recurso.

Sanear el medio ambiente para proteger a las futuras generaciones es, sin duda, algo positivo. Pero no tiene nada que ver con la indemnización por daños causados al medio ambiente en sí mismo. En primer lugar, su finalidad no es reparar un daño previo. Por ejemplo, aunque la contaminación del suelo todavía no haya causado daños a nadie, seguiríamos queriendo sanearlo si fuera probable que causara daños en el futuro. Y puesto que la aplicación de la normativa indemnizatoria es una manera muy engorrosa y cara de obtener fondos, sería preferible algún otro modo de financiar el saneamiento. De hecho, el sistema del *Superfund* estadounidense se financia principalmente mediante impuestos. Las normas que facultan a los gobiernos para obtener el reembolso de los costes de saneamiento con cargo a quienes han contaminado son extremadamente complejas y caras de aplicar, y se ha calculado que el importe recuperado es inferior al diez por ciento de la cantidad invertida en el saneamiento, mientras que las costas judiciales ascienden a varias veces esta cantidad. La normativa indemnizatoria es un mal sistema para financiar la prevención de daños.

Hay una segunda razón por la cual deberíamos desconfiar de la Técnica de la indemnización por los daños causados al medio ambiente. Tal idea supone que incluso si la contaminación ambiental no dañara a nadie en el futuro, deberíamos seguir invirtiendo dinero en saneamiento. Pero, ¿por qué? Sin duda, sería mejor utilizar el dinero para paliar el sufrimiento humano que para sanear el medio ambiente sólo porque se trate de una tarea positiva. Pero quisiera ir más allá. Como ya he dicho, cuando se habla de los daños al medio ambiente como tal, con frecuencia se está pensando en los daños no económicos ocasionados a los seres humanos, derivados de la imposibilidad de seguir usando o disfrutando de un elemento del medio ambiente con fines recreativos, o bien resultantes de saber que dicho elemento ha sido dañado o destruido. En este punto, la cuestión de fondo no es si se debe indemnizar por los daños ocasionados al medio ambiente, sino si se debe indemnizar a

las personas por estos daños no económicos. En un mundo de recursos escasos y de necesidades humanas ilimitadas, creo que deberíamos dudar antes de invertir grandes sumas de dinero en el medio ambiente para indemnizar por daños puramente recreativos, estéticos o intelectuales. Como mínimo, la decisión de invertir dinero para esta finalidad debería ser tomada por el legislador, no por los jueces. Mi punto de vista personal es que el Derecho no debería resarcir los daños meramente estéticos, recreativos o intelectuales, sean o no resultado de la contaminación.

Mi conclusión es que, dentro del ámbito del Derecho de daños, sólo deberían tenerse en cuenta los daños medioambientales causados a las personas. Las clases de daños que los seres humanos pueden sufrir como resultado de la contaminación no difieren de los daños que pueden sufrir en otros contextos. No existe ninguna razón que justifique el mantenimiento de un régimen jurídico independiente y específico de resarcimiento por daños medioambientales. Sin embargo, reconozco que éste es un punto de vista minoritario: en EE.UU. y en otros países, la figura de la «indemnización por daños a los recursos naturales» para resarcir los causados al medio ambiente en sí mismo considerado está siendo cada vez más aceptada. Volveré sobre ello más adelante.

*c) El sistema de responsabilidad civil por daños medioambientales*

La siguiente cuestión que quiero considerar se refiere al sistema de responsabilidad civil por daños medioambientales. La opinión mayoritaria al respecto es que la responsabilidad civil resarcitoria de daños medioambientales debe ser objetiva; no debe basarse en la culpa. ¿Puede justificarse este criterio por el hecho de que el daño sea el resultado de la contaminación?

i) *Daños que la contaminación causa a los seres humanos.* Para empezar, consideremos los daños previos y actuales causados a los seres humanos. El sistema de responsabilidad civil por tales daños ¿debe ser objetivo o debería basarse en la culpa? Hay dos maneras de enfocar esta cuestión. Podemos adoptar una perspectiva económica y preguntarnos qué sistema de responsabilidad civil proporcionaría tanto a los contaminadores como a los afectados por la contaminación los mejores incentivos para comportarse eficientemente y de un modo que redujera la contaminación hasta un nivel, a partir del cual, cualquier reducción posterior sería más costosa que su valor en términos sociales. Por diversas razones, tal como he expuesto más arriba, no creo que éste sea un enfoque interesante. De todos modos, la bibliografía económica no establece

de manera inequívoca cuál es, en términos de eficiencia, el sistema de responsabilidad más adecuado. Creo que es preferible abordar el tema del sistema de determinación de la responsabilidad desde una perspectiva ética y distributiva: ¿en base a qué principio deberían ser asignados los costes de la contaminación a los contaminadores por un lado y a las víctimas de la contaminación por el otro? Una respuesta ampliamente aceptada viene resumida en el denominado principio «quien contamina paga». Dicho principio se basa en la idea de que quienes ocasionan un daño a otros deben asumir la responsabilidad que por ello pueda derivarse. En términos jurídicos significa que la responsabilidad por daños medioambientales debe ser objetiva, es decir, no estar basada en la culpa. Según el Profesor Christian von Bar <sup>6</sup> «el Derecho español ha desarrollado una prohibición general en contra de las emisiones de sustancias tóxicas, cuya infracción da derecho a interponer una demanda similar, cuando menos, a la prevista entre los propietarios de terrenos colindantes con la finalidad de evitar daños futuros, y de resarcimiento, independientemente de la culpa». De hecho, según von Bar, la idea de que la responsabilidad civil por los daños causados por inmisiones deba estar basada en la culpa «ha sido mayoritariamente rechazada en la Europa moderna». En términos generales, la responsabilidad objetiva y el principio «quien contamina paga» son el punto de partida de muchas discusiones, especialmente entre los juristas medioambientalistas, sobre la responsabilidad civil por daños ambientales.

Pero, ¿por qué? ¿Por qué la responsabilidad civil extracontractual ha de depender en algunos supuestos de la prueba de la culpa y en otros ha de ser objetiva? ¿Hay algún motivo por el cual la responsabilidad derivada de la contaminación y de las emisiones tóxicas deba ser objetiva antes que culposa? Decir que una persona tiene la culpa de algo equivale a decir que debía haber obrado de otro modo. En cambio, la responsabilidad objetiva puede ser exigida incluso en circunstancias en las que no cabría afirmar que el demandado obró antijurídicamente. A primera vista, por lo menos, declarar a alguien responsable por hacer lo que no debería haber hecho o por no hacer lo que sí debería haber hecho, no parece problemático éticamente. Sin embargo, desde el siglo XIX, la opinión dominante ha sido que la responsabilidad objetiva por infligir daños requiere una justificación ética específica y que, por este motivo, debe constituir la excepción y no la regla. De hecho, las regulaciones jurídicas que incluyen el término «responsabilidad objetiva» —por ejemplo, la Directiva de la CE sobre responsabilidad por pro-

---

<sup>6</sup> *The Common European Law of Torts* (Oxford, 1998), párrafo 541, p. 558.

ductos defectuosos— a menudo contienen elementos basados en la culpa, tales como causas de justificación de la negligencia culposa, la definición de «defecto» en términos de los «niveles de seguridad razonables», o incluso la justificación del «riesgo tecnológico». Además, el concepto jurídico del «nexo causal», que es esencial a los regímenes de responsabilidad objetiva, está estrechamente relacionado con las nociones de responsabilidad y culpa.

En Derecho inglés, se suele afirmar que la responsabilidad según la denominada «regla de *Rylands v Fletcher*»<sup>7</sup> (que trata de los escapes de sustancias peligrosas del suelo) es objetiva. Sin embargo, esto es erróneo. Existen varias alegaciones a la responsabilidad con arreglo a dicha norma que incluyen elementos de culpa. Y en 1994, en el caso *Cambridge Water*<sup>8</sup>, la Cámara de los Lores sostuvo que, si bien un contaminador podía ser responsable según la norma *Rylands v Fletcher* aunque hubiera puesto todo el cuidado razonable para evitar el escape, la responsabilidad se extendía solamente al daño que el contaminador debería haber previsto atendiendo al estado de la técnica y de los conocimientos científicos en el momento en que se produjo la contaminación. El tribunal renunció expresamente a imponer responsabilidad objetiva por la contaminación de los suministros de agua subterránea a causa de tratamientos industriales que tuvieron lugar antes de que se conocieran sus posibles efectos contaminantes.

Aun así, en algunos casos, la responsabilidad derivada de la contaminación tiende a ser muy objetiva. La responsabilidad por la fuga de sustancias radioactivas procedentes de centrales nucleares es un buen ejemplo de ello. La justificación más común para esta clase de responsabilidad objetiva radica en la idea de que quienes se dedican a actividades altamente peligrosas —es decir, actividades que entrañan un riesgo especial de resultar nocivas— deberían soportar el coste de los daños ocasionados por las mismas. Esta justificación es dudosa, en parte porque el concepto de actividad altamente peligrosa es difícil de definir: el que una actividad lo sea o no, depende en gran medida del modo en que se realice, no de su naturaleza intrínseca. Más aun, no existe una razón clara que justifique que una actividad deba conllevar responsabilidad objetiva y no culposa simplemente por el hecho de ser altamente peligrosa. Otra posible justificación ética de la responsabilidad objetiva es que quienes desarrollan una actividad para obtener beneficios económicos, deben soportar el coste de los daños causados por dicha actividad. Este enfoque, sin embargo, presenta el problema de ser

<sup>7</sup> Véase J. G. FLEMING, *The Law of Torts*, 9.ª ed. (Sydney, 1988), cap. 16.

<sup>8</sup> *Cambridge Water Co v Eastern Counties Leather plc* 1994 2 AC 264.

demasiado amplio. Hay muchas actividades realizadas con fines de lucro que no conllevan responsabilidad objetiva.

Mi opinión personal es que si partimos de la afirmación de que la responsabilidad por daños debe basarse en la culpa –como hacen la mayoría de sistemas legales– es muy difícil de justificar, en términos de política jurídica y de principios generales, la existencia de espacios de responsabilidad objetiva. Creo también que las mejores explicaciones para los regímenes de responsabilidad extracontractual objetiva son de índole política y psicológica. Los sistemas de responsabilidad objetiva son, con frecuencia, la respuesta a catástrofes de grandes dimensiones –tales como la Talidomida o el caso del aceite de colza; y a menudo tienen que ver con riesgos que atemorizan a la población (tales como los accidentes nucleares) independientemente de la probabilidad de que vayan a tener lugar. Establecer un sistema de responsabilidad objetiva es un medio a través del cual el poder público puede indicar que asume la gravedad de una determinada situación, y es un modo de hacer posible que las grandes empresas puedan ser sancionadas por la comunidad. Aunque la responsabilidad objetiva pueda ser exigida incluso sin la comisión de un acto ilícito, suele imponerse para penalizar las acciones que implican sospecha de culpa, sin tener que probar tal culpa.

Aun cuando existieran razones políticas o psicológicas para tratar de modo distinto los daños medioambientales, no veo ningún motivo de equidad o ningún principio jurídico según el cual el sistema de responsabilidad civil por los daños que la contaminación ocasiona a las personas deba ser distinto del sistema de responsabilidad civil por los daños causados, por ejemplo, por la utilización de vehículos a motor. Sin embargo, entre los juristas medioambientalistas, el principio «quien contamina paga» está muy extendido.

ii) *Daños que la contaminación ocasiona a los recursos naturales.* He expuesto que, a los efectos del Derecho indemnizatorio, los daños causados al medio ambiente colectivo deberían ser considerados como daños a las personas. No obstante, también he apuntado que, cada vez más, los daños al medio ambiente colectivo reciben el mismo tratamiento que los daños a los recursos naturales; y por ello vale la pena plantear si la responsabilidad para resarcir los daños causados a los recursos naturales debe ser objetiva (de acuerdo con el principio «quien contamina paga») o basarse en la culpa. El daño a los recursos naturales como tales no resulta fácil de encajar en los regímenes tradicionales de responsabilidad extracontractual porque el objeto del Derecho de daños es el resarcimiento de los daños ocasionados a las personas. Por esta razón, puede resultar



más fácil quebrar la propensión del Derecho de daños hacia la responsabilidad por culpa en el caso de daños a los recursos naturales que en el caso de daños a los seres humanos. El hecho de que el daño ocasionado a los recursos naturales pueda ser a largo plazo, muy difundido y muy caro o incluso imposible de reparar, parece respaldar la idea de transmitir a los contaminadores un enérgico mensaje de desaprobación mediante la imposición de la responsabilidad objetiva. La realidad de que la responsabilidad objetiva sea más gravosa para los causantes del perjuicio que la responsabilidad culposa, la convierte en una técnica adecuada para hacer llegar a los contaminadores el mensaje de que las actividades que causan daños al entorno colectivo son inaceptables, aun cuando se lleven a cabo con diligencia.

Sin embargo, si en principio la responsabilidad objetiva por daños a los recursos naturales puede considerarse como un concepto adecuado, la pregunta que surge entonces es quién debería estar legitimado para reclamar la indemnización. Por lo que respecta a los costes de saneamiento y reparación (o los gastos realizados para prevenir o minimizar el daño al medio ambiente colectivo), la respuesta podría parecer bastante obvia —quien invierte en la prevención del daño o en el saneamiento posterior al mismo debe ser indemnizado, siempre que los gastos realizados sean razonables—. En ciertos contextos, cabría plantear la duda de si una persona que presta ayuda espontánea a otra podría reclamar indemnización por los gastos que de ello se hayan derivado. No obstante, el derecho a reclamar el importe de la asistencia no solicitada está muy arraigado en el Derecho marítimo; y ciertamente, la protección del medio ambiente colectivo merece fomentarse, por lo menos, tanto como el rescate en el mar de los barcos con problemas. En la mayoría de comunidades, los fondos públicos destinados a la protección y recuperación del medio ambiente no son tan abundantes, como para permitir la oposición a la iniciativa privada, mediante el rechazo de la indemnización por los gastos realizados.

Resulta mucho más difícil determinar quien debe tener derecho a recibir la indemnización por los daños irreversibles causados a los recursos naturales. En América, donde esta forma de responsabilidad está sólidamente establecida, la indemnización debe pagarse a los gobiernos en calidad de consignatarios. Y como ya he apuntado antes, dichas indemnizaciones deben ser utilizadas para encontrar algún sustitutivo ambiental de los recursos naturales irreversiblemente dañados, al objeto de compensar su pérdida. Pero si éste es el objetivo de la indemnización por daños a los recursos naturales, ¿por qué las administraciones públicas han de ser las únicas legitimadas para percibir las? Si un particular diseña un plan de

protección y desarrollo medioambiental solvente y adecuado al daño causado, ¿por qué no debe poder reclamar indemnización por daños a los recursos naturales?

No obstante lo dicho, tengo serias dudas acerca de que la indemnización por daños a los recursos naturales sea una buena idea. Si el objeto de esta figura es hacer patente un atentado a la sociedad, dicha finalidad podría ser llevada a cabo, seguramente de manera más efectiva, mediante la creación de tipos penales y mediante el cobro de multas pecuniarias. Y si el objetivo de la indemnización por daños a los recursos naturales es proveer de fondos para proteger y mejorar el entorno a fin de compensar el daño irreparable causado por los contaminadores, dichos fondos podrían ser recaudados de manera más sencilla y eficiente a través del sistema impositivo o de multas penales que a través de la indemnización por daños. Un régimen de indemnización por daños a los recursos naturales es, en esencia, un mecanismo para transferir recursos económicos procedentes de la industria privada a finalidades públicas. Así pues, es muy distinto del tradicional Derecho de daños, cuya característica es transferir recursos de un ciudadano a otro y en el cual el Estado interviene en última instancia para compeler a su ejecución. La indemnización por daños a los recursos naturales podría considerarse pagadera al gobierno como un tipo de impuesto sobre «el consumo del medio ambiente», y, en tal caso, debería concluirse que se trata de una forma de tributación muy ineficaz. Posiblemente el procedimiento judicial para el cobro de la indemnización por daños a los recursos naturales resulte mucho más caro que la recaudación de la misma suma de dinero a través de un impuesto a pagar por los contaminadores, o incluso a través de multas. La única posible ventaja de la indemnización por daños a los recursos naturales sobre un sistema de impuestos o multas por actividades contaminantes es la de su admisibilidad política: configurar el sistema de recaudación de ingresos como un régimen de responsabilidad, el control e intervención estatal de la actividad económica puede parecer menor. Pero a pesar de ello, mi opinión es que la indemnización por los daños a los recursos naturales es una idea equivocada.

#### d) *Relación de causalidad*

A continuación, trataré brevemente sobre la relación de causalidad respecto de los daños medioambientales. Cualquier régimen de responsabilidad por daños medioambientales (tanto si se basa en la responsabilidad objetiva como en la culposa) incluirá el requisito de una conexión causal entre el daño y la contaminación. Existen dos razones principales por las cuales probar el vínculo causal

puede resultar difícil: en primer lugar, no siempre es posible para los científicos determinar que la contaminación aumentó la probabilidad de ocasionar el daño sufrido en el grado que la ley exige para establecer una relación de causalidad. En Derecho inglés, por ejemplo, con arreglo a la norma del *balance-of-probabilities*, A es la causa de X sólo si A aumentó el riesgo de que X tuviera lugar en un porcentaje superior al 50 por 100<sup>9</sup>. En segundo lugar, aun cuando pudiera demostrarse que la contaminación causó el daño de la forma citada, si hubo más de un contaminador, puede resultar imposible probar que la contribución de cada uno de ellos a la contaminación tuvo la suficiente entidad para establecer que fueron los causantes y que la contaminación que produjeron incrementó el riesgo de daño en la proporción exigida. Ambos problemas se agudizan especialmente en relación con la contaminación gradual y a largo plazo, en contraste con los accidentes medioambientales como el de Aznalcóllar. Estos problemas pueden superarse disminuyendo el umbral exigido para establecer la relación de causalidad, así como también, quizá, adjudicando indemnizaciones proporcionales al aumento del riesgo, en lugar del resarcimiento íntegro del daño sufrido. Sin embargo, en el marco tradicional del Derecho de daños ninguna de las dos soluciones parece equitativa. Como he dicho antes, los problemas relativos a la causalidad no son exclusivos del Derecho medioambiental, pero imponen una importante limitación sobre la capacidad de los regímenes de responsabilidad civil compensatoria para hacer frente a los daños que conlleva la moderna tecnología industrial.

Una solución podría consistir en establecer un sistema resarcitorio que cubriera unos daños específicos con independencia del modo en que hubieran sido causados (un sistema no basado en la culpa). Éste es el fundamento de los sistemas de seguridad social que asignan prestaciones por incapacidad, y también el de algunas modalidades de seguro privado. Algunos sistemas de este tipo han sido ideados como sustitutivos de la responsabilidad civil. El más conocido es el de Nueva Zelanda<sup>10</sup>. El proyecto original era que el sistema neozelandés, en su día, indemnizara por enfermedades y lesiones personales, cualquiera que fuera su causa. Pero cuando fue establecido, en 1972, se restringió su ámbito de aplicación, que quedó limitado únicamente a las lesiones personales derivadas de

---

<sup>9</sup> Para un breve informe véase P. CANE, *The Anatomy of Tort Law* (Oxford, 1997), pp. 166-179.

<sup>10</sup> Para un informe sobre el sistema, véase S. TODD (ed.) *The Law of Torts in New Zealand*, 2.<sup>a</sup> ed. (Wellington, 1997) pp. 20-61 y cap. 2. Y para un examen general de los sistemas no basados en la culpa, véase P. CANE, *Atiyah's Accidents. Compensation and the Law*, 6.<sup>a</sup> ed. (London, 1999), cap. 19.

«accidentes». Algunos daños medioambientales estarían incluidos en esta categoría –tal vez el suceso de Doñana–. Pero muchas de las dolencias y enfermedades asociadas a la contaminación no son el resultado de «accidentes». Por razones económicas y políticas, el proyecto de extender el sistema más allá de los accidentes no ha sido llevado a cabo (y probablemente nunca lo sea). Por lo que sé, ningún otro sistema jurídico tiene un régimen equivalente, que se ocupe específicamente de las lesiones personales y enfermedades causadas por la contaminación, aunque en algunos ordenamientos existen sistemas que cubren la negligencia médica (*medical mishaps*) y las lesiones relacionadas con los fármacos. Todos estos sistemas de ámbito limitado generan conflictos de delimitación: ¿qué es un «accidente»? ¿qué debe entenderse por «negligencia médica»?; y algunos plantean problemas de causalidad tan acentuados como los examinados anteriormente. Por ejemplo, aun cuando hubiera existido un sistema de compensación objetiva por las lesiones causadas por los fármacos en la época de la tragedia de la Talidomida, es dudoso que hubiera sido posible probar que las malformaciones de los recién nacidos eran causadas por el fármaco. Los sistemas de ámbito limitado también plantean la cuestión de por qué ciertos daños merecen un tratamiento diferenciado del resto. ¿Por qué debe existir un sistema no basado en la culpa respecto de las lesiones relacionadas con fármacos o derivadas de accidentes, pero no respecto de otras lesiones?

El sistema neozelandés, al igual que otros sistemas no basados en la culpa, solamente cubre las lesiones personales. Ni los daños a la propiedad ni las pérdidas económicas están incluidos dentro de su ámbito de aplicación, y todavía menos los daños a los recursos naturales. Pero incluso si se hubiera considerado conveniente el establecimiento de un sistema de responsabilidad no basada en la culpa para cubrir los daños medioambientales, seguramente cubriría sólo las lesiones personales; y un sistema tan limitado no lograría salvar las dificultades que supone la prueba del nexo causal entre el daño y la contaminación, dificultades que en un primer momento nos llevaron a considerar tales sistemas como alternativos a la responsabilidad civil extracontractual. Así pues, si bien, en teoría, sería posible tratar los daños medioambientales según un sistema que eliminara los problemas de la determinación de la causalidad inherentes al Derecho de daños, en la práctica esto no ocurrirá nunca.

Comentaré un último aspecto sobre el nexo causal y el daño a los recursos naturales. Por supuesto, las reclamaciones de indemnización por daños a los recursos naturales están sujetas al mismo tipo de problemas de determinación de la causalidad que ya hemos

expuesto. Éste es otro argumento en contra de la indemnización por daños a los recursos naturales. La responsabilidad penal tiene la ventaja de permitir la tipificación de los delitos medioambientales sin hacer referencia al daño ocasionado, sino simplemente en términos de conducta prohibida. Si la finalidad principal de la indemnización por daños a los recursos naturales es la recaudación de ingresos, idéntico objetivo podría lograrse a través de las multas penales sin que se generaran todos los problemas de determinación de la causalidad que surgen en los regímenes de indemnización.

e) *Problemas transfronterizos*

El daño ocasionado por muchos accidentes medioambientales queda limitado al ámbito territorial del Estado de origen. Pero, en Europa, al igual que en otros lugares, la contaminación originada en un país puede causar daños en otros. Y la contaminación que, por ejemplo, daña la capa de ozono o acelera el recalentamiento global, puede producir daños a nivel mundial.

La contaminación que tiene efectos mundiales plantea varios problemas jurídicos difíciles de resolver. Puede resultar extremadamente difícil establecer relaciones causales entre los efectos, tales como el calentamiento del planeta o la extinción de algunas especies, y determinadas fuentes de contaminación que podrían verse afectadas por un sistema de responsabilidad civil y de normas indemnizatorias. Y aunque la contaminación global puede dañar a algunas personas en mayor medida, y si bien puede dañar de maneras fácilmente mensurables (la elevación del nivel de los mares como resultado del recalentamiento global, es un buen ejemplo de daño medioambiental con consecuencias diversas que se pueden cuantificar), muchos de los efectos de la contaminación global son difusos, extensos y de difícil cuantificación. Tales efectos resultan muy difíciles de ser abordados por un régimen de indemnización. En todo caso, creo que sería malgastar recursos el establecimiento de un sistema compensatorio, que inevitablemente resultaría muy caro de aplicar, para hacer frente a los efectos de la contaminación mundial. Sería mucho más aconsejable dirigir todos los recursos disponibles hacia la prevención y, a través de los tratados y la cooperación internacionales, procurar reducir la contaminación hasta lo que pueda considerarse un nivel aceptable en términos de efectos nocivos. El daño al medio ambiente colectivo global derivado de la contaminación es la forma de daño medioambiental para la cual un régimen indemnizatorio sería lo menos apropiado.

La contaminación transfronteriza localizada es menos problemática, como mínimo en la medida en que cabe establecer relacio-

nes de causalidad entre fuentes de contaminación concretas y daños medioambientales específicos. Existen tratados internacionales, e incluso alguna jurisprudencia internacional, acerca de los derechos de los Estados a percibir una indemnización por el daño a su medio ambiente colectivo causado por la contaminación procedente de un Estado vecino. La base de tales derechos es que los Estados deben adquirir cierta responsabilidad en Derecho internacional por la conducta de sus ciudadanos. En ausencia de regímenes indemnizatorios interestatales, o que faculten a los particulares para solicitar indemnizaciones por la contaminación transfronteriza, las demandas deben interponerse ante los tribunales nacionales. En dichas situaciones, las normas de conflicto de leyes sobre jurisdicción, ley aplicable y reconocimiento de sentencias adquieren plena relevancia. Desde luego, éste no es el lugar para estudiar estas normas con detalle. Como he dicho más arriba, los litigios medioambientales de ámbito transnacional no presentan cuestiones o problemas significativamente distintos de los que pueden surgir en los litigios transnacionales suscitados por productos o por fraude, por ejemplo. El único elemento en los procedimientos medioambientales es el concepto de daño ocasionado a los recursos naturales; y las cuestiones o problemas producidos por este concepto son similares, tanto si el daño cruza fronteras, como si queda delimitado dentro del territorio de un único Estado.

## 5. CONCLUSIÓN

No desearía que se me malinterpretara. No estoy diciendo que el daño medioambiental no plantee dificultades jurídicas. Por ejemplo, ni siquiera he tratado del problema de la definición de la «contaminación» a efectos jurídicos. Las cuestiones medioambientales están entre los problemas más importantes que el mundo deberá afrontar en el siglo XXI, y son extraordinariamente complejas. Pero creo que los desafíos que presenta el medio ambiente son más políticos que jurídicos. En este trabajo he expuesto varios argumentos en relación con la indemnización por daños medioambientales que respaldan esta opinión.

En primer lugar, he recalcado que la mayoría de problemas que se plantean en el resarcimiento por daños medioambientales no son específicos ni exclusivos del Derecho medioambiental.

En segundo lugar, he razonado que el concepto de «daño causado al medio ambiente en sí mismo considerado» debe entenderse como un perjuicio no económico ocasionado a las personas, y que debemos cuestionarnos hasta qué punto resulta procedente su

indemnización. Los sistemas compensatorios se centran en el daño, y los daños que la contaminación ocasiona a la población no son, en esencia, distintos de los ocasionados por otras vías. Quienes estiman que los daños medioambientales comportan consecuencias jurídicas específicas piensan así porque se centran en el origen medioambiental del daño, no en la naturaleza de éste. Ello podría resultar útil políticamente, pero crea confusión desde una perspectiva jurídica.

En tercer lugar, he razonado que si tratamos los «daños causados al medio ambiente en sí mismo considerado» como daños a los recursos naturales, sería más conveniente establecer su regulación a través del Derecho fiscal o del Derecho penal que a través de la responsabilidad civil extracontractual. Las indemnizaciones por daños a los recursos naturales pretenden mejorar la calidad del medio ambiente, no resarcir los daños ocasionados al mismo. Al elaborar los sistemas de responsabilidad civil y de compensación por daños al medio ambiente, es importante tener en cuenta los límites del Derecho de daños para alcanzar los objetivos medioambientales que nos hemos propuesto para el futuro.

# Un argumento legal en favor de la necesidad de requerimiento para la mora de las obligaciones sinalagmáticas, y algunas referencias jurisprudenciales

ANTONIO MONSERRAT VALERO  
Profesor Titular de Derecho Civil (UB)

SUMARIO: I. *El argumento legal*. II. *La Jurisprudencia*. Sentencias del Tribunal Supremo que afirman la necesidad de requerimiento. Sentencias del Tribunal Supremo que defienden la mora automática.

## I. EL ARGUMENTO LEGAL

Es conocida la discusión doctrinal sobre el carácter automático de la mora en las obligaciones sinalagmáticas. La doctrina tradicional sostiene que la mora es automática, fundándose en la última frase del artículo 1100 CC: *desde que uno de los obligados cumple su obligación empieza la mora para el otro*, por tanto el que ha cumplido no necesita intimar al otro para constituirle en mora.

Albaladejo rompió con la doctrina tradicional y mantiene que la intimación es un requisito de la mora, también en las obligaciones sinalagmáticas <sup>1</sup>.

Este breve trabajo pretende aportar un argumento legal –no digo nuevo, sino no leído ni oído por mí– en favor de la tesis de Albaladejo. Sólo repetiré los argumentos de los defensores de ambas pos-

---

<sup>1</sup> NAVAS (*Manual de Derecho Civil II* de PUIG I FERRIOL, GETE-ALONSO, GIL RODRIGUEZ, HUALDE, Madrid 1996, p. 260) cita a ALBALADEJO, BADOSA y LASARTE como defensores del requerimiento en la mora de las recíprocas y a CRISTÓBAL MONTES, DIEZ-PICAZO, MONTÉS y DELGADO, de la tesis tradicional.



turas en lo indispensable para cumplir mi objetivo. Por otro lado, me referiré exclusivamente a las obligaciones recíprocas de cumplimiento simultáneo.

En cuanto a la interpretación literal y a la lógica formal concedo la fuerza de la evidencia al argumento de Albaladejo<sup>2</sup> de que si el legislador, en el último párrafo del artículo 1100, quería introducir, después de las enumeradas anteriormente, otra excepción al requisito de la intimación, la hubiera numerado con el ordinal 3.<sup>o</sup><sup>3</sup>.

Aunque las palabras de la última frase del artículo 1100 se imponen, también con fuerza similar a la del anterior argumento, en apoyo de la tesis contraria. El Código Civil es muy claro: *desde que uno de los obligados cumple con su obligación empieza la mora para el otro*. ¿Acaso cabe otra interpretación distinta de entender que cuando un obligado cumple, el otro incurre en mora, sin necesidad de que el primero le intime? En mi opinión, sí; por eso este artículo.

No estimo correcta la interpretación de la frase *desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro* en el sentido de que un obligado sólo incurrirá en mora si el otro ya ha cumplido, pues, entendida así, la norma se limitaría a repetir con otras palabras la ya contenida en la frase inmediatamente anterior: *ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple...*

Pero sugiero otra interpretación de la última frase del artículo 1100 que se aparta de la tesis de la mora automática y que tiene

<sup>2</sup> *Derecho Civil* II-1.º, Barcelona 1997, pp. 189, al final y 190.

<sup>3</sup> No me parece necesario, a los efectos de este trabajo, comentar el argumento de ALBALADEJO, fundado en el artículo 1.501 CC, según el cual, núms 1.º y 2.º, el comprador que recibe la cosa antes de pagar el precio deberá intereses hasta que lo pague, si se hubiera convenido y si la cosa produce frutos o rentas. Señala ALBALADEJO que, si la mora es automática, los núms. 1.º y 2.º del 1501 son innecesarios, porque el comprador deberá intereses –moratorios– desde que recibió la cosa sin necesidad de pacto y aunque no produzca frutos ni rentas (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV-1.º, Madrid 1989, p. 366). CRISTÓBAL MONTES (*La mora del deudor en los contratos bilaterales*, Madrid 1984, pp. 45 y 46) rebate este argumento diciendo que el 1501 se refiere a la compraventa con precio aplazado. Entonces, lógicamente, el comprador que ha recibido la cosa no puede incurrir en mora por no haber pagado el precio ya que no tenía obligación de pagarlo aún y, por tanto, no deberá intereses –moratorios–. Para que deba intereses es necesario que así se haya convenido o que la cosa produzca frutos o intereses (otra manifestación del equilibrio que, según el legislador, ha de presidir el régimen de las obligaciones recíprocas). ALBALADEJO (*De nuevo sobre la mora en las obligaciones recíprocas* en Libro Homenaje a VALLET DE GOYTISOLO, t. I, Madrid 1988, p. 46) ha contraargumentado diciendo que como el artículo 1501 habla en general para toda venta es CRISTÓBAL MONTES quien tiene que demostrar que se refiere sólo a las de precio aplazado.

BADOSA (*Dret D'Obligacions*, Barcelona 1990, p. 377) argumenta que la redacción del artículo 1501.3.º (si se hubiere constituido en mora con relación al art. 1100) o se refiera a la intimación o sería inútil porque habiendo cumplido el vendedor, el comprador ya estaría constituido en mora. Asimismo entiende que la necesidad de intimación se manifiesta en el artículo 1124, 2, que considera la exigencia del acreedor que ha cumplido su obligación.

un sentido propio: en las obligaciones sinalagmáticas el acreedor que no cumple no constituye en mora al deudor, aunque le intime. Mas cuando el acreedor cumple, presuponiendo que antes de su cumplimiento ya ha reclamado a la otra parte, constituye a ésta en mora sin necesidad de requerirle nuevamente, después del cumplimiento. El artículo 1100 vendría a precisar que no es necesario que la intimación del acreedor se produzca con posterioridad al cumplimiento de éste, puede ser anterior.

Es cierto que desde el punto de vista de los intereses en juego, la mora automática parece equitativa <sup>4</sup>, pero también es cierto que la solución contraria no es injusta, solución contraria que ha sido la admitida en nuestro Derecho histórico <sup>5</sup>.

## II. LA JURISPRUDENCIA

El Tribunal Supremo, en unas sentencias –numerosas–, ha afirmado la mora automática de las obligaciones recíprocas y en otras –también numerosas–, la necesidad del requerimiento <sup>6</sup>. A pesar de las sentencias que se han pronunciado sobre el problema, Albaladejo

---

<sup>4</sup> ALBALADEJO (*Derecho Civil...*, p. 190) estima que la contextura de las obligaciones sinalagmáticas no justifica la mora automática, mas, como dice DIEZ-PICAZO (*Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias*, Madrid 1996, p. 374) la mora automática se adecua bien a la idea de lo que él llama el sinalagma funcional de las obligaciones recíprocas: en las obligaciones sinalagmáticas cada deber de prestación funciona como equivalente del deber de prestación recíproco. Y de la misma manera que parece justo concluir que mientras uno no cumpla al otro no se le puede exigir el cumplimiento (salvo pacto en contrario), no parece injusto que cuando uno cumpla empiece la mora para el otro automáticamente, sin necesidad de requerimiento. La buena fe exigiría a la parte que ya ha cobrado su crédito cumplir inmediatamente con su prestación, sin necesidad de un requerimiento de la otra, para conservar el equilibrio de intereses. ALBALADEJO (*Derecho Civil...*, p. 189, argumento 1.º) observa que en el supuesto de que el que ha recibido la prestación no tuviera conocimiento –por ejemplo la ha recibido otra persona en su nombre– la solución de la mora automática no es satisfactoria. Mas hay que pensar que lo normal es el conocimiento y no la ignorancia del cumplimiento y que, si se da éste, como señala DIEZ-PICAZO (*Fundamentos...* p. 641), el que recibió la prestación debía haber conocido el cumplimiento.

<sup>5</sup> ALBALADEJO recuerda (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* dirigidos por ALBALADEJO, t. XV-1.º, Madrid 1989, pp. 366 y 367) que ni los antecedentes históricos de nuestro Derecho ni los Códigos que le sirvieron de modelo, ni el proyecto de 1851 recogen la mora automática. Éste se limitó a precisar que quien no había cumplido su obligación no podía constituir en mora a la otra parte, requiriéndola. El último inciso del 1100 fue introducido en el Anteproyecto de 1882 y, como ya hemos dicho, es susceptible de una interpretación distinta que la que consagra la mora automática.

<sup>6</sup> A favor de la mora automática 21 abril y 13 marzo 1987; 27 mayo, 29 marzo y 26 febrero 1985; 29 noviembre 1982; 27 enero 1978; 17 enero 1967; 17 marzo 1956; 1 mayo y 22 marzo 1950; 9 noviembre 1944; 24 octubre 1941; 31 mayo 1916; 15 febrero 1905. A favor del requerimiento: 9 junio 1986; 2 enero 1980; 28 noviembre 1978; 26 marzo 1974; 22 octubre 1971; 26 febrero 1970; 26 mayo 1966; 20 febrero 1950; 15 marzo 1934; 13 abril 1931; 17 octubre 1924 (citadas por ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV-1.º, Madrid 1989, p. 369).

dejo <sup>7</sup> concluye que no hay verdadera jurisprudencia en favor de ninguna de las tesis, pues las afirmaciones al respecto no constituyen fundamento del fallo juzgado, salvo en la sentencia de 2 de enero de 1980 (en mi opinión, tampoco lo constituye, como veremos al examinarla), favorable a la necesidad de requerimiento, pero una sola sentencia no forma jurisprudencia.

*Sentencias del Tribunal Supremo que afirman la necesidad de requerimiento:*

Sentencia de 21 de noviembre de 1994 (Aranzadi 9324, FD 2.º): *el precepto cuestionado sólo distingue en realidad, dos tipos de mora, la que exige requerimiento y la automática, comprendiendo esta segunda dos supuestos (1.º y 2.º) de manera que no hay un tercero pues el segundo párrafo (debería decir tercero) debe interpretarse en relación con los anteriores del artículo en el sentido de acumular a los generales un requisito más de la mora, propio de las obligaciones recíprocas* (el cumplimiento de su obligación por quien pretende la mora de la otra parte). Frente a la pretensión del vendedor, devengo de intereses moratorios del precio desde la fecha en que se había convenido el pago, el TS decidió que sólo corrían intereses desde la fecha del requerimiento. Pero no se trataba de obligaciones de cumplimiento simultáneo, las objeto de este trabajo, pues se había pactado que el precio debía hacerse efectivo el 1 de mayo de 1978, después de entregado el piso.

Sentencia de 19 de septiembre de 1988 (Aranzadi 6840): *el contrato estaba naturalmente sometido a las reglas generales de la mora de las obligaciones recíprocas, sobre la cual en autos no consta que el simple retraso fuera elevado a la categoría jurídica de mora a través de los oportunos requerimientos* (FD 5.º), pero tal afirmación no parece fundamento del fallo, pues el TS continúa diciendo que no se han probado perjuicios por el retraso del vendedor en la entrega de los locales, amén de la existencia de un documento firmado por el esposo, comprador junto con su esposa de los locales, en el que expresamente se acuerda dejar sin efecto las posibles indemnizaciones a que pudiera dar lugar el retraso en la entrega de la obra por parte del constructor.

Sentencia de 13 de marzo de 1987 (Aranzadi 1478, FD 2.º): *sin que... quepa argumentar la necesidad de interpelación de la mora, so pena de desvirtualizar en el caso presente las cláusulas contractuales consagradas a la fijación de un término esencial...* (FD 2.º). Parece

---

<sup>7</sup> De nuevo sobre la mora en las obligaciones recíprocas en Libro Homenaje a VALLET DE GOYTISOLO, t. I, Madrid 1988, pp. 33 al final y 34.

que el TS da por bueno que en las obligaciones sinalagmáticas también es necesaria la interpelación, pero en el caso considerado por la sentencia se había pactado la mora sin interpelación, por lo que el fundamento del fallo es el pacto y no la norma del 1100.3 interpretada en el sentido de exigir la intimación para las obligaciones recíprocas.

Sentencia de 11 de abril de 1985 (Aranzadi 1691): en una compraventa en que se entregó la cosa el 21 de agosto de 1978 y se convino hacer efectivo el precio pactado en cuatro plazos, el primero a la firma de la escritura (Considerando quinto), el TS dice que la mora comienza en la fecha del acto de conciliación en que se reclamó al comprador el otorgamiento de la escritura, 6 de diciembre de 1978 (Considerando sexto), pero el fallo no se fundamenta en que las obligaciones sinalagmáticas de cumplimiento simultáneo, que son las objeto de este trabajo, requieren la intimación para la mora, pues en este caso había habido aplazamiento del pago del precio y, además, como la fecha de pago del primer plazo se había dejado indeterminada (al otorgar la escritura pública) sólo podía darse la mora al exigir el otorgamiento.

Sentencia de 2 de enero de 1980 (Aranzadi 77): no hay mora *en cuanto al comprador por no haber sido nunca requerido de pago...* (Considerando tercero) y *... al justificar la recurrida sentencia el no ser aplicable la mora del artículo 1100 del CC, dado que nunca se requirió de pago al comprador* (Considerando antepenúltimo, primera parte). Se trataba de una compraventa de ganado vacuno. El vendedor realiza una primera entrega de reses y ante el impago del comprador presenta una demanda judicial, pidiendo: *a)* el precio que le adeudaba el comprador más los intereses legales desde la interposición de la reconciliación; *b)* 1 millón de pesetas en concepto de arras penitenciales; *c)* la resolución del contrato en la parte que quedaba por cumplir, liberándose de la obligación de entregar la segunda partida de reses. La Audiencia condenó al pago del precio con los intereses desde la reconciliación, pero no accedió a la resolución del resto del contrato ni a las arras, pues entendió que la cantidad entregada no fue en concepto de arras penitenciales, sino en concepto de adelanto del precio (Resumen anterior a los Considerandos). La afirmación del TS de que la mora exige requerimiento no es el fundamento del fallo. Por un lado el TS falla en contra de la resolución del resto del contrato, pero no porque estime que no ha habido mora, sino porque ha habido un incumplimiento recíproco de las partes (el vendedor no había entregado todas las reses) que hace inaplicable el artículo 1124 (Considerando penúltimo). Por otro, el TS falla en contra del pago del millón en concepto de arras. Pero lo rechaza no porque estime que no hay mora, como si

las arras se fundamentasen en la mora, sino porque considera que la entrega del millón no tiene carácter de arras sino de señal y parte del precio (Considerando antepenúltimo, última parte). Por último el TS sólo condena al pago de intereses por el precio correspondiente a las reses ya entregadas desde el momento de la reconciliación, no desde el momento de la entrega de las reses, pero porque así se pidió en la demanda. En ningún momento del procedimiento judicial el vendedor exigió el pago de intereses por el precio de las reses desde el momento de la entrega. Sólo si lo hubiera hecho así y el TS lo hubiera concedido desde el momento de la conciliación –por entender entonces cumplido el requisito de la intimación– esta sentencia serviría para fundamentar la tesis de la necesidad del requerimiento para la mora de las obligaciones recíprocas.

*Sentencias del Tribunal Supremo que defienden la mora automática:*

Sentencia de 5 de marzo de 1999 (Aranzadi 1403): *la jurisprudencia más moderna mantiene que la mora automática sólo se produce en las obligaciones recíprocas de cumplimiento simultáneo; dice la Sentencia de 29 de marzo de 1985, citada en la de 23 de marzo de 1992, que el juego propio de las obligaciones bilaterales provoca la constitución de uno de los obligados cuando se trata de negocios en los que las prestaciones de las partes han sido convenidas como de simultánea efectividad, sin referirlas a tiempo diversos...* (FD 1.º). Doctrina que no fundamenta el fallo, pues pactado en el caso ahora enjuiciado un aplazamiento para el pago del precio de la compraventa celebrada entre las partes litigantes y declarado por la sentencia recurrida que no ha existido un previo requerimiento de pago del vendedor al comprador, no resultan vulnerados por la sentencia a quo los preceptos que se invocan... (FD 1.ª)

Sentencia de 29 de marzo de 1985 (Aranzadi 1256): *el juego propio de las obligaciones bilaterales provoca la constitución de uno de los obligados cuando se trata de negocios en los que las prestaciones de las partes han sido convenidas como de simultánea efectividad, sin referirlas a tiempo diversos...* (Considerando penúltimo). Esta afirmación no constituye el fundamento del fallo, pues se condena al dueño de la obra a pagar el contratista el precio de la obra ejecutada con intereses desde la interposición de la demanda judicial, según se solicita en ésta, no desde la entrega de la obra, aunque el TS (Considerando penúltimo) insista en que *la morosidad de la Empresa comitente surgió sin más una vez que la Sociedad contratista dio fin a las obras contratadas... haciendo entrega...*

# El límite entre las inmisiones permitidas y las prohibidas: Criterios históricos de fijación

RAQUEL EVANGELIO LLORCA

Doctora en Derecho

**SUMARIO:** I. *Introducción.*—II. *La teoría de los actos de emulación:* 1. La formulación inicial de esta teoría y su posterior evolución. 2. La teoría de los actos de emulación en la codificación europea. El artículo 833 del CC italiano de 1942. 3. La insuficiencia de la teoría de los actos de emulación para resolver los problemas de inmisiones.—III. *La doctrina del abuso del derecho:* 1. El origen jurisprudencial de la prohibición del abuso del derecho y la formación de las concepciones subjetiva y objetiva. 2. La recepción de la doctrina del abuso del derecho en los Códigos civiles europeos de la segunda generación. 3. La prohibición del abuso del derecho en el ordenamiento jurídico español. A) La STS de 14 de febrero de 1944. B) El párrafo segundo del artículo 7 del Código civil español. 4. Críticas doctrinales a la teoría del abuso del derecho. 5. La aplicación de la prohibición del abuso del derecho en el ámbito de las relaciones de vecindad.—IV. *La teoría de las obligaciones ordinarias de vecindad o de las perturbaciones que exceden de los inconvenientes anormales de la vecindad:* 1. Consideraciones generales. 2. La fundamentación de la responsabilidad civil derivada de inconvenientes anormales de la vecindad. A) Teorías que buscan el fundamento de la responsabilidad del causante de los inconvenientes anormales de la vecindad al margen de la culpa: a) La teoría del cuasi-contrato. b) La tesis de la obligación legal de vecindad. c) La tesis de la obligación consuetudinaria de vecindad. d) La doctrina francesa de la *immissio*. e) La teoría de la expropiación. f) La doctrina del equilibrio entre las propiedades vecinas. g) La tesis de la equidad natural. B) El fundamento de la responsabilidad por inconvenientes anormales de la vecindad en los artículos 1382 y ss. del CC francés. a) La doctrina que defiende la responsabilidad subjetiva del propietario. b) La doctrina de la responsabilidad objetiva. C) La fundamentación de la responsabilidad en la jurisprudencia francesa. 3. El límite de las obligaciones ordinarias de vecindad.—V. *La teoría del uso normal:* *Immissio* y *Eingriff*: 1. La doctrina alemana de la *immissio*. 2. La teoría de los influjos de IHERING. 3. La recepción de la teoría del uso normal en el Código civil alemán y su influencia en el Derecho italiano. 4. Principales críticas a la teoría de IHERING. Valoración personal. 5. La conexión entre la teoría del uso normal y la concepción objetiva de la doctrina del abuso del derecho.—VI. *La doctrina de la necesidad social de Bonfante:* 1. La distinción entre la esfera interna y la exter-

na del derecho. El criterio de las necesidades sociales generales y absolutas.  
 2. Valoraciones críticas de la doctrina de Bonfante.—VII. *La teoría del arbitrio judicial*.—VIII. *El criterio de distinción entre las inmisiones permitidas y las prohibidas en el ordenamiento jurídico español*.

## I. INTRODUCCIÓN

Uno de los principales problemas que acarrea la vida en vecindad es el de las inmisiones. De forma aproximativa, puede describirse la inmisión como la invasión de la esfera jurídica ajena mediante sustancias o fuerzas, con cierta entidad física, que se producen como consecuencia del disfrute de un bien inmueble y que, por medios naturales, se propagan y penetran en un bien inmueble vecino, de forma reiterada, produciendo daños al mismo o daños o molestias a las personas que lo habitan o que, por otros motivos (laborales, por ejemplo), lo frecuentan. Los supuestos más habituales de inmisiones son los ruidos, humos, olores, gases, polvo, calor, vibraciones, etc.; pero, desde luego, cabe en esa figura cualquier otro tipo de molestia similar que responda a la descripción realizada <sup>1</sup>.

La búsqueda de una solución a este problema es ciertamente difícil, porque se trata de una cuestión de límites. En efecto, ni se puede pretender que el vecino no nos moleste en absoluto, ni se debe soportar estoicamente toda clase de perturbaciones que la actividad de aquél genere. Es preciso establecer un límite entre las inmisiones que deben permitirse —respecto de las cuales se han de

---

<sup>1</sup> Conviene recordar que el ordenamiento jurídico español no regula de forma específica y sistemática las inmisiones. Existen preceptos dispersos, algunos en el Código civil y otros en leyes especiales, que disciplinan aspectos concretos. Con base en los mismos y en una especial atención a la realidad fáctica, la doctrina debe tratar de elaborar el concepto de inmisión. En nuestro país, se han formado dos concepciones: una estricta, a la que responde la descripción que he propuesto en el texto (siguen esta tesis AMAT LLARI, M. E., «Comentario a la STS de 20 de marzo de 1989» («Relaciones de vecindad. Industria molesta»), *CCJC*, núm. 20, 1989, pp. 451-452; PUIG FERRIOL, en PUIG FERRIOL, J./ROCA TRÍAS, E., *Institucions de Dret civil de Catalunya*, vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 298; ÉGEA FERNÁNDEZ, J., *Acción negatoria, inmisiones y defensa de la propiedad*, Marcial Pons, Barcelona, 1994, p. 74; ALGARRA PRATS, E., *La defensa jurídico-civil frente a humos, olores, ruidos y otras agresiones a la propiedad y a la persona*, McGraw Hill, Madrid, 1995, p. 309); y otra amplia, según la cual en la figura que estudiamos cabe cualquier perturbación procedente de actividades íntegramente desarrolladas en una finca distinta a la que la padece (Así, FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M., *La ley de Propiedad Horizontal en el Derecho español*, 3.ª ed., Madrid, 1983, p. 790; ALONSO PÉREZ, M., «La protección jurídica frente a inmisiones molestas y nocivas», *AC*, 1994/2, pp. 395-396 y «La tutela del Derecho civil frente a inmisiones molestas y nocivas», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Cívitas, Madrid, 1996, pp. 4784-4785). V., para una información más detallada sobre este punto, EVANGELIO LLORCA, R., «La prevención y la cesación de las inmisiones a través de la acción negatoria (presupuestos críticos y perfiles institucionales)», Tesis Doctoral inédita, dirigida por el Prof. Dr. D. R. BALLARÍN HERNÁNDEZ, Valencia, 1999, pp. 105 y ss.

fijar deberes de tolerancia— y las que pueden prohibirse —que darán lugar a la atribución de facultades de exclusión—. Tarea ésta que no resulta nada fácil, habida cuenta de la gran variedad de situaciones concretas que pueden presentarse y de la necesidad de atender a factores de diversa índole<sup>2</sup>.

Así las cosas, a lo largo de la historia se han propuesto diferentes teorías para fijar la línea divisoria de la que hablamos. Cada una de ellas ha estado muy influenciada por las circunstancias jurídicas, sociales y económicas del momento histórico de su aparición. De ahí que algunas, válidas en el momento en que nacieron, perdieron su utilidad al cambiar las circunstancias y fueron abandonadas paulatinamente; éste es el caso de la doctrina de los actos de emulación (que, no obstante, ha sido recuperada por el art. 833 CC italiano de 1945). Otras han permanecido y han sido acogidas en algunos ordenamientos; así ha sucedido con la del uso normal, consagrada en el § 906 BGB; y con la de las obligaciones ordinarias de vecindad y la del abuso del derecho, que siguen siendo utilizadas en el Derecho francés.

Pues bien, a continuación expondré las doctrinas históricas de discriminación entre las inmisiones permitidas y las prohibidas que considero más importantes, prestando especial atención a la influencia de algunas de ellas en el Derecho español. La exposición se hará siguiendo una razón cronológica, porque así queda reflejada con claridad la relación entre cada teoría y las circunstancias históricas del momento en que surgieron.

## II. LA TEORÍA DE LOS ACTOS DE EMULACIÓN

### 1. LA FORMULACIÓN INICIAL DE ESTA TEORÍA Y SU POSTERIOR EVOLUCIÓN

El nacimiento de la doctrina de los actos de emulación tiene lugar en el Derecho medieval. Su origen se halla en la interpretación, equivocada, de algunos textos del Derecho romano justinianeo por los glosadores, puesto que los romanos no conocieron una prohibición general de tales actos<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Por ejemplo, el momento del día y la zona (residencial o industrial, urbana o rural) en que se producen las inmisiones, la actividad que las genera, etc.

<sup>3</sup> GROSSO, G., «Atti emulativi» («Diritto romano»), en *Enc. Dir.*, t. IV, Giuffrè, Milán, 1959, pp. 27-28, hace notar que si bien en Derecho romano no había una teoría sobre los actos de emulación, sí existían algunos pronunciamientos dispersos en este sentido; especialmente en materia de aguas, donde algunos fragmentos parecen individualizar el límite negativo del daño a los otros, sin ventaja, y del *animus nocendi*. Ahora bien, se ha demos-



Hay que decir que las primeras construcciones de la doctrina medieval eran imprecisas y la noción de actos de emulación no aparecía siempre clara. Los glosadores notaron el contraste entre determinados textos, en los que se establecía un límite al ejercicio del derecho, cuando causase daño a los otros sin utilidad para el agente y se llevara a cabo con la intención de dañar, y otros en los que, en cambio, se afirmaba el principio de que nunca puede considerarse que quien ejercita el propio derecho cometa violencia o dolo o cause daño, ya que el propietario puede hacer en su fundo cualquier obra, aunque de ello pueda derivarse un daño para el vecino, siempre que no invada la esfera del derecho ajeno. Sin formar todavía una corriente de pensamiento cohesionada, empezaron a elevar, a principios generales, lo que en las fuentes romanas eran sólo motivaciones de soluciones excepcionales. De este modo, la afirmación «*quod alii noceat, et sibi non prosit, non licet*» y la observación «*malitiis non est indulgendum*» se convirtieron en reglas preceptivas; asimismo, se enunció el requisito subjetivo del *animus nocendi*, junto con la presunción de que quien ejercita el propio derecho actúa sin mala intención y, en algunas glosas, se introdujo el límite «*nisi animo nocendi id fecit*»<sup>4</sup>.

---

trado –añade este autor– que las limitaciones que se contienen en estos textos no estaban en la versión original clásica, sino que son fruto de interpolaciones posteriores. Por tanto, las raíces romanas de la teoría de los actos de emulación hay que buscarlas en el Derecho romano postclásico y justiniano, no en el clásico. En el mismo sentido, GAMBARO, A., *Il diritto di proprietà*, vol. VIII, t. 2, del *Trattato di diritto civile e commerciale* (dir. por CICU, A. y MESSINEO, F. y continuado por MENGONI, L.), Giuffrè, Milán, 1995, p. 473, apunta que, como criterio general, la prohibición de los actos de emulación no aparece en el Derecho romano clásico ni en el justiniano; pero no puede negarse –añade– que los textos justinianos contenían una serie de reglas, referentes a hipótesis concretas, que imponían la prohibición de *aemulatio*, de forma que con base en tales textos, fue fácil para los juristas medievales elaborar un principio general. Entre los fragmentos que sirvieron de base a la doctrina del Medioevo para elaborar la teoría que estudiamos, el más importante, según la mayoría de los autores, es *Cels.* D. 6, I, 38. En él se afirma, respecto del resarcimiento de los gastos hechos por el poseedor y del *ius tollendi*, que si el propietario no le reintegra los gastos que hizo en el inmueble, puede llevarse cosas de las que él aportó hasta completar el valor de dichos gastos; pero no se ha de tolerar la mala fe, por ejemplo de arrancar el estuco que puso y las pinturas, sin otra finalidad que molestar («...*neque malitiis indulgendum est, si tectorium puta, quod insduxeris, picturasque corradere velis, nihil laturus nisi ut officias*»). ROTONDI, M., *L'abuso di diritto. «Aemulatio»*, Cedam, Padua, 1979, pp. 47 y ss., ofrece una exposición detallada sobre dichos textos, entre los que distingue tres grupos: el primero comprende los fragmentos que, verdaderamente, no tienen relación con el abuso del derecho ni con los actos de emulación; el segundo, alberga casos de abuso del derecho, no relacionados con la *aemulatio*; y el tercero, contiene casos de aplicación de los actos de emulación, si bien no todavía como prohibición en su extensión general.

Otros autores, por el contrario, sostienen que no puede encontrarse relación alguna entre el verdadero significado de esos fragmentos y el que los creadores de la teoría de los actos de emulación les atribuyeron. Así, FAIRÉN MARTÍNEZ, M., «El abuso del derecho. Apuntes para una construcción», *RDN*, 1960, pp. 272 y ss.

<sup>4</sup> ASTUTI, G., «Atti emulativi» («Diritto intermedio»), en *Enc. Dir.*, t. IV, Giuffrè, Milán, 1959, p. 31. También hubo glosas, sin embargo, en las que se declaró la ilicitud de un acto que objetivamente «*sibi non prodest et alii nocet*», sin considerar la intención del agente.

La particular lectura de Cino de Pistoia del texto D. 50, 10, 3 pr., dió el impulso definitivo al desarrollo de la doctrina de los actos de emulación. Este autor estimó que del citado fragmento se derivaba que la libertad de hacer en el propio fundo estaba limitada si la elevación de lo edificado tenía por objeto descubrir los secretos de los monjes de los monasterios vecinos<sup>5</sup>.

En realidad, el texto en cuestión contenía una norma que prohibía a los particulares construir obras en una ciudad cuando se hiciera por emulación con otra ciudad, diera lugar a una sedición, o la obra fuera un circo, un teatro o un anfiteatro<sup>6</sup>. Es cierto que en el fragmento aparece el término *aemulatio*; pero su sentido no tenía nada que ver con el que más tarde se le dió por la doctrina medieval, sino que significaba competición, rivalidad, esfuerzo por superar a otro. La finalidad de la disposición no era en absoluto la prohibición de los actos de emulación; se trataba, por el contrario, de una norma de Derecho administrativo, tendente a evitar la rivalidad entre las ciudades, a fin de prevenir numerosas discordias<sup>7</sup>.

La opinión de Cino de Pistoia fue seguida por los comentaristas Bártolo y Baldo<sup>8</sup>, a través de los cuales se impuso la concepción de *aemulatio* como la intención de quien realiza actos, que normalmente estarían comprendidos en el ejercicio del derecho, sin utilidad propia o con utilidad mínima, con el fin de dañar o molestar a otros. Desde principios del siglo XV, se acogió y repitió sin reparos este concepto, así como la idea de la ilicitud de los actos cometidos

<sup>5</sup> CYNUS PISTORIENSIS, *In Codicem*, Francofurti ad Moenum, 1578, fol. 176, ad. l. *Altius*, III, 34, núm. 2.

<sup>6</sup> «*Opus novum privato etiam sine principis auctoritate facere licet, praeter quam si ad aemulationem alterius civitatis pertineat vel materiam seditiois praebear vel circum vel theatrum vel amphitheatrum sit*».

<sup>7</sup> Este dato fue ya destacado, en la Edad Media, por ALBERICUS DE ROSATE, *Prima super Codice*, Lugduni, 1545, fol. 162, ad. l. *Altius*, *De serv. et aqua*, que defendió que aquel pasaje se refería sólo al supuesto de construcciones hechas públicas, no por los particulares en su propiedad.

Parece que, de todo el Derecho justiniano, sólo en este texto y en otro, *Codice cost. 1 de apparit. Praef. annonae* 12, 58 («*Apparitores urbanae praefecturae annonario officio se non inserant, sed apparitorum aemulatione secreta ministerio suo annonae praefectura fungatur*»), aparece el término *aemulatio* y, en ambos casos, su sentido es el indicado de rivalidad o competición.

<sup>8</sup> El primero se refirió, en alguna ocasión, a la idea de que la facultad de hacer todo lo que uno quiera en el propio fundo está limitada por aquello que se haga con ánimo de dañar a los demás (BARTOLUS, *In primam Digesti novi*, Lugduni, 1567, fol. 50, *De aqua pluvia arcenda*, Tít. III, Denique Marcellus); y desarrolló algunas teorías en torno a la facultad de construir molinos en aguas públicas o privadas donde existieran ya otros, y en torno a la edificación de construcciones peligrosas en las proximidades de las ciudades (BARTOLUS, *In secundam Dig. novi partem*, fol. 228, ad. l. 3, *De op. publ.*). BALDO, por su parte, consideró que el propietario podía hacer una ventana en su propia pared cuando fuera por utilidad, pero no cuando tuviera por objeto ver a una joven o descubrir los secretos del monasterio vecino (BALDUS UBALDUS PERUSINUS, *In I, II et III Codicis Commentaria*, Lugduni, 1543, fol. 219, ad. l. *Altius*, *De serv. et aqua*).

con ánimo de dañar, de modo que pronto se generalizó la prohibición de los actos emulativos en sentido propio (*quod tibi non prodest et alteri nocet prohibetur*) y en sentido lato (*quod tibi non nocet et alteri prodest, facile est concedendum*). Así, autores como Saliceto, Ángelo de Perugia y Paolo de Castro impusieron la doctrina de que cada uno podía hacer en su cosa lo que quisiera, con tal de que no lo hiciera con intención de causar un daño a otro<sup>9</sup>.

A partir de esta primera formulación, distintos autores fueron progresivamente formulando los requisitos, caracteres y supuestos de aplicación de esta teoría<sup>10</sup>. Se distinguía entre la emulación buena, considerada una virtud, y la mala, reputada un vicio. La segunda, a su vez, comprendía la *aemulatio putativa licita*, que era aquella por la que se dañaba a los otros, pero con el fin de obtener un provecho personal, y la *aemulatio vera illicita*, por la que se dañaba a los demás con esa única intención.

De otra parte, se sostenía que la emulación no se presume, sino que debe probarse por quien la alega; ahora bien, si determinadas circunstancias particulares favorecían la conjetura del espíritu de emulación, se hacía excepción a la regla<sup>11</sup>. La elaboración de estas

<sup>9</sup> «*Quilibet potest facere in suo quicquid vult, dummodo faciat non animo nocendi alteri*» (BARTHOLOMEUS A SALICETO, *In III et IV Iustiniani Codicis*, Lugduni, 1541, De serv. et acqua, ad l. Altius, fol. 65, núm. 2; ANGELUS DE PERUSIO, *Lectura super prima parte Digesti veteris*, Lugduni, 1548, fol. 184, ad l. Cum eo, De serv. urb. praed. e fol. 185, ad l. Imperatores, De serv. urb. praed.; PAULUS CASTRENSIS, *In primam Digesti veteris partem commentaria*, Venetiis, 1594, fol. 168, ad l. Cum eo, De serv. urb. praed.).

<sup>10</sup> Podemos citar, entre los primeros difusores, a IASONIS MAYNI MEDIOLANEN, *In primam Digesti Veteris partem Commentaria*, 1592, Lex V, Ex hoc iure, fol. 9, núms. 6-12; FRANCISCI ANTONII BEGNUMELLI BASSI, *Repertorium quaestionum magis practicarum*, t. IV, Frisingae, 1712, Praxis Vicini, fol. 362, núm. 9; MARCII ANTONII SABELLI, *Summa Diversorum Tractatum*, Venetiis, 1715, t. II, § Aedificare, fols. 8-11, núms. 1-23; et IV, Vicinus, fols. 360-362, núms. 1-21. V., para una información detallada, SCIALOJA, V., «Degli atti d'emulazione nell'esercizio dei diritti», en *Studi giuridici*, vol. III, 1.ª parte, Anonima Romana Editoriale, Roma, 1932, pp. 196 y ss.

<sup>11</sup> Según SCIALOJA, «Degli atti d'emulazione...», cit., p. 224, tales circunstancias eran las siguientes: 1) Cuando el vecino sufra grandes daños con la obra, mientras que quien edifica obtenga muy poca o ninguna utilidad con la misma, o bien hubiese podido conseguir la misma utilidad de otra manera; 2) Cuando los vecinos tengan un carácter proclive a las peleas entre sí; 3) Cuando el que edifica lo hace sólo por desprecio al otro o le haya amenazado primero; 4) Cuando se construya el edificio o se abra la ventana para ver los secretos del vecino, en especial cuando se trate de religiosos, por el respeto debido a la religión; 5) Cuando el vecino tenga una mujer o una hija muy bellas, porque se supone que la obra se ha hecho con el fin deshonesto de verlas o mantener contacto con ellas; 6) Cuando se venda un fundo a un extraño, en peores condiciones, después de rechazar las justas ofertas del vecino; 7) Cuando se desvíe el agua de una corriente, dejando secos a los propietarios inferiores; 8) Cuando se construya un molino de agua pública o privada en detrimento de los existentes, sobre todo si el nuevo se coloca en la parte superior del río; 9) Cuando alguien da, a un extraño, la parte de un castillo que tiene en común con un hermano; 10) Cuando un vasallo hace amistad con un enemigo de su señor o le cede lo suyo; 11) Cuando los súbditos van a moler grano a molinos distintos de los de su señor para menospreciarle y presumir de libertad; 12) Cuando se construyen castillos o fortalezas en los confines del imperio, o cerca de una ciudad, contra la voluntad del señor de la

hipótesis en las que se presumía el *animus nocendi* fue necesaria, como algún autor ha destacado, para evitar la inutilidad de la teoría, dado que la prueba de la intención de dañar era prácticamente imposible. Pero este subterfugio no bastaba; por ello, se sustituyó el criterio del *animus aemulandi* por el del uso extraordinario: es emulativo el acto –se dijo entonces– que no responde a una necesidad económica, sino a una hostilidad deliberada, siempre nociva para el prójimo y, a veces, también para el autor<sup>12</sup>. Con todo y con eso, el desarrollo de la vida ciudadana exigía, en ocasiones, un uso extraordinario de las cosas que podía ser legítimo por no responder al ánimo de perjudicar a otro; de modo que hubo que buscar un tercer criterio: el de la utilidad del agente, en virtud del cual se estimaba emulativo el acto que, al perjudicar a tercero, no reportaba un beneficio al autor<sup>13</sup>.

En el Derecho histórico español, los textos más significativos en relación con esta doctrina son los contenidos en la Ley 13, Título XXXII de la Partida III («*magüer el ome aya poder de facer en lo suyo lo que quisiere; pere debelo facer de manera, que non aya daño, ni tuerto a otro*») y la Ley 19, Título XXXII de la Partida III («*Fuente, o pozo de agua aviendo algun ome en su casa, si algun su vezino quisiesse facer otro en la suya, para aver agua, e para aprovecharse del, puedelo facer, e no gelo puede el otro devedar; como quier que menguasse por ende el agua de la fuente, o del su pozo. Fueras ende, si este que lo quisiesse facer, no lo oviessse menester; mas se moviessse maliciosamente, por fazer mal, o engaño al otro, con intención de destajar, o de menguar las venas, por do viene el agua a su pozo, o a su fuente; e si lo oviessse fecho, podriangelo fazer derribar, e cerrar. Ca dixeron los sabios, que a las maldades de los omes non las deven las Leyes, nin los Reyes sofrir, nin dar passada; ante deven siempre yr contra ellas*»)<sup>14</sup>.

La multiplicación de las inmisiones como consecuencia de la industrialización y la defensa de la revalorización del derecho de

---

misma; 13) Cuando se celebran ferias o mercados que tiendan a disminuir la importancia de las ciudades vecinas.

HERNÁNDEZ GIL, A., *Obras completas*, t. 4 (Derechos reales. Derecho de Sucesiones), Espasa Calpe, Madrid, 1989, p. 106, subraya la claridad con que, en las diversas hipótesis, se refleja la organización social que subyace en el fondo. «La mayor parte de las reglas o de los criterios ordenadores –dice– conciernen a la edificación. Aunque en algunos casos están presentes los intereses privados, se hacen muy ostensibles la autoridad feudal, los sentimientos religiosos y los fines de defensa. La ilicitud viene determinada con base en la intencionalidad y conforme a criterios predominantemente morales».

<sup>12</sup> GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, cit., p. 474.

<sup>13</sup> FAIRÉN MARTÍNEZ, «El abuso del derecho...», cit., p. 275.

<sup>14</sup> *Las Siete Partidas de Alfonso X, Rey de Castilla*, edición facsímil realizada por MARTÍNEZ DíEZ, G., sobre la primera edición de las Partidas con glosas en castellano de DÍAZ DE MONTALVO, A., hecha por los impresores Meynardo Ungut Alamano y Lançalao Polo en 1491, Lex Nova, Valladolid, 1988.

propiedad como derecho absoluto propugnada por la Escuela racionalista del Derecho natural fueron los factores que provocaron el descrédito y el progresivo abandono, desde comienzos de la Edad Moderna, de la teoría de los actos de emulación<sup>15</sup>.

## 2. LA TEORÍA DE LOS ACTOS DE EMULACIÓN EN LA CODIFICACIÓN EUROPEA. EL ARTÍCULO 833 DEL CC ITALIANO DE 1942

Las primeras codificaciones modernas, influenciadas por la nueva concepción filosófica-jurídica de la época, no recogieron la prohibición de los actos emulativos, con excepción de la prusiana<sup>16</sup>. Así, el artículo 544 CC francés de 1804 proclamaba el carácter absoluto del derecho de propiedad, sometido únicamente a las prohibiciones establecidas expresamente por las leyes o los reglamentos; y en la misma línea, el Código civil austríaco de 1811, apartándose del de 1794, así como el *Codice civile* de 1865, afirmaron la plena libertad del propietario, limitada sólo por las leyes, y no recogieron la prohibición de los actos de emulación<sup>17</sup>. No

<sup>15</sup> Son tres —afirma ROTONDI, *L'abuso di diritto...*, cit., pp. 110-111— las características del racionalismo naturalista que chocaban con la admisión de la prohibición de los actos emulativos: en primer lugar, la escisión, cada vez más acentuada, entre Derecho, moral y religión, que explica que una teoría en la que el elemento moral tenía tanta importancia, no fuera bien acogida; en segundo lugar, la consideración del sistema jurídico como un sistema de deducciones lógicas derivadas de pocos principios fundamentales bien definidos, entre ellos el principio individualista, que no casaba bien con una doctrina que abría las puertas a muchas limitaciones de la propiedad tendentes a una mayor socialidad; por último, la recuperación de la doctrina romana, marcada, como sabemos, de una rígida impronta individualista.

<sup>16</sup> La razón de esta diversa solución fue, a decir de ROTONDI, *L'abuso di diritto...*, cit., pp. 111-112, el especial desarrollo de la Escuela iusnaturalista en Alemania, en la que surgieron dos corrientes de pensamiento, la de PUFENDORF y la de LEIBNIZ; de ellas, fue la segunda, que, a diferencia de la primera, suavizaba el individualismo rígido con la consideración de la *aequitas* y la *pietas*, la que se impuso y tuvo plasmación en el Código prusiano de 1794.

<sup>17</sup> SCIALOJA, «Degli atti d'emulazione...», cit., pp. 242-243, estima que en algunos preceptos del *Code* (arts. 644, 645 y 1859) pueden encontrarse alusiones a una prohibición de los actos de emulación, pero se trata de disposiciones concretas en materia de aguas y de derechos de un condómino frente al otro; además, a lo que cree, lo que queda prohibido en estos casos no es el acto de emulación en cuanto tal, sino en cuanto que es inútil para quien lo lleva a cabo y lesivo para los intereses de los demás. Para ROTONDI, *L'abuso di diritto...*, cit., p. 117, no es que los redactores del Código napoleónico no quisieran reprimir el abuso, sino que lo entendían comprendido en las limitaciones a las que alude el artículo 544, en especial en las servidumbres legales.

En cuanto al Código civil italiano de 1865, la mayoría afirma que ni de la lectura de sus preceptos ni mediante el recurso a los principios generales puede extraerse la existencia de una norma que sancionara los actos emulativos. Así lo afirman ALLARA, M., «Atti emulativi» («Diritto civile»), en *Enc. Dir.*, t. IV, Giuffrè, Milán, 1959, p. 33, y SCIALOJA, «Degli atti d'emulazione...», cit., pp. 247-252. Para este segundo autor, si bien hay algunos preceptos legales que aluden a la prohibición de los actos emulativos, se trata de nor-

obstante, algunos autores defendieron la existencia de la doctrina en estos países <sup>18</sup>.

mas específicas que no pueden ser aplicadas de forma general, sino solamente en las concretas hipótesis para las que fueron dictadas.

<sup>18</sup> En Francia, destacan TOULLIER y LAURENT, entre otros. TOULLIER, M., *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, vol. III, París, 1830, pp. 56 y 206 y ss., concebía la propiedad como un derecho de carácter absoluto, formado «por todos los actos que le son permitidos al propietario, o más bien por todos los que no le son prohibidos; porque todo lo que no le está vedado por una ley formal, le está permitido». No obstante ello, entendía que todo uso de la propiedad que pudiera causar un daño real a otro estaba prohibido, con carácter general, en el ordenamiento jurídico francés. Insistía el citado autor en que debía tratarse de un daño verdadero (*dommage réel*); las simples incomodidades causadas al vecino no eran motivo suficiente para limitar la libertad de actuación del propietario, salvo que –y esto es lo importante– dichas molestias hubieran sido provocadas con ánimo de dañar a otro, sin utilidad propia. Este autor defendía la presunción de corrección en el titular del derecho, de modo que corresponde a la víctima la demostración del *animus nocendi* como único fin de la actuación de aquél. El elemento subjetivo es esencial en esta teoría, hasta el punto que es rechazable cualquier acto con intención de dañar, aunque los efectos nocivos sean mínimos. LAURENT, F., *Principes de Droit civil français*, t. VI, Bruselas-París, 3.ª ed., 1878, p. 188, por su parte, entendía que un propietario que ejerce su derecho no responde de todo perjuicio que cause a su vecino, sino sólo cuando haya lesionado su derecho; pero esta regla tiene una excepción, basada en el principio romano *malitiis hominum non est indulgendum*: si el propietario que causa el perjuicio ha usado su derecho con el único fin de dañar al vecino, responde del perjuicio, aunque no haya habido lesión del derecho.

En cuanto a Italia, SCIALOJA, «Degli atti d'emulazione...», cit., p. 245, apunta que antes de la promulgación del Código, ROMAGNOSI defendió la aplicación de la doctrina de los actos de emulación en materia de aguas; después, la admitieron RICCI, MATTEI, CATTANEO, TRAINA, LOZZI, CIMBALI y GIANZANA, entre otros. Según estos autores, eran cinco los requisitos necesarios para que un acto pudiera calificarse como emulativo: a) Que fuera un acto de ejercicio del propio derecho; b) Que quien lo realizase no obtuviera ventaja o utilidad alguna; c) Que el agente tuviera la intención de causar un daño a otro; d) Que se produjera efectivamente un daño a otro; e) Que ese daño se tradujera en la lesión de un interés, y no de un derecho ajeno (V., por todos, PACCHIONI, J., *Corso di Diritto romano*, t. II, Turín, 1920, p. 320 y STELLA MARANCA, F., «In tema di divieto dell' "aemulatio"», en *Studi in memoria di Aldo Albertoni*, vol. II, Padua, 1937, p. 449).

Scialoja piensa que el único argumento defendible de los partidarios de la doctrina de los actos de emulación se encuentra en algunas disposiciones relativas al régimen de las aguas. Reconoce que, en esta materia, los actos de emulación estaban prohibidos efectivamente; ahora bien, considera que no en su cualidad de tales, sino en virtud de un especial principio que rige la regulación de las aguas, cual es el de que sólo se pueden utilizar para usos ventajosos. De donde se deriva, a su juicio, que quien no las use útilmente, lo haga con o sin ánimo de dañar a los demás, debe cederlas a quien quiera obtener un provecho (en el mismo sentido, SORGE-VADALÀ, G., *I rapporti di vicinato*, Fratelli Bocca Editori, Turín, 1909, pp. 139 y ss.). Más adelante (en la p. 257 del citado trabajo) añade que si es verdad que el Derecho señala los límites de la libertad de cada individuo, a fin de que cada uno pueda, por sí y junto con los otros, conseguir el propio fin individual y el fin social, actuando a su arbitrio dentro de aquellos límites; y que si tales límites vienen fijados por la necesidad de las relaciones sociales, entonces es obligado concluir que quien actúa sin salirse de la propia esfera jurídica, tiene derecho a que no se le pidan cuentas de sus acciones y a adecuar o no su actuación a los preceptos morales.

BONFANTE, P., *Las relaciones de vecindad* (trad. esp. y concordancias por GARCÍA VALDECASAS, A.), Reus, Madrid, 1932, p. 26, afirmó que la doctrina de los actos de emulación «tiene el defecto de insinuar elementos éticos y psicológicos en un campo como el de las relaciones de vecindad en el que, con toda seguridad puede decirse, el Derecho romano –no obstante las peligrosas referencias a vagas motivaciones clásicas o a las reglas interpoladas por Justiniano en la materia especial de las aguas– no los admitía». Con todo, le reconocía una inspiración lógica bastante seria, que explicaba su persistencia

En Alemania, algunos pandectistas siguieron la teoría y, además, ampliaron su contenido, ya que la consideraban una limitación del ejercicio de todo derecho subjetivo, y no sólo del de propiedad, cuando se actuase con la única finalidad de dañar o molestar al vecino<sup>19</sup>.

Hay quien entiende que, por influencia de Windscheid, la prohibición de los actos de emulación se recogió en el parágrafo 226 BGB, bajo el aspecto del abuso del derecho<sup>20</sup>. Otros, en cambio, estiman que el citado precepto consagra, ciertamente, la doctrina del abuso del derecho; pero como límite genérico y no específico del derecho de propiedad, por lo que no puede considerarse que la norma pretendiese recoger la prohibición de los actos de emulación<sup>21</sup>. A mi modo de ver, el veto de los actos emulativos es una aplicación de la condena más general del abuso del derecho, en su vertiente subjetiva, al ámbito específico de los derechos reales. Por consiguiente, si bien es verdad que el § 226 BGB no pretendía consagrar expresamente la teoría de los actos de emulación, puede decirse que implícitamente la recoge al sancionar el abuso del derecho. Y lo mismo cabe pensar respecto del artículo 2 del Código civil suizo, a tenor del cual todos deben actuar de acuerdo con la buena fe, tanto en el ejercicio de los derechos como en el cumplimiento de las obligaciones, y el abuso manifiesto del propio derecho no está protegido por la ley.

Donde sí se acogió, y de forma expresa, la prohibición de los actos de emulación, fue en el CC italiano de 1942. En virtud del artículo 833 de este texto legal, el propietario «no puede hacer actos que no tengan otro fin que dañar o producir molestias a otro»<sup>22</sup>. Este precepto, ubicado en sede de propiedad<sup>23</sup>, se considera no obstante

---

en el tiempo a pesar de sus detractores. «Cuando, en ausencia de textos expresos –apunta BONFANTE–, se trata de fijar un principio regulador supremo, el recurrir a los principios éticos puede justificarse como recurso a los fines supremos del derecho; y eso sin contar con el carácter positivo e imperativo que, por influjo del cristianismo y del poder de la Iglesia, asumían en el mundo medieval los preceptos en que se basaba la prohibición de los actos emulativos».

<sup>19</sup> Puede verse esta concepción en WINDSCHEID, B., *Diritto delle pandette* (trad. it. por FADDA, C./BENSA, P. E.), vol. I, Parte 2, Utet, Turín, 1902, p. 121, nota 6; ARNDTS, L., *Trattato delle Pandette*, Bolonia, 1877, p. 177; y DERNBURG, H., *Pandette*, vol. I, parte I (trad. it. por CICALA, F. B.), Turín, 1906, p. 106.

<sup>20</sup> MARTÍN BERNAL, J. M., *El abuso del derecho (Exposición, descripción y valoración del mismo)*, Montecorvo, Madrid, 1982, p. 84. Aunque, según señala este autor, en este precepto la prohibición presenta un alcance menor que en la doctrina medieval, en la medida en que no es suficiente la intención de dañar, sino que exige que la intención dolosa sea la única motivación del acto.

<sup>21</sup> ALGARRA PRATS, *La defensa jurídico-civil...*, cit., p. 341, nota 58.

<sup>22</sup> «*Il proprietario non può fare atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri.*»

<sup>23</sup> Concretamente, entre las normas del CC italiano que establecen los límites a este derecho. RUBINO, D., «Modernas tendencias sobre los límites del Derecho de propiedad en

de interpretación extensiva, de modo que se defiende su aplicación a cualquier derecho real<sup>24</sup>. En otro sentido, sufre una restricción, pues aunque en principio se puede aplicar tanto a la propiedad mueble como a la inmueble, en cuanto que contenido en las disposiciones generales de la propiedad, en la práctica opera únicamente en el ámbito de la segunda<sup>25</sup>.

De la redacción del artículo 833 parece desprenderse que los requisitos para calificar un acto como emulativo son dos: uno objetivo y otro subjetivo. El elemento objetivo se concreta en un «acto», expresión en la que la doctrina apoya la convicción de que es precisa una conducta activa del titular del derecho real, sin que baste la simple omisión<sup>26</sup>. El elemento subjetivo consiste en el *animus aemulandi* o *nocendi*; esto es, en el fin de causar daño o molestia a otros. La referencia del legislador a «molestia» ha sido interpretada en el sentido de que no es necesaria la producción de un daño como

---

Italia», *RDP*, 1948, p. 193, distingue dos grupos dentro de estas normas: el primero, constituido por los artículos 833-839, en el que se contienen disposiciones de carácter general; el segundo, formado por los artículos 840-872, que alberga previsiones específicas para formas especiales de propiedad.

ALLARA, «Atti emulativi» («Diritto civile»), cit., p. 34, por contra, opina que el artículo 833 no contiene un límite al derecho de propiedad. Afirma que con la concepción tradicional de este derecho como complejo de poderes de una persona respecto de una cosa, aparece la figura del límite cuando una norma niega alguno de estos poderes al propietario; dado que el artículo 833 niega al propietario el poder de realizar actos de emulación, según esta concepción constituye un límite a la propiedad. Pero con una concepción conforme con las exigencias de la técnica jurídica y de la lógica, para la que el derecho real sea un complejo de deberes negativos de los terceros respecto del titular del derecho, habrá límite del derecho de propiedad cuando exista una norma que disponga que determinadas injerencias en relación con la cosa no constituyen violación del derecho de propiedad; los artículos 840 y 844 CC, en la medida en que establecen que la actividad del tercero o la inmisión que no supere la normal tolerancia no son violaciones al derecho de propiedad, serán límites conforme a esta concepción; el artículo 833, sin embargo, no, puesto que sanciona una obligación del propietario que se añade al derecho de propiedad.

<sup>24</sup> ALLARA, «Atti emulativi» («Diritto civile»), cit., p. 37. Esta interpretación extensiva no puede, sin embargo, ir más allá del ámbito de los derechos reales; de modo que no se extiende la prohibición de los actos de emulación a las relaciones obligatorias, ni a las nacidas en virtud de las obras del ingenio o de invenciones industriales. Sí, en cambio, a la posesión como hecho, ya que sería absurdo —observa el citado autor— que una prohibición respecto de quien es titular de un derecho desaparezca en relación con quien no tiene tal titularidad, sino que es el sujeto de una simple situación de hecho. En el mismo sentido, RUFFOLO, U., «Atti emulativi, abuso del diritto e “interesse” nel diritto», *Riv. dir. civ.*, 1973/2, p. 37; CIAN, G./TRABUCCHI, A., «Comentario al artículo 833 CC italiano», en *Commentario breve al Codice civile*, 4.ª ed., Cedam, Padua, 1992, pp. 630 y ss.

SALVI, *Il contenuto...*, cit., p. 136, dentro de esta corriente de interpretación extensiva del ámbito de aplicación del artículo 833 CC italiano, estima que la norma se aplica, además de a los derechos reales, a los derechos personales de goce. Y RUBINO, «Modernas tendencias...», cit., p. 194, por su parte, defiende un ámbito de aplicación todavía más amplio; a su modo de ver, la prohibición de los actos de emulación puede referirse a cualquier derecho subjetivo, siempre que concurren los extremos requeridos por el artículo 833 CC italiano.

<sup>25</sup> ALLARA, «Atti emulativi» («Diritto civile»), cit., p. 36.

<sup>26</sup> MESSINEO, F., *Manual de Derecho civil y comercial* (trad. esp. por SENTIS MELENDO, S.), t. III, EJEA, Buenos Aires, 1971, p. 267; ALGARRA PRATS, *La defensa jurídico-civil...*, cit., p. 341.



efecto del acto<sup>27</sup>; por otra parte, se defiende que el ánimo de dañar o molestar ha de ser la única finalidad del autor del acto emulativo, en la medida en que el artículo 833 habla de actos «que no tengan otro fin» que el señalado<sup>28</sup>. La intención exclusiva de dañar no se presume y corresponde al perjudicado demostrar que con el comportamiento en cuestión el propietario no sólo no obtiene ninguna utilidad, sino que ni siquiera trataba de obtenerla<sup>29</sup>.

En la literatura jurídica italiana más reciente, se encuentra un intento de objetivizar el artículo 833 CC. En esta línea, se sostiene que el fin al que alude el citado precepto no es el del autor del acto, sino el del acto en sí; es decir, lo que caracteriza un acto como emulativo no es el *animus nocendi* de su autor, sino la falta de un interés objetivo en su realización<sup>30</sup>.

Comprobada la emulatividad del acto, el propietario tiene la obligación de restablecer la situación preexistente y de resarcir el daño causado<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> MESSINEO, *Manual...*, cit., p. 267; ALLARA, «Atti emulativi» («Diritto civile»), cit., p. 37. En contra, TRIMARCHI, P., *Istituzioni di Diritto privato*, 11.ª ed., Giuffrè, Milán, 1996, p. 552, que afirma que la ley cualifica el acto de emulación con base en la finalidad, pero el elemento esencial viene constituido por las características objetivas del acto: daño para tercero y absoluta falta de utilidad para el propietario.

<sup>28</sup> Así, si el acto se realiza para satisfacer una necesidad del propietario, aunque se ocasione un perjuicio material a otro (y siempre que no se trate también de violación de un derecho de ese otro sujeto, porque en este caso el acto sería siempre ilícito con base en el art. 2043), no será acto de emulación, aun cuando el propietario, al realizarlo, hubiera previsto que se derivaría aquel perjuicio para el tercero; tampoco lo será en el caso de que el propietario hubiera querido ocasionar el perjuicio, pero sin que éste hubiera sido su único fin, sino que contemporáneamente hubiera tenido la intención de satisfacer un interés propio. En este sentido, MESSINEO, *Manual...*, cit., p. 267; RUBINO, «Modernas tendencias...», cit., p. 193; RESCIGNO, P., *Manuale del Diritto privato italiano*, Nápoles, 1985, p. 503; CIAN/TRABUCCHI, «Comentario al artículo 833 CC italiano», cit., p. 630; GAZZONI, F., *Manuale di Diritto Privato*, 4.ª ed. actualizada, ESI, Nápoles, 1993, p. 209; TORTOLINI, L., «Aspetti fondamentali sulle limitazioni al diritto di proprietà nell'interesse privato», *Riv. dir. agr.*, 1958, II, p. 270.

Se ha puesto de relieve que esta exigencia de que el acto tenga como único fin el de dañar o molestar da lugar a que la aplicación práctica del artículo 833 CC italiano sea muy escasa (ROTONDI, M., *Instituciones de Derecho privado* (trad. esp., prólogo y concordancias al Derecho español por FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, F.), Labor, Madrid, 1953, p. 240; GALGANO, F., *Diritto civile e commerciale*, vol. I (Le categorie generali. Le persone. La proprietà), Padua, 1990, p. 325).

<sup>29</sup> MESSINEO, *Manual...*, cit., p. 267; RUBINO, «Modernas tendencias...», cit., p. 193; CIAN/TRABUCCHI, «Comentario al artículo 833 CC italiano», cit., p. 630; GAZZONI, *Manuale...*, cit., p. 209. Cosa distinta opina SCALFI, G., *Manuale di Diritto Privato*, t. II, 2.ª ed., Utet, Milán, 1991, p. 31, que defiende que la responsabilidad por acto emulativo es objetiva, en el sentido que al propietario no se le permite probar que no ha tenido ánimo de dañar, a fin de quedar libre de responsabilidad.

<sup>30</sup> SALVI, C., *Il contenuto del diritto di proprietà* (arts. 382-383), en *Il Codice Civile. Commentario* (dir. por SCHLESINGER, P.), Giuffrè, Milán, 1994, pp. 131 y ss.

<sup>31</sup> GAZZONI, *Manuale...*, cit., p. 209; ALLARA, «Atti emulativi» («Diritto civile»), cit., p. 35; SALVI, *Il contenuto...*, cit., p. 137; RUBINO, «Modernas tendencias...», cit., p. 194. Este autor apunta que el remedio más frecuente en la práctica será el resarcimiento del

En cuanto al fundamento de la prohibición de los actos emulativos, algún autor considera que es la función social de la propiedad<sup>32</sup>; otros estiman que el artículo 833 es un reflejo del principio general de comportarse conforme a la buena fe<sup>33</sup>; hay, en fin, quien cree que la norma no procede del intento de adecuar el ejercicio de la propiedad a una función de interés estatal, sino que surge como protección de otros intereses privados<sup>34</sup>.

### 3. LA INSUFICIENCIA DE LA TEORÍA DE LOS ACTOS DE EMULACIÓN PARA RESOLVER LOS PROBLEMAS DE INMISIONES

Se ha señalado ya que la teoría de los actos de emulación fue progresivamente abandonada porque resultó cada vez más insuficiente para hacer frente a los problemas de inmisiones. El hecho de que el legislador italiano haya recuperado esta figura en el Código civil de 1942 no significa que haya pretendido erigirla en criterio de solución de los conflictos derivados de las inmisiones, pues para ello ha previsto una regulación específica en el artículo 844 del mismo texto legal. Consiguientemente, el artículo 833 CC italiano no resulta de aplicación en el ámbito de las inmisiones, así como tampoco en aquellas materias vecinales con expresa previsión legal en el Código civil<sup>35</sup>.

Recientemente se ha señalado que entre la norma reguladora de las inmisiones y la de los actos de emulación hay una *ratio* totalmente diversa, en la medida en que el acto emulativo se prohíbe porque, realizado con la intención maliciosa de quien ejercita un

---

daño. Desde el punto de vista teórico, sin embargo, este remedio constituye una *extrema ratio* de la que se hace uso cuando no es posible recurrir a otro medio; cuando la naturaleza del daño y del acto lo consienten, es preferible, en su opinión, elegir la reparación pura y simple, a expensas, naturalmente, de quien ha efectuado el daño.

<sup>32</sup> ALLARA, «Atti emulativi» («Diritto civile»), cit., p. 34.

<sup>33</sup> NATOLI, U., «Note preliminari ad una teoria dell'abuso di diritto nell'ordenamento giuridico italiano», *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 18.

<sup>34</sup> RUBINO, «Modernas tendencias...», cit., p. 194.

<sup>35</sup> De ahí que mi atención a este precepto haya sido breve. Para un estudio más detallado del artículo 833 CC italiano y, en general, de la doctrina de los actos de emulación, pueden verse, además de las obras aquí citadas, ASTUTI, G., «Atti emulativi» («Diritto intermedio»), cit., pp. 29 y ss.; CARROZZA, A., «Gli atti emulativi nei fondi rustici», *Riv. dir. agr.*, 1954, I, pp. 371 y ss.; CHERUBINI, M. C., «Sull'attualità dell'interesse del proprietario ai fini dell'art. 833 Codice civile», *Foro it.*, 1978, I, pp. 740 y ss.; GAMBARO, A., «Emulazione», en *Digesto Disc. Priv.*, Sez. civ., t. I, 4.ª ed., Utet, Turín, 1991, pp. 439 y ss.; GIORDANO, A., «Gli elementi degli atti di emulazione», *Giur. compl. cass. civ.*, 1949, 2.º quadr., pp. 73 y ss.; IANNELLI, A., *La proprietà costituzionale*, Pubblicazioni della Scuola di perfezionamento in diritto civile dell'Università di Camerino (a cura di PROTO PISANI, P.), 1980, pp. 292 y ss.; LEVI, G., *L'abuso del diritto*, Giuffrè, Milán, 1993; MAZZONI, C. M., «Atti emulativi, utilità sociale e abuso del diritto», *Riv. dir. civ.*, 1969/2, pp. 601 y ss.; NATOLI, U., *La proprietà. Appunti delle lezioni*, Giuffrè, Milán, 1965, pp. 101 y ss.; SCIALOJA, A., «Il "non uso" è "abuso" del diritto soggettivo», *Foro it.*, 1961, I, pp. 256 y ss.

derecho sin pretender ninguna utilidad para sí, con el único fin de dañar a los demás, lleva consigo una fuerte connotación de desvalor y por eso no puede ser tolerado; el acto de inmisión, diversamente, partiendo de que es útil a su autor, necesita una regulación más compleja que tenga en cuenta los intereses contrapuestos de quien obtiene una ventaja con la injerencia y quien sufre un daño con ella. Para esta opinión, el *animus* de quien provoca las inmisiones en el fundo del vecino no es irrelevante, pero debe excluirse que sea el de causar sólo un daño al vecino, porque, verificándose esta hipótesis, sea o no la inmisión intolerable, habría en cualquier caso una prohibición en virtud del artículo 833, simplemente porque se trataría de un acto de emulación. La disciplina del artículo 844, por contra, se refiere solamente a aquellos actos de inmisión realizados para conseguir un interés por el inmitente y que, por tanto, sean susceptibles de aportar una ventaja de naturaleza esencialmente patrimonial<sup>36</sup>. Otros, en cambio, piensan que el *animus nocendi* no sirve para diferenciar ambas figuras y que, en realidad, cuando se produzca una inmisión, sea mediante acto emulativo, sea como consecuencia de éste, el supuesto se subsumirá en el artículo 844, que deroga, en cuanto norma especial, al 833, que es norma genérica<sup>37</sup>.

En el CC español, no hay ninguna norma que sancione la prohibición de los actos de emulación, aunque la opinión generalizada es que son ilícitos<sup>38</sup>.

En cuanto a su virtualidad como criterio de solución de las inmisiones en nuestro país, parece claro que esta teoría no es satisfactoria, porque la exigencia del ánimo de dañar impide su aplicación en buena parte de las hipótesis. Además, como ya se ha dicho, la prueba de la intención maliciosa suele ser muy difícil. Por otra parte, sería absurdo prohibir una inmisión prácticamente inocua por su

<sup>36</sup> TRAISCI, F. P., *Le immissioni fra tutela proprietaria e tutela della persona. Modelli a confronto*, ESI, Nápoles, 1996, pp. 25 y ss. NAVARRO MENDIZÁBAL, I. A., *Las inmisiones y molestias medioambientales*, Dykinson, Madrid, 1997, p. 70, nota 89, de forma similar, señala el ánimo de dañar como elemento distintivo entre las inmisiones y los actos de emulación, y afirma que «una inmisión con el objetivo de dañar sera considerada como emulación y entrará dentro del supuesto de hecho del artículo 833 por la cualificación subjetiva».

<sup>37</sup> ALGARRA PRATS, *La defensa jurídico-civil...*, cit., p. 343.

<sup>38</sup> Algunos autores, como VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho civil español*, t. II, Valladolid, 1925, p. 80, piensan que su condena puede resultar del artículo 1902 CC; los más, consideran que su veto es una limitación del derecho de propiedad que resulta de su propia naturaleza (CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, t. II, vol. 1, 12.ª ed., puesta al día por GARCÍA CANTERO, G., Reus, Madrid, 1987, p. 229; PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho civil español*, t. II, Nauta, Barcelona, 1966, p. 130; ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho civil español*, vol. II, 7.ª ed., Edersa, Madrid, 1985, p. 116; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio de Derecho civil*, t. III, 2.ª ed., revisada y puesta al día, Edersa, Madrid, 1988, p. 93; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L./GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil*, vol. III, Tecnos, Madrid, 1993, p. 166; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil*, t. III, vol. 1, 4.ª ed., Bosch, Barcelona, 1994, p. 258).

carácter emulativo, mientras que otra realmente nociva se permitiría por la ausencia del *animus aemulandi*<sup>39</sup>.

Con todo, la Ley 13/1990, de 9 de julio, del Parlamento catalán, de acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad, parece recoger, al menos implícitamente, la prohibición de los actos de emulación en materia de inmisiones<sup>40</sup>. En efecto, su artículo 3.1 dispone que «[e]l propietario del inmueble afectado por una inmisión dolosa o culposa tendrá acción negatoria para hacerla cesar y derecho a recibir la indemnización correspondiente por los daños causados».

Este precepto establece una excepción a las reglas generales de solución previstas en los apartados 2, 3 y 4 del mismo artículo: Todo propietario deberá tolerar las inmisiones que provengan de una finca vecina, si son inocuas o si causan perjuicios no sustanciales. En cuanto a las que causen daños sustanciales, deberá igualmente tolerarlas si son consecuencia del uso normal del predio vecino, según la costumbre local, y si la cesación comporta un gasto económicamente desproporcionado. En tal caso, el propietario afectado tendrá derecho a la indemnización por los daños producidos en el pasado y a una compensación económica, fijada de común acuerdo o judicialmente, por los que se produzcan en el futuro, si las inmisiones afectan exageradamente al producto del predio o a su uso normal, según la costumbre local.

Resulta, pues, de acuerdo con el criterio general, que el sujeto afectado por las inmisiones procedentes de la finca vecina no puede conseguir su cesación más que si causan perjuicios sustanciales, proceden de un uso anormal del predio vecino y la cesación no supone un gasto desproporcionado. Todas estas condiciones desaparecen, en cambio, si las inmisiones son dolosas o culposas (o sea, si pueden calificarse como actos de emulación); entonces, el propietario del inmueble perjudicado tendrá acción negatoria para hacerlas cesar y derecho a recibir la indemnización correspondiente.

---

<sup>39</sup> CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español...*, cit., t. II, vol. 1, p. 247; ALGARRA PRATS, *La defensa jurídico-civil...*, cit., pp. 338-339; NAVARRO MENDIZÁBAL, *Las inmisiones...*, cit., p. 243. «¡Menudo consuelo –exclama este autor– para el agraviado saber que el vecino no le molesta por tenerle un odio visceral o que se trata de un excéntrico!».

<sup>40</sup> GARRIDO MELERO, M., «Reflexiones sobre las relaciones de vecindad en Cataluña», *RCDI*, 1992, p. 158; NAVARRO MENDIZÁBAL, *Las inmisiones...*, cit., p. 64.

### III. LA DOCTRINA DEL ABUSO DEL DERECHO

#### 1. EL ORIGEN JURISPRUDENCIAL DE LA PROHIBICIÓN DEL ABUSO DEL DERECHO Y LA FORMACIÓN DE LAS CONCEPCIONES SUBJETIVA Y OBJETIVA

Aunque nació en el ámbito de las relaciones de vecindad, pronto la prohibición del abuso del derecho se convirtió en una limitación general al ejercicio de cualquier derecho subjetivo. Sería absurdo tratar de desarrollar aquí toda la problemática que envuelve, sobre la que tanto se ha escrito. Basta con recordar algunos aspectos. En primer lugar, se dice que el nacimiento de esta teoría, cuyos antecedentes se hallan, según la mayoría de la doctrina, en la de los actos de emulación<sup>41</sup>, obedece a la necesidad de adecuar las normas jurídicas al sentir social o a la moral<sup>42</sup>. En efecto, fruto de

<sup>41</sup> En este sentido, señala HERNÁNDEZ GIL, *Obras completas, cit.*, t. 4, p. 116, que los actos de emulación presentan un subjetivismo que habrá de comunicarse a la doctrina del abuso, aunque ésta ha conseguido grados superiores de generalización y objetividad. En contra, NAVARRO MENDIZÁBAL, *Las inmisiones...*, *cit.*, p. 73, observa que «[e]s dudoso afirmar que los actos de emulación son el germen de la doctrina del abuso del derecho, así como presentar a ésta como una mera continuación de aquélla. El abuso tiene, además de la emulación, otras vetas originarias que incluso coexistían con ella». Lo que pasa es que, «dada la construcción del abuso en nuestro Derecho y la no codificación de los actos de emulación, aquél es la forma de defensa contra éstos».

Generalmente se entiende que en Derecho Romano clásico no puede encontrarse una doctrina del abuso del derecho. En Roma, el término *abusus* no tiene el significado que después se le dió: es el uso radical, extremado y absorbente (el paradigma es el acto de consunción de una *res consummibilis*). Los juristas romanos proclamaban la «absoluta inmunidad» para el sujeto de derecho en el ejercicio de sus derechos; no se atendía a la intención, sino al acto en su exterior, y se contemplaba sólo bajo el aspecto de su estricta sujeción a la norma establecida, de forma que quien usaba de su derecho, legalmente, no era responsable aunque hubiera causado un daño («*nullus videtur dolo facere qui iure suo utitur*» y «*qui iure suo utitur noeminem loedit*»). No puede negarse –se dice– que existirían limitaciones contra ese absolutismo del derecho subjetivo (V. en este sentido, CALVO SOTELO, J., *La doctrina del abuso del derecho*, Madrid, 1917, pp. 47 y ss. Este autor hace notar que si es cierto que eran principios de aquella legislación los de que «se puede usar el propio derecho aunque con él se perjudique a tercero» y que «el propietario puede disponer de la cosa como le plazca, aunque perjudique a tercero», no lo es menos que también era un principio consagrado el de que «es ilícito ejercer el derecho sólo para perjudicar a tercero»; por otra parte, la idea del abuso del derecho aparece en supuestos concretos, como el de humos nocivos o el del artesano que maltratare excesivamente a su alumno, así como en las querellas «de inofficiosum testamentum», «de iudicium calumniae», por donación inoficiosa, que pretendían impedir que se abusase de los derechos). En las fuentes justinianeas, aparecen algunos casos en que se prohíben actos semejantes al abuso del derecho, mas tampoco con carácter general, sino como *ius singulae*.

<sup>42</sup> CALVO SOTELO, *La doctrina...*, *cit.*, p. 21, afirma que la teoría del abuso del derecho es una de las infinitas reacciones que tuvieron lugar a fines del siglo XIX contra el influjo pulverizador del liberalismo individualista. LUQUE, J. E., «El “abuso del derecho” como pulverizador de la certidumbre de la norma jurídica», *RJ Cat.*, 1958, p. 442, se expresa de forma más dura: «En esencia, pues, todo el trasfondo social y humano del “abuso del derecho” radicó en la soberbia con que la burguesía capitalista del siglo XXI sacó de quicio las garantías jurídicas de la libertad proclamada en las constituciones de la época». FAIRÉN

la Revolución francesa fue la concepción del derecho subjetivo como esfera de poder soberana e inviolable, concedida al individuo para la satisfacción de sus intereses personales; en esta filosofía, la Ley fijaba los límites externos de las esferas jurídicas de los ciudadanos, dentro de las cuales éstos eran soberanos, de modo que el sujeto que, en el ejercicio de su derecho, causaba un daño a tercero, no era responsable si no traspasaba ese límite externo. Este radicalismo hizo surgir una corriente de socialización del Derecho, que progresivamente exige de cada sujeto una dosis mayor de cooperación social, lo que se refleja en la concepción de los derechos subjetivos, a los que se atribuye una «función social»<sup>43</sup>.

MARTÍNEZ, «El abuso del derecho...», cit., p. 288, en la misma línea, apunta como motivo del nacimiento de la doctrina del abuso del derecho una diacronía entre las normas jurídicas y las sociales: el Derecho se nutre de la sociedad y vive de la conciencia social de cada instante; es decir, trata de regular lo que la sociedad de un momento y un lugar determinados demanda; pero como «el derecho es tardío y sus manifestaciones formales no suelen ser muy ágiles», puede suceder que la norma haya completado su proceso de condensación social, mas no tenga aún un formal reconocimiento jurídico; ello da lugar a que determinados actos permitidos por la ley sean sin embargo reprobados por la conciencia social. En estos casos, el Derecho recurre a numerosas ideas generales que pretenden salvar algo de estas posibles situaciones de injusticia, entre las que hay que ubicar el abuso del derecho. Esto explica —destaca este autor en las pp. 269 y ss. del citado trabajo— que en Derecho romano clásico no se conociera una doctrina del abuso del derecho, pues lo normativo y lo que tenía vigencia social se confundían en un conjunto unitario: *mores maiorum*; así, cuando cambiaba algún elemento de la convicción jurídica romana, cambiaban coherentemente las convicciones sociales, morales y religiosas, y viceversa. La creciente complejidad social exigió, sin embargo, la redacción de unas leyes escritas, invariables y permanentes (las Doce Tablas), para conseguir una mejor defensa de la seguridad, mientras que la vida seguía siendo cambiante; he aquí la posibilidad de disconformidad de normaciones, que, a medida que pasa el tiempo, se hace más amplia.

Junto a estas explicaciones, que ligan el motivo del nacimiento de la idea del abuso del derecho a determinadas circunstancias históricas, se ha propuesto otra, de talante más técnico. No es necesario acudir al Derecho natural o a la equidad —afirma PARDO LÓPEZ, J. L., «El uso, abuso y no uso de los derechos subjetivos», *RDP*, 1964, pp. 4 y 9— para explicar la ineficacia del acto abusivo. Partiendo de una concepción de derecho subjetivo que aúna las dos teorías tradicionales de WINDSCHEID (para quien el derecho subjetivo es un poder de la voluntad o señorío del querer concedido a las personas por el ordenamiento jurídico) y de IHERING (que lo describe como un interés jurídicamente protegido), este autor lo define como «interés protegido por el ordenamiento jurídico mediante el reconocimiento de la potestad humana de querer; un poder de la voluntad para la realización de un interés». El interés sería el fin y el poder, el medio. Con base en esto, defiende que hay abuso del derecho cuando el poder otorgado al sujeto por el ordenamiento jurídico se ejercita para un fin distinto del interés que le es propio; cuando tal ocurre, ese poder desaparece para el Derecho, por falta de causa justificante.

<sup>43</sup> Los derechos subjetivos —destaca ARIAS BUSTAMANTE, L. R., «El abuso del Derecho en la Historia y en la Legislación comparada» *RCDI*, 1955, p. 139— no pueden quedar reducidos a meras nociones abstractas, sino que deben adquirir vigencia en medio del ambiente social para el que existen; en otras palabras, no pueden ejercitarse arbitrariamente, sino obedecer a una finalidad. Este autor explica, siguiendo a MARKOVITCH, que la relatividad de los derechos se afianza cada vez más, en el sentido de que el individuo tiene derechos, no sólo como ser humano, sino más bien como miembro de un grupo social; de ahí se deriva que «el titular podrá ser llamado a rendir cuenta de cómo y para qué fin ha ejercido su derecho, al menos en el caso de que tal ejercicio haya causado un daño a otro». MARTÍN-BALLESTERO HERNÁNDEZ, L., *La acción negatoria*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 24,

El CC francés de 1804, fruto de la ideología revolucionaria, no prohibió el abuso del derecho, como tampoco lo hicieron el CC italiano de 1865 y el español de 1889, tan influidos por aquél. Pero en los tres países, la figura tuvo su aplicación a través de la jurisprudencia y la doctrina. Fueron los tribunales franceses los que configuraron inicialmente la teoría; la sentencia decisiva fue la de la Corte de Colmar de 2 de mayo de 1855<sup>44</sup>, que resolvió el famoso caso del propietario de una casa que había construido una chimenea de altura considerable, que no le reportaba ningún beneficio, con el único propósito de ensombrecer la finca vecina. La Corte estableció que *«si en principio el derecho de propiedad es un derecho absoluto que autoriza a su propietario a usar y abusar de la cosa, el ejercicio de este derecho, como el de todos los demás, debe tener como límite la satisfacción de un interés serio y legítimo»*, por lo que debe condenarse la actividad que *«no se justifica por ninguna utilidad personal y causa un grave perjuicio a los demás»*<sup>45</sup>. Muchas sentencias posteriores aplicaron este principio de condena del abuso del derecho<sup>46</sup>, que se generalizó, hasta compartir protagonismo, en la resolución de los problemas de vecindad, con la teoría de los inconvenientes anormales.

---

en la misma línea, destaca que la finalidad del abuso del derecho —que para este autor es mucho más que una teoría, aunque así se denomine usualmente— «fue desde el principio la de crear la posibilidad de una intervención del ordenamiento jurídico sobre los actos de ejercicio del derecho considerados hasta entonces como prerrogativa absolutamente libre del hombre-propietario. Con el tiempo esta llamada teoría se moverá en el cuadro más extenso y complejo, y desde luego más moderno, de control sumario dirigido a la limitación de la libertad individual y al complejo programa de tutelar los intereses colectivos o sociales intentando el difícil encaje o conciliación del viejo espíritu individualista y los deberes sociales que debe asumir todo individuo, y todo ello condicionando el ejercicio de los derechos subjetivos, adecuándolos además a las normas constitucionales que hoy recogen con clara unanimidad la prioridad indiscutible del bien común».

<sup>44</sup> D., 56, 2, 9.

<sup>45</sup> La sentencia declaraba, literalmente: *«Considérant que s'il est de principe que le droit de propriété est un droit en quelque sorte absolu (...) cependant l'exercice de ce droit, doit avoir pour limite la satisfaction d'un intérêt sérieux et légitime; que les principes de la morale et de l'équité s'opposent à ce que la justice sanctionne une action inspirée par la malveillance accomplie sous l'empire d'une mauvaise passion ne se justifiant par aucune utilité personnelle et portant un grave préjudice à autrui»*.

<sup>46</sup> Entre las más famosas, están la de la Corte de Amiens de 5 de febrero de 1912 (D., 1913, 2, p. 177) sobre el alboroto promovido para espantar la caza de la heredad vecina; la de la Casación, de 12 de noviembre de 1913 (D., 1913, 2, p. 177) (caso Clement-Bayard), en la que se condenó a un propietario que, deseoso de comprar la finca de su vecino (destinada al despegue y aterrizaje de dirigibles) y ante la negativa a vender de éste, colocó postes de madera con hierros punzantes en la linde de las fincas; la de Req., de 16 de junio de 1913 (D. P., 1914, 5, 23), en la que un propietario, invocando sus derechos sobre el subsuelo, realizó unas excavaciones con la única finalidad de secar una fuente útil a su vecino. Hoy, se sigue recurriendo a esta doctrina para solucionar casos similares; un ejemplo es T.I. Pau, de 30 de septiembre de 1986 (D., 1989, *Somm.* 32, obs. ROBERT), que juzgó un supuesto de plantación maliciosa de álamos con el objeto de impedir el aterrizaje de aviones en el aeródromo vecino.

Doctrinalmente, junto a una concepción subjetiva, según la cual el abuso del derecho es el ejercicio del derecho con intención de dañar o sin un fin serio y legítimo<sup>47</sup>, surgió otra que defendía, de acuerdo con un criterio objetivo, que el ejercicio del derecho es abusivo cuando es contrario a sus fines económicos o sociales<sup>48</sup>. También hubo quien defendió la conciliación de ambos criterios, el psicológico y el funcional. Así, Josserand, para quien todos los derechos subjetivos tienen una finalidad social, conforme a la cual han de ejercitarse<sup>49</sup>. Si el titular usa de su derecho para satisfacer este fin, y al hacerlo, causa un daño a otro, no incurre en responsabilidad (salvo cuando ocasione un riesgo excepcional); por el contrario, el uso del derecho con fines extraños a su interés legítimo, si causa un daño a otro, hace responsable al titular, pues el acto, lícito en sí mismo y si se le considera intrínsecamente, será ilícito por los móviles que lo han determinado y por la finalidad a la que tiende. El primero de estos móviles incorrectos e inadmisibles, que vician el acto del titular del derecho realizado bajo su imperio, es, en palabras de este autor, la intención de dañar, el espíritu de malicia<sup>50</sup>. Pero también el aparta-

<sup>47</sup> En esta línea, RIPERT, G., *La règle morale dans les obligations civiles*, París, 1925, pp. 166-167, entendía que para que haya abuso del derecho, es necesario que se cumpla un acto, en el ejercicio normal del derecho, con la intención de dañar a otro y sin obtener ninguna ventaja del mismo. Parece que, en la concepción de este autor, el ánimo malintencionado ha de ser la única finalidad del ejercicio abusivo, de modo que si el acto, además de por la intención de dañar, está guiado por el propósito de extraer algún provecho, no puede ser calificado como abusivo. Así se desprende de las siguientes palabras: «Cuando se trata de la validez de un acto jurídico, hemos admitido que un solo motivo ilícito vicia el acto. Aquí se trata del ejercicio de un derecho; ¿no hay que admitir, al contrario, que un solo motivo lícito basta para justificar este ejercicio?».

<sup>48</sup> SALEILLES, R., *Essai d'une théorie générale de l'obligation*, 2.ª ed., París, 1901, p. 371; CHARMONT, J., «L'abus du droit», *Rev. trim. dr. civ.*, 1902, pp. 123-124.

<sup>49</sup> JOSSERAND, L., *De l'abus de droit*, París, 1905, pp. 69-71, distinguía entre los derechos definidos por la ley y los que no han sido expresamente sancionados por la ley, pero que, en cualquier caso, entran en el genérico derecho de libertad. Nadie duda —hacia notar— que se puede abusar de la libertad; pues bien, admitir el abuso de la libertad obliga a admitir el abuso de los derechos, ya que la libertad es la raíz de los derechos, la materia prima sobre la que se basan todos los derechos. Los derechos subjetivos —añadía este autor años después, *El espíritu de los derechos y su relatividad* (trad. esp. por SÁNCHEZ LARIOS, E./CAJICA JR., J. M.), Cajica, Méjico, 1946, pp. 24 y ss.— han de responder siempre a los objetivos del Derecho positivo, puesto que son instrumentos para cumplirlo. Si bien existen algunos más egoístas que otros, todos ellos han de ser actuados de acuerdo con los fines previstos por el Derecho. El derecho de propiedad individual, encuadrable entre los más egoístas, persigue satisfacer los intereses privados del titular, o por lo menos su interés serio y legítimo.

<sup>50</sup> «La voluntad de causar un daño a otro —señalaba JOSSERAND, *El espíritu de los derechos...*, cit., p. 25— es antisocial y, en consecuencia, antijurídica por su propia esencia; no podría nunca armonizarse con tal finalidad la misión de cualquier derecho, aunque fuese uno egoísta como éste de la propiedad individual; será, pues, invariablemente constitutiva de una desviación de ese derecho, y reveladora de su abuso». Para este autor, el acto es abusivo tanto si la intención de dañar hubiese sido la causa primera y exclusiva cuanto la causa secundaria del daño realizado, porque «la malevolencia lo vicia todo: *fraus omnia corrumpit*».



miento del derecho de su función convierte al acto en abusivo, abstracción hecha de la intención de perjudicar de su autor<sup>51</sup>.

## 2. LA RECEPCIÓN DE LA DOCTRINA DEL ABUSO DEL DERECHO EN LOS CÓDIGOS CIVILES EUROPEOS DE LA SEGUNDA GENERACIÓN

Los Códigos civiles posteriores sí recogieron la prohibición del abuso del derecho. La primera consagración legislativa de este principio fue el § 226 del CC alemán, que establece que el ejercicio de un derecho es inadmisibles si únicamente puede tener la finalidad de causar daño a otra persona<sup>52</sup>. Este precepto adopta un criterio puramente intencional, con base en el cual deberíamos concluir que lo decisivo, para calificar como abusivo el ejercicio de un derecho, es el ánimo de dañar; sin embargo, la doctrina coincide en sostener que esta norma hay que relacionarla con el § 826, que dispone que quien, por un hecho contrario a las buenas costumbres, cause intencionadamente daño a otro, está obligado a la reparación del daño<sup>53</sup>. Se dice que la mención «hecho contrario a las buenas costumbres» introduce un matiz objetivo, que dió base para que la jurisprudencia alemana evolucionara hacia la acentuación del sentido social en el ejercicio de los derechos<sup>54</sup>.

El CC suizo de 1907 optó por un criterio funcional. Su artículo 2 dispone que «[c]ada cual está obligado a ejercer sus derechos y a cumplir sus obligaciones según las reglas de la buena fe. El abuso manifiesto de un derecho no está protegido por la ley»<sup>55</sup>.

<sup>51</sup> JOSSELAND, L., *Cours de Droit civil positif français*, t. II, 10.<sup>a</sup> ed., Recueil Sirey, París, 1933, pp. 226-227.

<sup>52</sup> § 226 BGB: «Die Ausübung eines Rechtes ist unzulässig, wenn sie nur den Aweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen»..

<sup>53</sup> § 826 BGB: «Wer in einer gegen die guten Sitten verstößenden Weise einem anderen vorsätzlich Schanden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet».

<sup>54</sup> CALVO SOTELO, *La doctrina...*, cit., p. 144; MARÍN PÉREZ, P., «Abuso del Derecho», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. II, Seix, Barcelona, 1950, p. 132.

Se ha puesto de relieve que el recurso al § 826 BGB salvó inicialmente de la inaplicación al § 226, pero no por mucho tiempo, ya que desde los inicios de los años treinta, la jurisprudencia germánica viene justificando la prohibición de ejercitar maliciosa o deslealmente un derecho en el principio general de la buena fe, recogido en el § 242 BGB. Uno de los campos donde ha sido más evidente el abandono de los § 226 y 286 y su sustitución por el § 242 se afirma que ha sido el de las relaciones de vecindad (RANIERI, F., «Norma scritta e prassi giudiziale nell'evoluzione della dottrina tedesca del Rechtsmissbrauch», *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, pp. 1231 y ss.).

<sup>55</sup> En virtud de este precepto, «[c]hacon est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi.

*L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi».*

CALVO SOTELO, *La doctrina...*, cit., pp. 148-50, prefiere el sistema adoptado por el legislador suizo al elegido por el alemán: éste define el abuso del derecho, ya sea como

### 3. LA PROHIBICIÓN DEL ABUSO DEL DERECHO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

#### A) La STS de 14 de febrero de 1944

Volviendo a España, hay que decir que el predominio indiscutible del principio *qui iure suo utitur neminem laedit*, coherente con el sentimiento individualista que domina nuestro ordenamiento jurídico, era un obstáculo importante a la admisión del abuso del derecho. La Ley 14, Título XXXIV, Partida VII, establecía que «E aun dixeron los Sabios: que no faze tuerto a otro, quien usa de su derecho»<sup>56</sup>, aunque algunos autores citan ciertos textos del Fuero Juzgo y las Partidas en los que se encuentra un reflejo del desfavor por el abuso del derecho<sup>57</sup>. El CC, como se ha apuntado, no recogió la figura<sup>58</sup>; pero, al igual que en Francia, la doctrina y la jurisprudencia defendieron su existencia y, finalmente, lograron su inserción en ese texto legal. El autor que despejó el camino fue Calvo Sotelo, mediante una interpretación extensiva de los preceptos del CC<sup>59</sup>; a partir de ese momento, la jurisprudencia realizó

---

ejercicio del derecho que intencionalmente causa daño a otro (§ 226), ya como hecho opuesto a las buenas costumbres (§ 826), mientras que aquél se limita a reprobar el abuso manifiesto de un derecho, que existirá –continúa CALVO SOTELO–, según las pistas que el mismo artículo 2 ofrece, cuando el derecho se ejercite contra las reglas de la buena fe. A juicio de este autor, la naturaleza del abuso del derecho requiere «una estratificación legal imprecisa, amplia, dilatada, que por abarcar mucho y concretar poco pueda abarcar en su seno, a medida que la realidad jurídica de cada día lo vaya exigiendo, los múltiples casos de abuso del derecho que surjan de continuo. Decir que abuso del derecho es usar de un derecho contra las buenas costumbres y con la única intención de dañar a otro, es decir demasiado poco. Es exigir mucho». Sólo con una fórmula amplia, por tanto, se permite la incorporación de la moral social al Derecho positivo, que en su opinión, es la primera finalidad y mérito de la doctrina del abuso del derecho.

<sup>56</sup> *Las Siete Partidas de Alfonso X, ..., cit.*

<sup>57</sup> MORENO TRUJILLO, E., *La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro*, Bosch, Barcelona, 1991, p. 148, siguiendo a MARTÍN BERNAL, *El abuso del derecho...*, cit., pp. 96 y ss., menciona varios en los que se sancionaban conductas que podían ser calificadas como abusivas, como la de aquellos que promovían demandas *escatimosamente* contra los mercaderes *e contra los otros omes que han de facer sus viajes por mar o por tierra, después de tener sus cosas aparejadas para estorbarles que no se puedan ir de la tierra en la razón que devían*; o aquellos de los hermanos que, maliciosamente, retrasaban el matrimonio por mor de heredar lo suyo; o los de los dueños de fincas próximas a edificios de *facer cavas nin foyas ningunas, porque el agua que lleva en el un solar, imbie en el otro solar a sabiendas* (el subrayado es de la autora).

<sup>58</sup> Aunque dentro de su articulado, existen manifestaciones aisladas de la misma, como los artículos 520, 529 y 117. Fuera del Código civil, algunos textos legislativos recogen el abuso del derecho: la Ley de aguas de 1879; la Ley de usura de 23 de julio de 1908; los RD de 13 de diciembre de 1923, 21 de diciembre de 1925 y 29 de diciembre de 1931, así como la posterior LAU de 1964, en materia de arrendamientos urbanos; y la Ley de contrato de trabajo de 1944, por citar varios ejemplos relevantes.

<sup>59</sup> Este autor, *La doctrina...*, cit., pp. 111 y ss., entendía que el individuo no es soberano para el ejercicio de sus derechos subjetivos, sino que ha de ejercitarlos en lo que la necesi-

una labor intensa, reflejada, especialmente, en la STS de 14 de febrero de 1944<sup>60</sup>, cuyo ponente fue Castán Tobeñas. En ella se afirmó que la regla *qui iure suo utitur neminem laedit*, que, a juicio del TS, es la tesis general en nuestro Derecho, no debe entenderse de forma literal y absoluta, pues ello la pondría en pugna con las exigencias éticas del Derecho reconocidas en todos los tiempos, incluso en Roma. A continuación, el Alto Tribunal expuso que la doctrina moderna había elaborado la teoría del abuso del derecho y que si bien existían discrepancias en relación con determinados puntos, una idea común predominaba: que «*los derechos subjetivos, aparte de sus límites legales, con frecuencia defectuosamente precisados, tienen otros de orden moral, teleológico y social, y que incurre en responsabilidad el que, obrando al amparo de una legalidad externa y de un aparente ejercicio de su derecho, traspasa en realidad los linderos impuestos al mismo por la equidad y la buena fe, con daño para terceros o para la sociedad*». Por último, la sentencia recogió los elementos esenciales del abuso del derecho: a) Uso de un derecho, objetiva o externamente legal; b) Daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; c) Inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva –cuando el derecho se actúa con la intención de perjudicar o, sencillamente, sin un fin serio y legítimo– o en forma objeti-

dad le reclame, porque para eso le son concedidos por la sociedad; de modo que si los usa para dañar a otro, y más aún, sin conseguir el fin que les es propio, hará un uso ilegal de los mismos. Además de este requisito subjetivo, CALVO SOTELO exigía otro, que él llamaba «impureza objetiva», que se concretaba en el uso anormal del derecho, por no responder a su finalidad económico-social. De acuerdo con esta tesis subjetivo-objetiva, este autor afirmaba que los requisitos esenciales del abuso del derecho eran los siguientes: 1) Uso de un derecho; 2) Daño a un interés sin lesionar otro derecho específico; 3) Inmoralidad de ese daño, ya sea en forma subjetiva (por la intención de dañar o la ausencia de un fin serio y legítimo), ya en forma objetiva (por la no adecuación a la finalidad económico-social del derecho).

<sup>60</sup> JC, t. V, 1944, núm. 43, pp. 344 y ss. Pueden verse sendos comentarios a esta sentencia en BONET RAMÓN, F., *RDP*, 1944, pp. 408 y ss., y Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, t. I, 2.<sup>a</sup> ed., reimp., Tecnos, Madrid, 1979, pp. 171 y ss.

El supuesto de hecho, conocidísimo, de esta resolución es el siguiente: el Consorcio de la Zona Franca de Barcelona era titular de una concesión en exclusiva para extraer arena (sin determinación de la cantidad) de una playa del litoral de Barcelona. En la desembocadura del río Besós, próxima a la playa, existía una central de energía eléctrica. La sociedad concesionaria extrajo arena en cantidad tan grande y utilizando procedimientos mecánicos tales que provocó la disminución de la superficie de la playa y la desaparición de las defensas naturales contra las avenidas del río y la acción del mar. Con posterioridad, unos temporales produjeron importantes daños a la central eléctrica de San Adrián del Besós, que reclamó una indemnización de daños y perjuicios al Consorcio. Éste se defendió alegando que había ejercitado lícitamente su derecho, pues no se había fijado límite alguno a la cantidad de arena a extraer y los procedimientos usados habían sido correctos. La Audiencia de Barcelona estimó la demanda por considerar que se produjo un ejercicio abusivo del derecho por parte de la concesionaria. Recurrida la sentencia de apelación, el Tribunal Supremo estimó no haber lugar al recurso.

va —cuando el daño proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho—<sup>61</sup>.

Esta resolución recondujo el abuso del derecho al artículo 1902 CC, mediante una interpretación amplia de este precepto: comoquiera que dicha norma no precisa que la acción u omisión que causa el daño a otro «*sea contraria a la ley o extraña a la esfera del Derecho*» puede entenderse que la responsabilidad que impone el artículo alcanza a los actos u omisiones realizados en el ejercicio abusivo de los derechos<sup>62</sup>.

La jurisprudencia posterior desarrolló y consolidó los aspectos apuntados en este fallo<sup>63</sup>. Así, se construyó una importante doctrina jurisprudencial que influyó en la elaboración del artículo 7, párrafo 2.º, del CC, procedente de la reforma del Título Preliminar por Decreto de 31 de mayo de 1974.

## B) El párrafo segundo del artículo 7 del Código civil español

Este precepto, que supone la consagración del abuso del derecho como principio de aplicación general, dispone:

---

<sup>61</sup> LUQUE, «El “abuso del derecho”...», cit., pp. 451-453, ataca sin piedad la doctrina sentada por esta sentencia. A su juicio, los presupuestos teóricos en que, según el Tribunal Supremo, debe basarse la aplicación del abuso del Derecho, «son algo enteramente movido»: en cuanto al «interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica», afirma no saber en qué consiste; construir la figura de un «derecho cuya legalidad sólo es externa u objetiva» es, para este autor, desconcertante, pues «ahora resulta que lo jurídico, puro sistema de *certi fines*, no es verdaderamente tal cosa»; y sobre la «intención de perjudicar, carencia de un fin serio o legítimo, exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho cuando manifiestan inmoralidad o antisocialidad en el daño que se hace al interés carente de protección jurídica», se pregunta si todo ello no es un «vaniloquium». En definitiva, este autor piensa que la teoría del abuso del derecho «es antijurídica y demoleadora del orden social y jurídico y que la necesidad que se dice debe remediar, es incumbencia intransferible del Legislador y que la anquilosis de los órganos nomotésicos no debe ser motivo para defender tan perniciosa doctrina y peligrosa dejación de poderes por parte del Legislador en manos de los que están llamados a “mostrar el Derecho” pero no a darlo».

<sup>62</sup> Esta sentencia contrasta con la que hasta entonces había sido la doctrina del TS, que, dominada por el repetido principio *qui iure suo utitur neminem laedit*, estimaba que quien hace uso de su derecho, jamás incurrirá en la responsabilidad fijada por el artículo 1902 CC (SSTS de: 10 de mayo de 1893, *JC*, 1893, t. 73, núm. 166, p. 705; 13 de mayo de 1911, *JC*, 1911, t. 122, núm. 70, pp. 484 y ss.; 17 de octubre de 1911, *JC*, 1911, t. 122, núm. 85, pp. 472 y ss.).

<sup>63</sup> Las hay que pusieron el acento en la nota de antisocialidad del ejercicio del derecho (SSTS (Civil) de: 22 de septiembre de 1959, *R. Ar.* 3359; 30 de enero de 1963, *R. Ar.* 604; 12 de febrero de 1964, *R. Ar.* 688). Otras aludían a la intención de dañar como requisito constitutivo del abuso (SSTS (Civil) de: 4 de abril de 1964, *R. Ar.* 1812; y 4 de julio de 1973, *R. Ar.* 2934). No faltan tampoco las que sostuvieron que el abuso del derecho puede producirse, bien por la intención de perjudicar o la falta de un fin serio y legítimo, bien por el exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho (SSTS (Civil) de: 10 de junio de 1963, *R. Ar.* 3596; y 20 de mayo de 1969, *R. Ar.* 2680); o las que estimaron que la inmoralidad o antisocialidad del daño producido y la inexistencia de un fin serio y legítimo son «requisitos ambos necesarios para que pueda darse el abuso de derecho» (STS (Civil) de 21 de mayo de 1970, *R. Ar.* 2411).

«La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice, sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso»<sup>64</sup>.

Según este artículo, los requisitos del abuso del derecho son los siguientes:

1) Un acto del titular del derecho (cualquier derecho subjetivo, incluidos los derechos y libertades fundamentales), que puede tener contenido positivo o negativo; es decir, puede consistir en una acción (con contenido material o jurídico) o una omisión. Respecto de esta segunda posibilidad, es preciso hacer una aclaración, pues la falta de ejercicio de un derecho por parte de su titular difícilmente puede perjudicar a tercero; se dice, por tanto, que la omisión abusiva se concreta a aquellos supuestos en los que existe un deber previo de actuación<sup>65</sup>.

2) La acción u omisión ha de «sobrepasar manifiestamente los límites normales del derecho», o lo que es lo mismo, ha de constituir un ejercicio anormal del mismo<sup>66</sup>. Este requisito impone dos averiguaciones: una, cuáles son los límites «normales» del ejercicio de un derecho; dos, qué significa el adverbio «manifiestamente».

Respecto de la primera cuestión, la doctrina indica que la normalidad del ejercicio es cuestión de apreciación según las costumbres y concepciones de cada época sobre lo normal y anormal. En

<sup>64</sup> La primera cuestión que plantea el precepto es si equipara el abuso del derecho y el ejercicio antisocial del mismo. Sin dejar de reconocer su interés, no se va a entrar aquí a analizarla, pues ello excedería del propósito de este trabajo. Pueden verse distintas opiniones en LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil*, t. I, vol. 2, Bosch, Barcelona, 1990, p. 123; DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «El abuso del derecho y el fraude de la ley en el nuevo Título Preliminar del Código civil y el problema de sus recíprocas relaciones», *DJ*, oct.-dic. 1974, p. 1333; ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil*, t. I, vol. 2, 11.<sup>a</sup> ed., Bosch, Barcelona, 1991, p. 39; LÓPEZ Y LÓPEZ, A., en *Derecho civil. Parte general* (coord. por LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M./MONTÉS PENADÉS, V. L.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, pp. 358-359; MARTÍNEZ CALCERRADA, L., «La buena fe y el abuso del derecho. Su respectiva caracterización como límites en el ejercicio de los derechos», *RDP*, 1979, p. 448; GETE-ALONSO Y CALERA, M. C., «Comentario al artículo 7», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. I, vol. 1, Madrid, 1992, p. 908.

<sup>65</sup> GETE-ALONSO Y CALERA, «Comentario al artículo 7», cit., p. 912, está de acuerdo con esta afirmación, pero matiza que no siempre puede hablarse de un acto abusivo cuando la no actuación, existiendo un deber previo, ocasiona daños. Por ejemplo, si el deber previo es consecuencia de la existencia de una relación jurídica, se estará más bien ante un incumplimiento.

<sup>66</sup> Este hecho es, a juicio de ciertos autores, el elemento esencial del abuso del derecho (HERNÁNDEZ GIL, *Obras completas*, cit., t. 4, p. 125; DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, «El abuso del derecho...», cit., p. 1332; MARTÍN BERNAL, J. M., «Nuevas consideraciones valorativas en la teoría del abuso del Derecho», *ADC*, 1979, p. 438).

cualquier caso, se destaca que no ha de entenderse ejercicio normal como equivalente a ejercicio conforme a la legalidad, sino que ha de tomarse en consideración, principalmente, la función que está llamado a desempeñar el derecho de que se trate; y dicha función y el contenido del derecho han de relacionarse con las circunstancias económico sociales<sup>67</sup>.

En cuanto al adverbio «manifiestamente», se suele interpretar en el sentido de que la extralimitación sea patente<sup>68</sup> y, según algún autor, de cierta entidad<sup>69</sup>.

La «anormalidad» en el ejercicio del derecho puede venir dada por uno de estos tres elementos (sin perjuicio de la concurrencia de dos de ellos o de los tres): a) La intención del autor; b) El objeto de la actuación; c) Las circunstancias.

a) La intención del autor puede consistir en la voluntad de perjudicar (o el conocimiento de las consecuencias perjudiciales de la conducta) o en la ausencia de un fin legítimo. La E. de M. del D. de 1974 afirma que no ha de haber, sin embargo, un comportamiento doloso o culposo por parte del agente, puesto que, en tal caso, se penetraría en la ilicitud por el cauce de la responsabilidad civil. Resulta difícil compaginar esta afirmación con la interpretación uniforme que se ha dado a la intencionalidad como voluntad de hacer daño. De hecho, se ha sostenido que la diferencia entre el abuso del derecho y la responsabilidad civil no está en este dato, sino en los demás requisitos del primero. Así, mientras en el ejercicio abusivo se parte necesariamente del ejercicio u omisión de un derecho, que causa un daño, en sede de responsabilidad civil, el acto doloso o culposo no tiene por qué ser consecuencia del ejercicio u omisión de un derecho; por otra parte, el daño no tiene que

---

<sup>67</sup> LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, cit., t. I, vol. 2, p. 124. En el mismo sentido, ALBALADEJO GARCÍA, *Curso de Derecho civil español*, t. I, Bosch, Barcelona, 1987, p. 289; LÓPEZ Y LÓPEZ, en *Derecho civil. Parte general*, cit., p. 355; GETE-ALONSO Y CALERA, «Comentario al artículo 7», cit., p. 919.

De forma similar, la STS (Civil) de 1 de febrero de 1990, R. Ar. 651, exigió, para la apreciación de la existencia del abuso del derecho, entre otros requisitos, una serie de actos que, pese a su apariencia de legalidad, violen el contenido ético del precepto legal en que se amparan.

<sup>68</sup> PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, cit., t. Preliminar, 2.ª ed. revisada, Bosch, Barcelona, 1989, p. 409.

<sup>69</sup> LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, cit., t. I, p. 124; GETE-ALONSO Y CALERA, «Comentario al artículo 7», cit., p. 918. Señala LACRUZ BERDEJO que el abuso debe ser «manifiesto, ostensible, de cierta entidad», lo que constituye un factor variable según los casos, que ha de ser fijado, en última instancia, por el juzgador.

MARTÍNEZ CALCERRADA, «La buena fe y el abuso del derecho...», cit., p. 449, ha señalado, no obstante, que si la conducta causa daño a otro, difícilmente podrá evitarse la condena, aunque hubiese sobrepasado en una parte mínima los límites normales legalmente existentes para el ejercicio del derecho.

haberse producido necesariamente para que haya abuso (medidas preventivas), pero sí para que nazca la responsabilidad civil<sup>70</sup>.

El CC no aclara si el ánimo de dañar ha de ser la única motivación del agente o si, por contra, es posible apreciar la existencia del abuso aunque existan otras motivaciones, además de aquélla. Sobre la base de que la primera opción no satisface porque siempre sería fácil para el dañador acreditar la existencia de otro fin, pero que tampoco la segunda sería justa, se concluye que la solución óptima es estimar que la intención de dañar ha de ser la motivación principal<sup>71</sup>.

En cuanto a la ausencia de un fin serio y legítimo, se ha dicho que este extremo debe valorarse, más que en relación con unos intereses determinantes para el legislador comprendidos en la ley, con referencia a una finalidad político social y a la función social de los derechos<sup>72</sup>.

b) El objeto de la actuación alude a la finalidad satisfactiva que el ejerciente persigue con su acto u omisión<sup>73</sup>. La existencia del abuso por este motivo ocurre, según un sector doctrinal, cuando la finalidad del ejerciente no coincide con aquella para la que el derecho ha sido concedido a su titular<sup>74</sup>. Para otros autores, en cambio, el abuso por razón de su objeto no procede tanto del resultado perseguido por su autor, sino del resultado objetivo, fruto de apurar demasiado —el titular del derecho— las ventajas que éste es susceptible de proporcionar<sup>75</sup>.

<sup>70</sup> GETE-ALONSO Y CALERA, «Comentario al artículo 7», cit., pp. 913-914. No es que, para esta autora, el daño no sea elemento imprescindible del abuso del derecho, que lo es (así lo afirma en la p. 922 del citado trabajo), sino que no es preciso que sea actual; basta con que de la actuación pueda deducirse, razonablemente, que se producirá (daño futuro).

<sup>71</sup> MARTÍN BERNAL, «Nuevas consideraciones valorativas...», cit., pp. 449-450.

<sup>72</sup> MARTÍN BERNAL, «Nuevas consideraciones valorativas...», cit., p. 450.

<sup>73</sup> PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, cit., tomo Preliminar, p. 409; LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, cit., t. I, p. 125; GETE-ALONSO Y CALERA, «Comentario al artículo 7», cit., p. 915.

<sup>74</sup> GETE-ALONSO Y CALERA, «Comentario al artículo 7», cit., p. 915.

<sup>75</sup> LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, cit., t. I, p. 125; DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., «Comentario al artículo 7, párrafo segundo, del CC», en *Comentario del Código civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 68, opinión que mantiene en la edición de 1993.

Con referencia también al resultado del acto, ROCA JUAN, J., «Comentario al artículo 7, párrafo segundo», en *Comentarios a las reformas del Código civil. El nuevo Título Preliminar y la Ley de 2 de mayo de 1975*, vol. 1, Tecnos, Madrid, 1977, p. 393, sostiene que «para que por el "objeto" del ejercicio pueda apreciarse el abuso parece que habrá de existir una contraposición entre las consecuencias del acto y la función asignada a la situación de la que el derecho deriva o se incluye. La contraposición rompe la necesaria correspondencia que debe existir entre la esfera de poder concreto atribuida al sujeto, el para qué se le atribuye y el resultado del acto de ejercicio de ese poder».

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Estudios sobre jurisprudencia civil*, cit., t. I, p. 175, por su parte, destaca que el exceso o la anormalidad pueden producirse por dos vías: la primera, por contravención, en el concreto acto de ejercicio del derecho, de la función económica de éste; la segunda, por falta de precaución en la tutela de los intereses de las partes.

Parece que esta segunda posibilidad apuntada podría coincidir con la señalada, por los autores citados antes, de intensidad excesiva en el ejercicio del derecho: el titular del derecho apura demasiado las ventajas que éste puede proporcionar, sin prevenir el perjuicio que de ello puede derivar para terceros. En ambos casos, se está pensando en el supuesto de

c) Las circunstancias se entienden de diversa manera. Algunos autores las estiman referidas a las que rodean el lugar, las personas, el ambiente, el tiempo, etc.<sup>76</sup>; otros, con una perspectiva más amplia, piensan que la expresión comprende también la apreciación de la opinión social<sup>77</sup>, o incluso que hay que considerar conjuntamente los datos objetivos de tiempo, lugar, etc., y la manera de sentir de la sociedad<sup>78</sup>.

Como se puede apreciar, estos elementos recogen la manifestación subjetiva (intención) y objetiva (objeto y circunstancias) del abuso; o dicho de otro modo, el legislador ha optado por una solución ecléctica entre las dos corrientes doctrinales formadas para explicar la figura.

3) Un daño para tercero producido por el acto. Es, según algunos autores, el elemento primordial y condicionante de la conducta para que la misma se subsuma en el abuso<sup>79</sup>. Otros, por contra, consideran que puede haber supuestos de abuso con daño para tercero y otros en los que no se produzca tal daño, como lo prueba la alusión a las medidas preventivas en el artículo 7.2 CC<sup>80</sup>. A esta opinión se ha contestado, sin embargo, que la previsión de estas medidas obedece a que el daño puede ser actual o futuro, pero en cualquier caso, es elemento necesario para hablar de abuso de derecho<sup>81</sup>.

---

hecho de la STS de 14 de febrero de 1944 (V. nota 60), en el que no cabía apreciar un apartamiento de la finalidad económico-social del derecho: el derecho de concesión del que era titular el Consorcio de la Zona Franca le fue concedido para extraer arena, que es justo lo que hizo, y, además, dio a los materiales extraídos el destino normal desde el punto de vista económico. Por tanto, para calificar el ejercicio de dicho derecho como abusivo era preciso admitir otra variante de abuso del derecho en sentido objetivo.

La STS (Civil) de 22 de septiembre de 1959, R. Ar. 3359, así lo aceptó. Según la misma, suele hablarse de abuso del derecho en varios sentidos, que la resolución no discutía: a) como ejercicio de un derecho en forma anormal, en cuanto a su intensidad; b) como ejercicio de un derecho mediante formas desacostumbradas y particularmente incómodas para los terceros, con lo que se crea una desproporción objetiva entre la utilidad del ejercicio del derecho por parte de su titular y las consecuencias con que los terceros cargan; c) como acto de emulación, esto es, ejercicio de un derecho sin utilidad propia y sólo para perjudicar a los demás.

<sup>76</sup> MARTÍNEZ CALCERRADA, «La buena fe y el abuso del derecho...», cit., p. 449; LÓPEZ Y LÓPEZ, en *Derecho civil...*, cit., p. 355.

<sup>77</sup> ROCA JUAN, «Comentario al artículo 7, párrafo segundo», cit., pp. 393-394.

<sup>78</sup> GETE-ALONSO Y CALERA, «Comentario al artículo 7», cit., p. 916.

<sup>79</sup> MARTÍNEZ CALCERRADA, «La buena fe y el abuso del derecho...», cit., p. 450. A lo que entiende este autor, puede ser cualquier tipo de molestia o incomodidad que se cause al otro, aunque no tenga traducción económica.

<sup>80</sup> ASÍ, CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español...*, cit., t. II, vol. 1, p. 73, sostiene que el precepto contiene una hipótesis general, esto es, un abuso del derecho genérico, para el que no se precisa la producción de un daño, y una hipótesis especial, en la que es imprescindible la existencia de un daño. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, «El abuso del derecho...», cit., p. 207, en la misma línea, sostiene que «el daño no es un factor esencial de la idea de abuso, sino sólo un presupuesto del efecto indemnizatorio».

<sup>81</sup> GETE-ALONSO Y CALERA, «Comentario al artículo 7», cit., pp. 921-922. De otro modo —destaca esta autora—, habría problemas de legitimación y, lo que es más grave, no se podría distinguir entre ejercicio normal y anormal del derecho, pues, si no hay daño, rige el



Por daño hay que entender, de acuerdo con la teoría general, toda lesión, perjuicio o menoscabo real que se inflige a una persona en sus bienes, derechos o intereses, ya sean materiales o espirituales. Ha de existir una relación de causalidad entre la conducta y el daño producido o que pueda producirse, el cual, por otro lado, puede ser material o moral y puede afectar a un interés individual o social.

El bien dañado no debe ser un derecho subjetivo, porque, en este caso, el tercero gozará de los medios que tutelan su derecho ante una violación del mismo. Ha de ser un interés protegible, naturalmente, pero no debe estar protegido por una específica prerrogativa jurídica, puesto que el abuso del derecho es un remedio excepcional, al que sólo cabe acudir cuando no exista otro medio de protección del interés dañado<sup>82</sup>.

El CC prevé tres sanciones para el abuso: una general, que consiste en el no amparo por la ley del acto abusivo, y dos específicas, que se traducen en el resarcimiento y en ciertas medidas preventivas.

La ausencia de protección para quien abusa de su derecho no significa la privación del mismo, sino la negación de eficacia jurídica al acto abusivo (eficacia que tendría en otro caso)<sup>83</sup>.

El resarcimiento obedece a la responsabilidad –objetiva, pues no se exige ni dolo ni culpa– en que incurre quien abusa de su derecho<sup>84</sup>. Para calcular la cuantía, habrá que acudir a los principios generales del Derecho de daños. Hay que probar, además de la existencia del abuso, la realidad del daño y la relación de causalidad entre uno y otro.

En cuanto a las medidas judiciales o administrativas, el texto legal no concreta cuáles puedan ser, por lo que su atipicidad legal –se afirma– habrá de ser configurada en cada caso por los órganos competentes. Pero, en todo caso, se piensa, en lo que a las medidas judiciales se refiere, que tendrán que consistir en una resolución judicial, en forma de sentencia, en la que se contenga una condena de hacer o no hacer; esta sentencia habrá de ser dictada después de un proceso contradictorio, en el que cabrá adoptar, cuando la LEC

---

principio *qui sui iure utitur neminem laedit* con toda su fuerza. «En realidad –hace notar NAVARRO MENDIZÁBAL, *Las inmisiones...*, cit., p. 118–, en puridad y abstracción, puede haber una conducta abusiva que no cause daño. La cuestión es que sin el daño, no tiene sentido cercenar el ejercicio de un derecho aunque sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio».

<sup>82</sup> DE ÁNGEL YAGÜEZ, «Comentario al artículo 7, párrafo segundo», cit., p. 69; LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., en *Derecho civil*, cit., p. 356; GETE-ALONSO Y CALERA, «Comentario al artículo 7», cit., p. 924. En el mismo sentido, STS (Civil) de 13 de junio de 1966, R. Ar. 3407.

<sup>83</sup> GETE-ALONSO Y CALERA, «Comentario al artículo 7», cit., p. 925.

<sup>84</sup> Antes de la reforma del TP del CC, la jurisprudencia imponía la obligación de indemnizar con base en el artículo 1902 CC.

lo permita, medidas cautelares de aseguramiento; y respecto de las medidas administrativas, se puntualiza que el artículo 7.2 no supone una plena legitimación de la Administración pública, ni una atribución de competencia a la misma, en toda su posible escala de órganos, para adoptar medidas de preservación de los particulares frente a los abusos; la autoridad administrativa tendrá legitimación cuando se la atribuyan las leyes especiales por las que se rija<sup>85</sup>. Por otra parte, la redacción del precepto (que impidan la «persistencia» en el abuso) parece indicar que sólo podrán adoptarse cuando se haya producido el daño, y así lo entienden muchos autores<sup>86</sup>, aunque hay quien piensa que es posible su adopción también para prevenir un daño futuro<sup>87</sup>. Lo que ha de existir siempre es una previa declaración judicial de la existencia del abuso<sup>88</sup>.

#### 4. CRÍTICAS DOCTRINALES A LA TEORÍA DEL ABUSO DEL DERECHO

Desde el inicio, la doctrina del abuso del derecho fue sometida a duras críticas. De entrada, se afirma que «abuso» y «Derecho» son dos términos antagónicos: no puede hablarse de abuso del Derecho, porque donde el abuso comienza, el Derecho termina<sup>89</sup>. Frente a ello, se ha defendido la posibilidad de salvar esta aparente contradicción atendiendo a las dos acepciones de la palabra derecho: derecho subjetivo y Derecho objetivo; el acto abusivo –se dice– es conforme a un derecho determinado, pero es contrario al Derecho, considerado en abstracto como conjunto de reglas socia-

<sup>85</sup> Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, «El abuso del derecho...», cit., p. 208.

<sup>86</sup> ROCA JUAN, «Comentario al artículo 7, párrafo segundo», cit., p. 389; SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, M. C., *La responsabilidad civil del empresario por deterioro del medio ambiente*, Bosch, Barcelona, 1994, p. 309. A juicio de esta autora, la imposición de medidas correctoras con carácter preventivo sólo se contempla en el artículo 590 CC completado por el artículo 305 Ley del suelo.

<sup>87</sup> Partidarios de esta tesis son, entre otros, GARCÍA CANTERO, G., «Comentario a las SSTs de 12 de diciembre de 1980, 17 de marzo de 1981 y 12 de febrero de 1981», *ADC*, 1981, p. 909 y Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN/GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema...*, cit., vol. I, p. 442.

<sup>88</sup> GETE-ALONSO Y CALERA, «Comentario al artículo 7», cit., pp. 928-929; MORENO TRUJILLO, *La protección jurídico-privada...*, cit., p. 156.

<sup>89</sup> Así se pronunciaba PLANIOL, M., *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, París, 2.<sup>a</sup> ed., 1911, p. 280, para quien «[l]a fórmula del uso abusivo de un derecho es una logomaquia, porque si yo uso de mi derecho, mi acto es lícito, y cuando sea ilícito es que excede a mi derecho y que he obrado sin derecho (...) Todo acto abusivo, por lo mismo que es ilícito, no puede ser ejercicio de un derecho, y, por tanto, el abuso no es categoría distinta del acto ilícito. El uso cesa donde el abuso comienza, y no puede haber uso abusivo de ningún derecho, por la sencilla razón de que un solo y mismo acto no puede ser a la vez acto conforme y acto contrario al derecho». Con los mismos argumentos, DEMOLOMBE, C., *Course de Code Napoleon*, t. XII, París, 1882, p. 648, y LAURENT, *Principes...*, cit., t. VI, núm. 136, negaban la posibilidad del abuso del derecho de propiedad.

les<sup>90</sup>. Desde otro punto de vista, se alega que, en el abuso del derecho, hay un uso en sentido objetivo y un abuso en sentido subjetivo; es decir, se trata de ejercicio de un derecho dentro de los límites objetivamente fijados por el Derecho positivo, que sin embargo se realiza con un fin distinto al señalado por el legislador<sup>91</sup>.

Por otra parte, en contra de la admisión de la concepción subjetiva, se aduce que la apreciación de que un individuo ha obrado con intención de perjudicar a otro obligaría al juez a delicadas búsquedas de la intención; y que le otorgaría un arbitrio que podría dar lugar a resultados poco satisfactorios<sup>92</sup>. Los partidarios del criterio subjetivo contestan que la búsqueda de la intención es algo corriente en el ámbito jurídico (pensemos en el principio de la buena fe, en la responsabilidad por culpa, en la diligencia de un buen padre de familia); es más, defienden que el factor intencional tiene un papel importantísimo en el Derecho, tanto que «es una quimera querer crear un derecho civil puramente objetivo y juzgar los hechos sin ocuparse de las intenciones»<sup>93</sup>. Además –se añade–, la labor que se encomienda al juez no es

<sup>90</sup> JOSSEERAND, *Cours de Droit civil...*, cit., t. I, Sirey, París, 1932, p. 231; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español...*, cit., t. II, vol. 1, p. 66.

<sup>91</sup> CALVO SOTELO, *La doctrina...*, cit., pp. 78 y ss. Este autor compara el supuesto de un propietario que apoya el edificio que levanta en su solar sobre cimientos que se extienden al solar ajeno y el de otro propietario que levanta una pared altísima, con el simple propósito de perjudicar al vecino. En el primer caso, no hubo uso del derecho de propiedad, porque el titular traspasó los límites objetivos del mismo; en el segundo, por el contrario, hubo uso, porque no se traspasaron dichos límites, pero también abuso, por la intención maliciosa del propietario. En la primera hipótesis, hay que hablar de acto ilícito, que es un acto «sin derecho», y en la segunda, de acto abusivo, que es un acto «con o en derecho», que por suponer un ejercicio arbitrario genera responsabilidad. Ahora bien –prosigue este autor en las pp. 81 y ss.–, del hecho de que el acto abusivo no sea equivalente al acto ilícito, no puede deducirse, *contrario sensu*, que sea igual al acto lícito. Coinciden en que ambos constituyen el ejercicio de un derecho; pero difieren en que «acompaña al acto abusivo una malicia intencional que en el lícito no se da, y que, además, se traduce en daño o perjuicio que el acto lícito no ocasiona; y aun si de un acto lícito derivase un perjuicio a tercero, la diferencia seguirá en pie, porque mientras el acto abusivo origina la responsabilidad tan pronto da lugar al daño, el acto lícito que resultare perjudicial a un derecho de tercero sólo la engendrará cuando tal perjuicio suponga una perturbación excesiva en el equilibrio de los derechos individuales, o sea un derecho de los que tienen por característica esencial el peligro de dañar a otros, en cuyo caso entra en la teoría del riesgo».

<sup>92</sup> En este sentido, PLANIOL (citado por RIPERT, *La règle morale...*, cit., p. 160); DEMOLOMBE, *Cours...*, cit., t. XII, p. 132; SALEILLES, *Essai d'une théorie général...*, cit., p. 371; MARTÍNEZ CALCERRADA, «La buena fe y el abuso del derecho...», cit., p. 444. Este último autor opina que la indagación de la voluntad puede ser correcta si no existe otro procedimiento más eficaz o seguro para resolver el conflicto, pero «no cuando es posible encontrar el estigma condenable del abuso en un dato cierto e incontrovertible: la consideración del elemento externo del daño o perjuicio como requisito indispensable para su apreciación».

<sup>93</sup> RIPERT, *La règle morale...*, cit., p. 161. En la misma línea, JOSSEERAND, *De l'abus de droit*, cit., p. 47; CALVO SOTELO, *La doctrina...*, cit., p. 97 y GONZÁLEZ-ALEGRE BERNARDO, M., «La teoría del abuso de derecho como principio informador de las relaciones de vecindad», *Revista de Derecho español y americano*, 1968, pp. 61-62. No hay que olvidar –apunta este autor– que «el juez es el hombre de la calle, a quien sus funciones no inmunitizan contra las acciones y reacciones del medio social; es un hombre con los defectos y cualidades de todo el mundo. Y entre las que a todos son comunes hay una que no es ciertamente extraña al mundo judicial: la fidelidad a la tradición».

de inquisición meramente arbitraria, pues de lo que se trata no es de que se introduzca en la mente del individuo para conocer sus intenciones, sino que valore la intención de dañar realizada, exteriorizada<sup>94</sup>.

## 5. LA APLICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DEL ABUSO DEL DERECHO EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES DE VECINDAD

En lo que a las relaciones de vecindad se refiere, la doctrina del abuso del derecho no tiene protagonismo donde existe una regulación específica de aquéllas y, en lo que aquí interesa, de las inmisiones; esto ocurre en Alemania, Suiza e Italia (en este país, desde la publicación del Código civil de 1942). Fue relevante, por el contrario, en Italia, durante la vigencia del CC de 1865 (aunque, a decir verdad, en este país siempre ha habido una fuerte oposición a la admisión de esta figura<sup>95</sup>), así como en Francia y en España; en estos dos últimos países lo sigue siendo, pues no existe todavía disciplina legal de las inmisiones.

Algunos autores franceses defendieron el abuso del derecho como único criterio regulador de las relaciones de vecindad<sup>96</sup>. Otros entendían, en cambio, que esta doctrina no era adecuada para solucionar, en su totalidad, los problemas planteados en este ámbito, puesto que, aparte de los actos abusivos, el ejercicio del derecho de propiedad puede dar lugar a actos ilegales y a actos excesivos, para hacer frente a los cuales aquélla no era suficiente<sup>97</sup>.

<sup>94</sup> CALVO SOTELO, *La doctrina...*, cit., p. 100. En la página 108 de la misma obra, este autor apunta otra consideración, además de las señaladas, en defensa de la versión subjetiva del abuso del derecho como falta de un interés serio y legítimo: «la utilidad de quien ha ejercitado un derecho –sostiene este autor– no es una noción puramente subjetiva, sino también objetiva, porque es algo que no escapa a lo que los hechos registran y enseñan».

<sup>95</sup> V., a este respecto, ROTONDI, M., «L'abuso di diritto», *Riv. dir. civ.*, 1923, pp. 105 y ss.; NATOLI, «Note preliminari...», cit., pp. 18 y ss.; RESCIGNO, P., «L'abuso di diritto», *Riv. dir. civ.*, 1965/1, pp. 205 y ss.

<sup>96</sup> COLIN, A./CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho civil*, t. II, vol. 2 (trad. esp. con notas de DE BUEN, D.), Madrid, 1961, p. 185. Para estos autores, existe abuso del derecho cuando los derechos no se usan según su destino natural y de un modo normal, con lo que su criterio viene a coincidir con el del uso normal del § 906 BGB, como, por otra parte, ellos mismos admiten.

<sup>97</sup> Así lo estimaba JOSSEAND, *Cours de Droit civil...*, cit., t. I, p. 769. Este autor afirmaba que existen tres tipos de limitaciones del derecho de propiedad debidos al interés de los propietarios vecinos: las servidumbres, las obligaciones mutuas y precisas que la ley carga sobre el propietario y ciertas obligaciones genéricas, basadas en unas directivas generales, que la jurisprudencia impone a cada propietario. En *El espíritu de los derechos...*, cit., pp. 20-21 y 32-34, este autor distinguió dos situaciones en el tercer grupo de limitaciones. En primer lugar, están las molestias que el propietario ocasiona con el ánimo de perjudicar; es decir, los actos abusivos, que dan lugar a responsabilidad de su autor. Pero puede ocurrir, y ello configura la segunda situación, que el propietario cause a su alrededor incomodidades que excedan las obligaciones ordinarias de vecindad, sin hacer un uso desviado de su derecho respecto del fin para el que le

En todo caso, se apuntaba que la aplicación de la doctrina del abuso del derecho, en materia de relaciones de vecindad, exigía tres condiciones: a) Que el establecimiento peligroso, insalubre o incómodo figurara en una de las categorías cuya autorización permitía la ley sin formalidades, o, en caso contrario, que hubiera cumplido dichas exigencias legales, porque, de no ser así, el demandado no tendría derecho alguno; b) Que el demandante hubiera sido privado de disfrutar de su propiedad, ya porque se produjesen daños materiales, ya porque su finca fuese inhabitable por las molestias; en otro caso, no habría lesión de su derecho; c) Que el demandado fuese el causante de la lesión del derecho del demandante<sup>98</sup>.

Por lo que se refiere a España, cierto sector doctrinal defiende la consideración de la doctrina del abuso del derecho, a falta de norma específica, como principio general regulador de las inmisiones. Otros autores, en cambio, que estiman que dicho principio puede derivarse de la generalización de lo dispuesto en los artículos 590 y 1908 CC, piensan, no obstante, que la prohibición del abuso del derecho resuelve otros conflictos vecinales<sup>99</sup>; y, en todo caso, dado su carácter de principio general del Derecho, informa toda la materia de las relaciones de vecindad<sup>100</sup>.

Personalmente estimo que la doctrina del abuso del derecho no es aplicable para resolver los problemas de inmisiones. En su versión subjetiva, que, según creo, coincide con la teoría de los actos de emulación, es igual de insuficiente que ésta, ya que se puede causar un perjuicio sin intención de perjudicar y con utilidad propia. Tampoco si el

---

ha sido concedido; antes al contrario, «usa de su derecho en vista de su propio interés y, por tanto, conforme a la voluntad del legislador y a la esencia misma de la propiedad individual: fabricante, industrial, agricultor, se dedica al ejercicio de su profesión, sobre su propio dominio, obra correctamente, y permanece, con exactitud, en el espíritu de la institución». Tampoco hay, en esta hipótesis, comisión de una falta: «¿cómo considerar culpable –se pregunta este autor– el ejercicio de una profesión lícita, en condiciones normales?» Y todavía más difícil si la actividad en cuestión cuenta con la preceptiva autorización administrativa, el reconocimiento de utilidad pública o una concesión otorgada por los poderes públicos. No obstante, pese a la ausencia de culpa y de ánimo de dañar, el propietario responde del daño ocasionado a sus vecinos en el ejercicio de estas actividades, siempre que sobrepase la medida de las obligaciones ordinarias de vecindad. Se trata de los que JOSSEAND llama actos excesivos, que dan lugar a responsabilidad con base en la teoría del riesgo. Diferentes de los actos abusivos y de los excesivos son, a lo que creía este autor, los ilegales, esto es, los que se ejecutan violando una disposición legislativa o reglamentaria; es decir, transgrediendo los límites objetivos del derecho.

<sup>98</sup> DESSETEAUX, M. M., «Abus de droit ou conflit de droits», *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1906, pp. 129-130. Conviene puntualizar que, para este autor, el abuso del derecho es en realidad un conflicto de derechos: consiste en que el ejercicio de un derecho lesiona otro igualmente respetable. Cada uno de los derechos en conflicto se proclama como absoluto, por lo que es necesario establecer un principio que permita anteponer uno al otro.

<sup>99</sup> ALONSO PÉREZ, M., «Comentario a la STS de 3 de diciembre de 1987», *CCJC*, núm. 15, 1987, pp. 5268-5269; SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil...*, cit., pp. 296-297.

<sup>100</sup> GONZÁLEZ-ALEGRE BERNARDO, M., *Las relaciones de vecindad*, Nauta, Barcelona, 1967, pp. 144; ALGARRA PRATS, *La defensa jurídico-civil...*, cit., p. 357.

abuso se concibe como apartamiento del fin económico o social para el que ha sido concedido el derecho, es bastante para resolver la cuestión planteada, porque las inmisiones se pueden producir, y de hecho, es lo frecuente, en el ejercicio de derechos de acuerdo con su finalidad.

Si se estima en cambio, como defienden algunos autores, que el ejercicio también es abusivo por razón de su objeto cuando el titular del derecho apura demasiado las ventajas que éste es susceptible de proporcionar (que fue precisamente el supuesto de hecho de la STS de 14 de febrero de 1944), cabría, en principio, defender la aplicación de la doctrina del abuso del derecho al problema de inmisiones. Sin embargo, hay una circunstancia que debemos tener en cuenta: en el abuso del derecho, el daño que exige la jurisprudencia del TS es la lesión de «un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica», mientras que en las inmisiones hay lesión de derechos subjetivos o de intereses tutelados por el ordenamiento jurídico en normas específicas<sup>101</sup>. Con todo, creo que este principio, en combinación con otros, puede ser bastante para la solución de otros conflictos planteados en sede de relaciones de vecindad<sup>102</sup> y, en todo caso, ha de informar toda la disciplina de las mismas, en cuanto que es un principio general del Derecho<sup>103</sup>.

<sup>101</sup> DELGADO DE MIGUEL, J. F., «El abuso de derecho y la función ecológica de la propiedad», *Separata del Centenario del Código Civil*, vol. IV, Alicante, 1991, pp. 314 y ss.; ALGARRA PRATS, *La defensa jurídico-civil...*, cit., pp. 355-357; NAVARRO MENDIZÁBAL, *Las inmisiones...*, cit., pp. 116 y ss.

Aunque el artículo 7.2 CC no menciona este requisito, tanto la jurisprudencia como la doctrina lo exigen desde la sentencia de 14 de febrero de 1944, que, de todos es conocido, construyó el concepto y estableció los requisitos del abuso del derecho, entre los que incluyó el señalado de perjuicio a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica. En este sentido, la STS (Civil) de 12 de febrero de 1964, R. Ar. 688, estimó que el no haber hecho el arrendador las obras necesarias para mantener en uso la finca arrendada (circunstancia que dió lugar a la ruina del edificio y a la demanda de resolución del contrato de arrendamiento por esta causa) no podía considerarse abuso del derecho, «*pues aun considerando esa conducta del propietario como anormal, no puede decirse que dañe un interés, no específicamente protegido por una norma legal, porque los artículos 107 y ss. de la Ley de Arrendamientos (se refiere a la LAU de 1964), protegen el interés del arrendatario y no se da por ello el presupuesto necesario para que nazca el abuso del derecho*». Abundando en la misma idea, la STS (Civil) de 25 de octubre de 1974, R. Ar. 3974, afirmó que «*el abuso del derecho es una institución de equidad para la salvaguardia de intereses que todavía no alcanzan protección jurídica*»; y la reciente STS (Civil) de 30 de junio de 1998, R. Ar. 5286, insiste en que «*para que el ejercicio de un derecho pueda calificarse de abusivo es menester que en su realización concurren los siguientes elementos esenciales: 1.º, uso de un derecho objetivo (¿?) y externamente legal; 2.º, daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; y 3.º, inmoralidad o antisocialidad de este daño*».

<sup>102</sup> Así lo afirma ALONSO PÉREZ, «Comentario a la STS de 3 de diciembre de 1987», CCJC, núm. 15, 1987, pp. 5268-5269, con quien manifiesta su acuerdo SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil...*, cit., pp. 296-297.

<sup>103</sup> «El principio del abuso del derecho —afirma GONZÁLEZ-ALEGRE BERNARDO, *Las relaciones de vecindad*, cit., pp. 144— no puede estar nunca ausente en el ánimo del legislador al adoptar el principio que ha de informar la normativa vecinal; ni en el juzgador al dar solución con arreglo a la normativa vecinal, del caso concreto que se someta a su consideración, bien tipificado o abstractamente considerado en aquella normativa sobre “relaciones de vecindad”. En el mismo sentido, ALGARRA PRATS, *La defensa jurídico-civil...*, cit., p. 357.

#### IV. LA TEORÍA DE LAS OBLIGACIONES ORDINARIAS DE VECINDAD O DE LAS PERTURBACIONES QUE EXCEDEN DE LOS INCONVENIENTES NORMALES DE LA VECINDAD

##### 1. CONSIDERACIONES GENERALES

Esta doctrina nace casi simultáneamente a la del abuso del derecho, y también es fruto de la jurisprudencia francesa<sup>104</sup>. La fórmula aparece por primera vez en la S. de la Corte de Casación francesa de 27 de noviembre de 1844<sup>105</sup>, que resolvió un problema de vecindad entre una casa de salud y unas minas que generaban gran cantidad de ruidos molestos; se estableció como principio que no puede responsabilizarse a quien disfruta de un inmueble (propietario o titular de otro derecho de disfrute) por cualquier molestia que cause a sus vecinos, pues ello imposibilitaría la vida en común; por tanto, sólo se es responsable de las perturbaciones que excedan la *mesure des obligations ordinaires du voisinage*<sup>106</sup>.

Esta idea, expresada primero con esta fórmula de las obligaciones ordinarias y después con la de los inconvenientes anormales<sup>107</sup>,

<sup>104</sup> El hecho de que el punto de partida de ambas teorías sea el mismo (a saber, un acto objetivamente lícito que genera responsabilidad para su autor), provoca, como subraya NICOLAS, M. F., «La protection du voisinage», *Rev. trim. dr. civ.*, 1976, p. 682, la producción de continuos solapamientos entre ellas en el ámbito de las relaciones de vecindad en Francia; a decir de este autor, lo más eficaz para la víctima es apoyar su demanda al mismo tiempo sobre el abuso y sobre el carácter anormal del inconveniente de vecindad.

<sup>105</sup> *DP*, 1845, 1, p. 13.

<sup>106</sup> Como señala la doctrina francesa (APPERT, M. G., «Droits du propriétaire. Vis-a-vis de ses voisins», *Rev. trim. dr. civ.*, 1906, p. 77; YOCAS, M. C. P., *Les troubles de voisinage*, París, 1966, p. 15, nota 7), hasta la sentencia de 1844, no se enunció la fórmula de manera tan clara, pero en resoluciones anteriores ya se puede encontrar la idea base de la misma. Entre estas decisiones anteriores, se cita la sentencia del Trib. Colmar de 16 de mayo de 1827, *S.*, 1828, 2, p. 23, que de modo implícito estableció la necesidad del carácter extraordinario de la perturbación, al señalar que un vecino no puede quejarse cuando el ejercicio de la propiedad del fundo vecino le cause solamente algunas molestias e incomodidades, pero no puede ser forzado a tolerar las cosas que le produzcan un perjuicio real y notable («*Attendu que, si le droit du propriétaire consiste à user de sa chose de la manière la plus absolue, ce droit ne s'étend pas jusqu'à nuire à autrui, que d'un côté le voisin ne peut pas se plaindre lorsque l'exercice de la propriété du fond dominant lui cause seulement quelques désagréments ou inconvénients, mais qu'il ne saurait être forcé à tolérer les choses qui lui porteraient un préjudice réel et notable*»).

<sup>107</sup> Hasta 1968 –indica CABALLERO, *Essai sur...*, *cit.*, p. 227–, ambas fórmulas son utilizadas concurrentemente; a partir de 1969, la segunda se impone sobre la primera, aunque ésta no se abandona por completo. Entre otras muchas, pueden citarse, en esa primera etapa en la que se usan indistintamente las dos expresiones, las siguientes sentencias: *Cass.*, 28 de febrero de 1848, *S.* 1848, 1, p. 311; *Cass.*, 3 de diciembre de 1860, *D. P.* 1961, 1, p. 331; *Cass.*, 17 de abril de 1872, *S.* 1872, 1, p. 76; *Cass.*, 19 de abril de 1905, *D.* 1905, 1, p. 256; *Cass.*, 29 de mayo de 1937, *Rec. Gaz. Pal.*, 1937, 3, p. 363; *Ch. Civ.*, 21 de julio de 1953, *Bull. Civ.*, 1953, II, p. 262; *Civ.*, 22 de enero de 1953, *Bull. Civ.*, 1953, II, p. 74; *Civ.*, 29 de marzo de 1962, *Bull. Civ.*, 1962, II, p. 258; *Civ.*, 16 de enero de 1968, *Bull. Civ.*, 1968, I, p. 163.

se reiteró constantemente por los tribunales y fue aceptada de buen grado por los autores franceses <sup>108</sup>, quienes trataron de determinar los dos aspectos fundamentales sobre los que se asentaba la doctrina: cuál es el fundamento de la responsabilidad en que incurre quien sobrepasa la medida de las obligaciones ordinarias vecinales y cómo se distingue entre las obligaciones ordinarias de vecindad y las extraordinarias.

A estos puntos se dedican los siguientes subepígrafes.

## 2. LA FUNDAMENTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE INCONVENIENTES ANORMALES DE LA VECINDAD

El abanico de fundamentaciones propuestas es amplísimo. No es éste el momento ni el lugar para pormenorizar cada una de estas aportaciones doctrinales, pero parece conveniente, al menos, destacar sus aspectos más interesantes. Antes de ello, sin embargo, es preciso explicar este afán colectivo por encontrar el fundamento de la responsabilidad en materia de *troubles de voisinage*. No había problema en declarar la responsabilidad civil del propietario o poseedor de un fundo que, culposamente, causaba un daño a un vecino, con base en los artículos 1382 y 1383 CC francés <sup>109</sup>. Pero sí cuando no existía culpa de quien producía la inmisión. En efecto, comprobado que una molestia excedía la medida de las obligaciones ordinarias de vecindad, los tribunales franceses declaraban responsable al autor de la misma y aplicaban, para regular esta responsabilidad, los artículos 1382 y ss. del CC de 1804 <sup>110</sup>. Estos preceptos consagran el principio general de responsabilidad basada en la idea de culpa, con base en el cual se exige, para apreciar la

<sup>108</sup> APPERT, «Droits du propriétaire...», cit., pp. 76-77, afirmó que la fórmula presentaba las siguientes ventajas: a) Sustituyó una cuestión de puro hecho por una cuestión de derecho, dado que obligaba a investigar el uso establecido entre los vecinos y si un propietario actuaba conforme a ese uso; b) Concilió de manera óptima las necesidades de la industria con la necesidad general de bienestar y tranquilidad; c) Era lo suficientemente flexible para ser aplicable a las modificaciones introducidas en la industria y en la vida social; d) Era equitativa, en el sentido que quien se establece en un sitio espera o debe esperar que sus vecinos se comporten como es habitual en dicho lugar, y si no ha previsto que sería así, es él el culpable, de modo que sería injusto castigar a sus vecinos por su falta de previsión.

<sup>109</sup> De acuerdo con el artículo 1382 CC francés, «[t]out fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer». El artículo 1383 dispone, a continuación, que «[c]hacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence».

<sup>110</sup> Así, Cass., 27 de junio de 1852, S., 1858, 1, p. 305, que condenó al propietario de un edificio del que procedían olores fétidos y gases nocivos, por no haber tomado las precauciones oportunas para evitar el perjuicio a los vecinos; Cass., 26 de marzo de 1873, S., 1873, 1, p. 256, que resolvió en el mismo sentido un supuesto de exhalaciones y humos procedente del inmueble del demandado que hacían inhabitables las viviendas vecinas.



responsabilidad, la concurrencia de dos requisitos: culpa y daño. Pues bien, cuando, como se decía, las inmisiones se producen sin intención de molestar ni negligencia por parte del autor de las mismas, como consecuencia del ejercicio de su derecho de propiedad o cualquier otro derecho real de disfrute sobre bienes inmuebles (en numerosas ocasiones, incluso, el causante de las perturbaciones ha tomado medidas para evitarlas), su responsabilidad civil no se puede fundar en su culpa; no, al menos, si se entiende ésta en su sentido habitual.

Así las cosas, era preciso buscar el fundamento de esta responsabilidad. Algunos autores trataron de encontrarlo al margen de la culpa; otros, en un intento de resolver la cuestión sin salir de las normas sobre responsabilidad civil, distorsionaron el concepto de culpa o bien prescindieron de él y defendieron una responsabilidad objetiva del autor de la molestia.

#### A) **Teorías que buscan el fundamento de la responsabilidad del causante de los inconvenientes anormales de la vecindad al margen de la culpa**

##### a) *La teoría del cuasi-contrato*

Uno de los autores que antes expresó su opinión fue Pothier. A su modo de ver, la vecindad es un cuasi-contrato que crea obligaciones recíprocas para los vecinos («es decir –afirma el autor–, entre los propietarios y poseedores de fundos contiguos los unos a los otros»), que consisten en no dañar al vecino. La ley y la equidad natural son la fuente de este cuasicontrato, cuya norma general es que cada uno puede hacer en su fundo lo que se le antoje, pero sin molestar al vecino<sup>111</sup>.

Esta doctrina ha sido criticada en varios sentidos: fundamentalmente, se dice que las relaciones de vecindad no encajan en la definición de cuasicontrato que los artículos 1370 y 1371 *Code civil* ofrecen: en virtud del primero, hay compromisos que se forman sin que intervenga ninguna convención; proceden, ya de la autoridad de la ley, ya de un hecho personal de quien se encuentra obligado; los primeros son los compromisos formados involuntariamente como los que hay entre los propietarios vecinos, o entre los tutores y los otros administradores que no pueden rehusar la función que

<sup>111</sup> «Le voisinage oblige les voisins à user chacun de son héritage de manière à ce qu'il ne nuise pas à son voisin» (POTHIER, R. J., *Traité du droit de domaine de propriété; Traité des obligations; Oeuvres*, vol. III, París, 1861, pp. 549 y ss.). Siguieron a este autor VERCESCO, G. J., *Étude générale sur les restrictions apportées à la propriété foncière*, Th., París, 1901, pp. 48 y ss., y NOYELLE, A., *Des restrictions apportées au droit de propriété dans l'intérêt privé*, Th., París, 1902, pp. 163 y ss.

les es conferida; los segundos, resultan de los cuasicontratos, o de los delitos o cuasidelitos. A esto añade el artículo 1371 que son cuasicontratos los hechos puramente voluntarios del hombre, de los que resulta un compromiso hacia un tercero, y, algunas veces, un compromiso recíproco de las dos partes<sup>112</sup>. De acuerdo con el CC francés, por tanto, se requiere un hecho voluntario del hombre para que haya cuasicontrato<sup>113</sup>; en las relaciones de vecindad, este elemento falta, en la medida en que la proximidad de los fundos es un hecho material absolutamente independiente de las personas de los propietarios<sup>114</sup>. En segundo lugar, se destaca la dificultad de con-

<sup>112</sup> El artículo 1370 CC francés establece, literalmente, que «[c]ertains engagements se forment sans qu'il intervienne aucune convention, ni de la part de celui qui s'oblige, ni de la part de celui envers lequel il est obligé. Les uns résultent de l'autorité seule de la loi; les autres naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé. Les premiers sont les engagements formés involontairement, tels que ceux entre propriétaires voisins, ou ceux des tuteurs et des autres administrateurs qui ne peuvent refuser la fonction qui leur est déferée. Les engagements qui naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé, résultent ou des quasi-contrats, ou des délits ou quasi-délits; ils font la matière du présent titre».

El artículo 1371, por su parte, dispone: «Les quasi-contrats sont les faits purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties».

<sup>113</sup> También el contrato encuentra su fuente en la voluntad. Pero en uno y otro caso ésta tiene una significación diferente: el contrato deriva de la voluntad consociada de las partes; el cuasicontrato, de un comportamiento voluntario, en el sentido de liberado de todo deber, y lícito (porque si es ilícito, nos hallamos en el ámbito de los delitos y cuasidelitos), al que la ley asocia determinados efectos. «La idea de cuasicontrato –afirma BALLARÍN HERNÁNDEZ, R., *El cobro de lo indebido. Perfiles institucionales y eficacia traslativa*, Tecnos, Madrid, 1985, p. 68– aparece montada a dos vertientes, que son la del Derecho y la de la moral. Si la regulación de sus consecuencias pertenece al primer campo, el principio legitimador de la institución pertenece al segundo». Así, «[l]as obligaciones que el comportamiento *ex cuasicontractu* determina para su autor, o, en ocasiones, para los interesados, nacen de acuerdo con el derecho y a partir de él. Pero la licitud de esos actos puramente voluntarios es consecuencia de su ajuste con exigencias que el Derecho no ha llegado a perfilar como deberes jurídicos típicos; si bien proceden de esa zona de la moral que lejos de ser indiferente al Derecho provoca la respuesta esencialmente jurídica de su protección». «La estructura del comportamiento que nuestro Derecho llama cuasicontratos –continúa el citado autor– se ofrece a la contemplación en dos momentos significativos: el acto lícito de su autor o de las partes, que es puramente voluntario, y las obligaciones que del mismo nacen».

<sup>114</sup> SORGE-VADALÀ, *I rapporti...*, cit., p. 179; VISINTINI, G., «Le immissioni nel quadro dei conflitti di vicinato» («Studio comparativo del Diritto francese e italiano»), Parte I, *Riv. dir. civ.*, 1974/1, p. 684. Ni siquiera encaja –destaca NAVARRO MENDIZÁBAL, *Las inmisiones...*, cit., p. 172– con la definición que el mismo POTHIER da de cuasi contrato: el hecho de una persona permitido por la ley, que le obliga frente a otro, u obliga a otra persona frente a él, sin que haya intervenido ninguna convención entre ellos.

Esta observación es trasladable a nuestro ordenamiento jurídico y al italiano, en los que se recoge una definición similar de cuasicontrato. Según el artículo 1887 CC español, son cuasicontratos «los 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». En cuanto al CC italiano de 1865, el artículo 1140 establecía que «[i]l quasi-contrato è un fatto volontario e lecito, dal quale risulta un'obbligazione verso un terzo o un'obbligazione reciproca tra le parti», (asimismo, en el *Codice civile* actual, el artículo 2028, primero que regula la gestión de negocios ajenos, comienza con la siguiente afirmación: «Chi, senza esservi obbligato, assume scientemente la gestione di un affare altrui...»).

cretar cuál sería el objeto de este cuasicontrato y el contenido de estas obligaciones <sup>115</sup>.

b) *La tesis de la obligación legal de vecindad*

Capitant mantuvo una posición similar a la de Pothier. A su juicio, existe una obligación legal de vecindad, de carácter recíproco, cuyo contenido es no dañar al vecino. Esta obligación legal deriva, implícitamente, según este autor, de una serie de disposiciones del *Code civil* relativas a específicas obligaciones en interés de los vecinos, y está confirmada por dos disposiciones de carácter general: los artículos 651 y 1.370 <sup>116</sup>. Ahora bien, hay un límite mínimo –afirmaba– por debajo del cual la obligación de no causar daño no se aplica; es decir, hay una serie de incomodidades que cada propietario debe soportar en nombre de las buenas relaciones de vecindad; esa tolerancia será mayor o menor según las circunstancias y será, en última instancia, el juez, quien deba adaptar la regla general a las particularidades de cada situación <sup>117</sup>.

Las críticas más relevantes hechas a esta doctrina son: a) Que la obligación legal que sostiene Capitant carece de plasmación escrita (los preceptos que el autor cita en apoyo de su opinión no contienen más que restricciones específicas, de las que no puede extraerse una obligación más general; pues sería contradictorio considerar la propiedad como derecho absoluto y admitir al mismo tiempo una restricción de orden general al mismo) <sup>118</sup>; b) Que la regla general no sirve de nada si su aplicación práctica se deja al arbitrio del juez <sup>119</sup> (observación ésta que me parece totalmente desafortunada); c) Que

<sup>115</sup> COLIN/CAPITANT, *Curso elemental...*, cit., t. II, vol. 2, pp. 182 y ss. GONZÁLEZ-ALÉGRE BERNARDO, *Las relaciones de vecindad*, cit., p. 17, que adopta la calificación de cuasicontrato de POTHIER respecto de las que llama relaciones obligacionales de vecindad, cree que la contestación a ambos interrogantes es fácil: «mantener una armónica y buena coexistencia vecinal, previniendo los conflictos que el ejercicio, más allá de los límites normales, de los derechos subjetivos pudiera ocasionar entre vecinos; y limitar el ejercicio de estos derechos hasta el punto en que debe permitirse a unos y tener que tolerar a otros las naturales invasiones por aquellas circunstancias determinantes de la vecindad».

<sup>116</sup> En virtud del artículo 651 CC francés, «[l]a loi assujettit les propriétaires à différents obligations l'un à l'égard de l'autre, indépendamment de toute convention». En cuanto al artículo 1370, V. texto literal en nota 112.

<sup>117</sup> CAPITANT, «Des obligations de voisinage et spécialement de l'obligation que pèse sur le propriétaire de ne causer aucun dommage au voisin», *Rev. crit. législ. et jurispr.*, 1900, pp. 156 y ss. y p. 241; ROBERT, A., *Les relations de voisinage*, Sirey, París, 1991, p. 110.

<sup>118</sup> PLANIOL, M./RIPERT, G., *Tratado práctico de Derecho civil francés* (trad. esp. por DÍAZ CRUZ, M., con la colaboración de LE RIVEREND BRUSONE, E.), t. III, Cultural, La Habana, 1942, p. 399; SORGE-VADALÀ, *I rapporti...*, cit., pp. 187-188; PRAX, A., *Propriété et jurisprudence. Contribution à l'étud des rapports de voisinage*, Th. Montpellier, 1933, p. 99; CARBONNIER, J., *Derecho civil* (trad. esp. con notas de ZORRILLA RUIZ, M.), t. II, vol. 1, Bosch, Barcelona, 1965, p. 310.

<sup>119</sup> RIPERT, G., *De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines*, Th., París, 1902, pp. 274 y ss.

si la obligación del propietario de no dañar a sus vecinos no es más que la generalización de los artículos del CC que imponen al propietario inmobiliario cierto número de abstenciones, la sanción al incumplimiento de este deber legal debería ser, no la reparación en forma de indemnización de daños y perjuicios, sino la más enérgica de la prohibición del acto mismo<sup>120</sup>.

### c) *La tesis de la obligación consuetudinaria de vecindad*

Blaise defiende, asimismo, la existencia de una obligación recíproca entre vecinos de no causarse daño unos a otros; pero para este autor, no es la ley, sino la costumbre, la fuente de esta obligación<sup>121</sup>. Este autor distingue la vecindad en sentido amplio, establecida entre particulares, con independencia de su cualidad de pro-

<sup>120</sup> STARCK, B., *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, París, 1947, p. 177.

<sup>121</sup> BLAISE, J. B., «Responsabilité et obligations coutumières dans les rapports de voisinage», *Rev. trim. dr. civ.*, 1965, pp. 284-290. Este autor aduce tres razones en apoyo de su tesis: una, el examen de los trabajos preparatorios del CC francés; dos, la existencia de ciertos artículos en este texto legal que admiten servidumbres consuetudinarias, junto a la no prohibición de acudir a la costumbre *praeter legem* para los casos no previstos; tres, la admisión, aun indirecta en ocasiones, de las obligaciones consuetudinarias de vecindad en la doctrina y la jurisprudencia. Del examen de los trabajos preparatorios del CC francés se desprende, a su modo de ver, la intención de sus redactores de regular la problemática de los conflictos vecinales con la perspectiva de las limitaciones al derecho de propiedad y en los que siempre aparece reflejada la costumbre. En segundo lugar, tenemos la existencia en el *Code* de determinados preceptos en materia de servidumbres legales que contienen una remisión expresa a los usos (arts. 663, 671 y 674), lo que significa —defiende el autor— la admisión de verdaderas servidumbres consuetudinarias *secundum legem*. Estas normas son, sin embargo, de interpretación estricta, de modo que no pueden servir para fundamentar una regla general; esta dificultad la salva BLAISE con una interpretación particular del artículo 544: a su modo de ver, el carácter absoluto que esta norma otorga a la propiedad no hay que entenderlo en el sentido de que este derecho sea ilimitado, sino en el de que escapa a la voluntad del poder político; de donde resulta que este precepto no supone un obstáculo a que se establezcan límites a la propiedad distintos de las leyes y reglamentos; con base en esto y en la no prohibición de la costumbre *praeter legem*, este autor sostiene la posibilidad de utilizar este tipo de costumbre en los supuestos no regulados.

Otros autores también hacen mención de la costumbre en materia de obligaciones de vecindad, pero ninguno con la intensidad de BLAISE. Así, RIPERT, *De l'exercice du droit...*, cit., pp. 408 y ss.: dentro de su teoría del riesgo creado por un uso anormal del derecho de propiedad, afirma que el juez deberá apreciar la responsabilidad del autor del acto anormal atendiendo a la época y al lugar concretos y teniendo en cuenta los usos; CARBONNIER, *Derecho civil*, cit., t. II, vol. 1, p. 305: la falta, a los efectos de la aplicación del artículo 1832 *Code*, consiste en sobrepasar las limitaciones consuetudinarias a la tolerancia entre vecinos (más adelante, este autor afirma que la apertura de un establecimiento que ocasiona molestias es una especie de expropiación por causa de necesidad privada; los tribunales deberán comprobar la necesidad invocada y, caso de confirmarse, la expropiación perdura, pero da lugar a una indemnización); STARCK, *Essai d'une théorie générale...*, cit., pp. 188 y ss.: todo daño causado sin derecho, que comprometa la seguridad o los bienes de la persona, permite a la víctima exigir una reparación, salvo que exista una obligación legal (arts. 640 y 673 *Code*) o consuetudinaria de soportarlo; en el caso de las relaciones de vecindad, es la costumbre la que impone la obligación de soportar los inconvenientes ordinarios de vecindad. En tiempos recientes, ha destacado la importancia de la costumbre, en el tema que nos ocupa, ROBERT, *Les relations de voisinage*, cit., pp. 110-111.

pietarios, de la vecindad en sentido estricto, que corresponde a la vecindad entre propietarios. En la primera situación —afirma—, la costumbre *praeter legem* impone reglas de conducta a las personas costreñidas a vivir en proximidad. Estas reglas limitan la libertad de los individuos, no su derecho de propiedad, e imponen un deber de abstención que surge cuando se traspasa cierta medida (por ejemplo, abstención de hacer ruido más allá de cierto nivel sonoro). El segundo caso se distingue del anterior, a lo que entiende Blaise, en cuanto a su naturaleza y a su origen: respecto de su naturaleza, porque las obligaciones consuetudinarias de vecindad en sentido estricto son límites de la propiedad fundiaria; en relación con su origen, porque se encuentra en las reglas de la costumbre *secundum legem* consagradas en los artículos 663, 671 y 673 *Code*. La transgresión de estas obligaciones consuetudinarias de vecindad, en cualquiera de sus vertientes, es, a decir del citado autor, una *faute*, que da lugar a la aplicación de los artículos 1382 y ss. CC francés<sup>122</sup>.

Se considera que el principal inconveniente de esta doctrina es la dificultad de probar la existencia de las obligaciones consuetudinarias de vecindad. De otro lado, se asegura la imposibilidad de aplicarla en el marco de nuestro ordenamiento jurídico, en el que la costumbre *secundum legem* está desplazada por la ley. La costumbre a la que se refiere Blaise —se indica— no es, en ningún caso, aunque este autor así la califique, *praeter legem*, puesto que hay ley que prescribe libertad de ejercicio dentro de los límites expresamente establecidos; por tanto, será costumbre *contra legem*, por negar la libertad legal, o *secundum legem*, por concretar la forma de ejercicio del derecho, y, en ambos supuestos, prohibida por el sistema de fuentes (salvo en lo que respecta a Navarra, donde la costumbre, aunque sea contraria a la ley, prevalece sobre ésta; y a Aragón, donde la costumbre prevalece sobre la ley dispositiva, aunque no sobre la imperativa o prohibitiva)<sup>123</sup>.

#### d) *La doctrina francesa de la immissio*

Otra corriente doctrinal trata de fundamentar la responsabilidad entre vecinos en la idea de *immissio*. Se dice, en este sentido, que ningún propietario puede hacer nada que acarree un perjuicio excedente de la medida de las obligaciones ordinarias de vecindad al predio vecino; si lo hace, comete una *faute*. Esta falta va unida, no

<sup>122</sup> BLAISE, «Responsabilité et obligations coutumières...», cit., pp. 291 y ss.

<sup>123</sup> NAVARRO MENDIZÁBAL, *Las inmisiones...*, cit., p. 183. Según Díez-Picazo y Ponce de León, «Comentario al artículo 1 CC», en *Comentario del Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 7, debe entenderse, respecto de ambas Comunidades Autónomas, que lo admitido es la costumbre que contradice la ley foral, pero no la contraria a la ley estatal, cuando ésta sea aplicable.

tanto al uso por el propietario de su derecho de propiedad, como al desconocimiento del derecho de propiedad de los vecinos; consiste en la violación de un derecho que es oponible a todos. Ahora bien, es una *faute* muy particular, porque está ligada a la vida en sociedad, lo que ocasiona que no se puedan sancionar las consecuencias de cualquier *immissio*, pues ello haría imposible la vida en común; el interés de todos impondrá a cada uno el tener que soportar cierto margen de perjuicio, el que no exceda la medida de las obligaciones ordinarias de la vecindad<sup>124</sup>.

Entre otros defectos de esta teoría, se señalan el de realizar una distinción artificial entre las diferentes perturbaciones, que lleva a incluir en el ámbito de las inmisiones, molestias que en realidad no reúnen las características de aquéllas (una casa de tolerancia, por ejemplo); y el de que la *immissio* no produce responsabilidad hasta que el daño sobrepasa determinada medida, cosa que parece que los seguidores de esta doctrina no han tenido en cuenta<sup>125</sup>.

#### e) *La teoría de la expropiación*

Demogue consideraba que las perturbaciones vecinales constituyen una especie de expropiación entre vecinos: si un vecino modifica las condiciones comunes de la zona, da lugar a una suerte de expropiación de las comodidades de las que disfrutaban sus vecinos (aire salubre, ambiente tranquilo); este hecho, junto con la consideración del provecho que consigue el causante de la molestia, justifica que haya de indemnizar el daño ocasionado<sup>126</sup>.

El mayor problema de esta tesis es, como algún autor señala, que la idea de una suerte de expropiación por utilidad privada es contraria al artículo 545 *Code*, en virtud del cual «*nadie puede ser obligado a ceder su propiedad, si no es por causa de utilidad pública, y a cambio de una previa y justa indemnización*»<sup>127</sup>.

<sup>124</sup> MAZEAUD, H./MAZEAUD, L./MAZEAUD, J./CHABAS, *Leçons du droit civil*, t. II, Montchrestien, París, 1994, p. 92; LEYAT, P., *La responsabilité dans les rapports du voisinage*, Recueil Sirey, París, 1936, pp. 158 y ss. La medida ordinaria de vecindad actúa, por tanto, no como límite que si es traspasado da lugar a culpa, sino como elemento exonerador de la culpa implícita en toda inmisión, como una forma de eludir la *faute* por las exigencias de la vida social (NAVARRO MENDIZÁBAL, *Las inmisiones...*, cit., p. 196).

<sup>125</sup> STEFANI, P., *La nature de la responsabilité en matière de troubles de voisinage*, Th., Montpellier, 1941, pp. 50-51; BLAISE, «Responsabilité et obligations coutumières...», cit., p. 282; CARBONNIER, *Derecho civil*, cit., t. II, vol. 1, p. 310; ROBERT, *Les relations de voisinage*, cit., p. 110.

<sup>126</sup> DEMOGUE, R., *Traité des obligations en général*, t. IV, París, 1924, p. 416. En la misma línea, FARGE, F., *Le voisinage industriel*, Th., Grenoble, 1923, p. 15.

<sup>127</sup> ALGARRA PRATS, *La defensa jurídico-civil...*, cit., p. 125.

f) *La doctrina del equilibrio entre las propiedades vecinas*

Una formulación con bastantes seguidores fue la del equilibrio entre las propiedades, que se basaba en la igualdad de los diversos derechos de propiedad, fundada en el artículo 544 CC francés. Esta posición doctrinal distinguía entre los daños que se pueden ocasionar al vecino en el ejercicio del derecho de propiedad por negligencia o abuso y los daños inherentes a una actividad normal del propietario; los primeros se rigen por las normas comunes en materia de responsabilidad aquiliana (arts. 1382 y ss. *Code civil*), mientras que los segundos dan lugar a una compensación por la disminución de valor que ha sufrido la finca vecina<sup>128</sup>. Esta compensación es distinta del resarcimiento derivado de la aplicación de las reglas de la responsabilidad civil: la disciplina recogida en el artículo 1382 CC francés prevé el resarcimiento integral del daño, que comprende tanto la realización de los trabajos necesarios para eliminar el daño como el resarcimiento. Esto no es posible en los casos de responsabilidad por conflictos vecinales, según los defensores de esta tesis, porque la causa del problema (por ej., la actividad industrial en regla, es decir, desarrollada de acuerdo con lo prescrito en la correspondiente licencia) en muchas ocasiones no es eliminable<sup>129</sup>.

Se dice, sin embargo, que dado que la acción ejercitada por el vecino perjudicado implica la producción de un daño, se llame compensación o resarcimiento, estamos siempre en el ámbito de la responsabilidad civil. No sería así si la determinación de la compensación económica se acordase antes del acaecimiento del daño<sup>130</sup>. Pero es que, además, esta doctrina falla en su mismo fundamento, esto es, en el principio de igualdad formal de las propiedades, que ha sido superado por las circunstancias históricas.

g) *La tesis de la equidad natural*

Savatier entendió que todo propietario tiene, por una razón de equidad natural, el derecho a molestar al vecino. Este derecho tiene un límite, que es el de que la molestia no sobrepase la repetida medida de las obligaciones ordinarias de vecindad. Conviene notar cómo salvaba este autor la imposibilidad de poner límites al dominio, aparte de los establecidos en la ley y los reglamentos: no decía

<sup>128</sup> HENRIOT, G. C., *Le dommage anormal*, París, 1960, pp. 32 y ss.; YOCAS, *Les troubles...*, cit., pp. 125 y ss.

La idea de igualdad aparece, asimismo, en HARPILLARD, J. P., *Les inconvenients de voisinage*, Th., París, 1975, p. 48; ROUX, D., *Les rapports de voisinage entre particuliers: essai de synthèse*, Th., Lyon, 1977, p. 311; y STEFANI, *La nature...*, cit., p. 85.

<sup>129</sup> VISINTINI, «Le immissioni nel quadro...», Parte I, cit., pp. 696-697.

<sup>130</sup> VISINTINI, «Le immissioni nel quadro...», Parte I, cit., p. 701.

que el ejercicio del derecho de propiedad está limitado por la obligación de no molestar al vecino, sino que, antes al contrario, confirmaba el carácter absoluto de este derecho afirmando que incluye la facultad de molestar, si bien hasta cierto punto. Este límite ha de establecerse, en opinión del autor francés, para cada caso concreto, de acuerdo con el tiempo y lugar en que se produce el conflicto. Es, en definitiva, la necesidad social la que fija el límite. En ocasiones, las exigencias de la vida social permiten incluso sobrepasar la medida ordinaria; es el caso de las perturbaciones derivadas de una industria que favorece el interés general. Por contra, en el supuesto de casas de tolerancia o cuando hay intención de dañar, no hay razón que justifique la facultad de molestar, en ninguna medida<sup>131</sup>.

## B) El fundamento de la responsabilidad por inconvenientes anormales de la vecindad en los artículos 1382 y ss. del CC francés

Vistos los diversos fundamentos propuestos al margen de la noción de culpa, procede ahora prestar un poco de atención a las opiniones que consideran que basta el recurso al principio *neminem laedere* y las normas sobre responsabilidad civil extracontractual para fundamentar la responsabilidad de los vecinos (arts. 1382 y ss. *Code*). En esta línea de pensamiento, hay autores que defienden que las relaciones de vecindad se rigen por las normas de la responsabilidad subjetiva y otros que piensan que se trata de un supuesto de responsabilidad objetiva.

### a) *La doctrina que defiende la responsabilidad subjetiva del propietario*

El planteamiento general de los seguidores de la primera tesis era el siguiente: en principio, el derecho del propietario es un derecho con límites, algunos fijados por la ley y otros por la voluntad de los hombres, y cada violación de los mismos obliga a reparación; fuera de estos límites, la regla es que cada propietario puede usar su derecho con libertad, sin ser responsable más que cuando incurra en culpa en el ejercicio de su propiedad.

El principal inconveniente con que se encontraron fue el ya apuntado de la dificultad de insertar la *faute* que exige el artículo 1383 *Code* en el campo de las relaciones de vecindad (en el que, insisto, salvo algún caso excepcional, cuando se produce una inmi-

---

<sup>131</sup> SAVATIER, R., *Traité de la responsabilité civile en droit français*, t. I, París, 1951, pp. 90 y ss.



sión perjudicial para el vecino, el titular del fundo del que aquélla procede ejercita su derecho de disfrute del inmueble sin intención de molestar, incluso, en numerosas ocasiones, tomando medidas para evitar la molestia).

Las propuestas de integración de la culpa del inmitente son bastante forzadas. Algunos estiman que la culpa está en iniciar una actividad que causa daños anormales al vecino: todo daño cualitativamente grave sería una falta de obligado resarcimiento, en virtud del artículo 1382; otros entienden que hay culpa, no ya por causar el daño, sino por negarse a repararlo una vez producido <sup>132</sup>. En ambos casos, como han puesto de relieve algunos autores, se crea una ficción de culpa, confundiéndola, a veces, con el perjuicio <sup>133</sup>. En otras ocasiones, se ha defendido que la falta consiste en no haber tomado las precauciones necesarias para evitar el daño a los vecinos <sup>134</sup>; o en realizar un uso excepcional de la finca <sup>135</sup>. También hay quien propone una interpretación extensiva del artículo 1384 CC francés; en virtud de esta norma, se es responsable, no sólo de los daños causados por los hechos propios, sino también por los hechos de las personas de las que se debe responder o de las cosas que se tienen bajo guarda. Aplicado al ámbito de las relaciones de vecindad, la responsabilidad se fundamenta en el incumplimiento de la obligación de custodia del inmueble y de los demás bienes muebles que sean utilizados en la actividad productora de las inmisiones (obligación que correspondería al ejerciente de la actividad en cuestión) <sup>136</sup>.

<sup>132</sup> PICARD, M., en PLANIOL, M./RIPERT, G., *Traité pratique de Droit civil français*, t. III, París, 1952, pp. 463 y ss. Para este autor, el acto que causa las inmisiones, aunque no sea culpable, entraña la «obligation de réparation». En el mismo sentido, WEILL, A./TERRE, F./SIMLER, P., *Droit civil. Les Biens*, Précis Dalloz, París, 1985, p. 273.

<sup>133</sup> STARCK, «Domaine et fondement de la responsabilité sans faute», *Rev. trim. dr. civ.*, 1958, p. 486; BLAISE, «Responsabilité et obligations coutumières...», cit., p. 269; YOCAS, *Les troubles...*, cit., p. 115; VISINTINI, «Le immissioni nel quadro...», Parte I, cit., p. 690.

<sup>134</sup> Así, RODIÈRE, R., «La faute dans les troubles de voisinage», *Rev. trim. dr. civ.*, 1965, pp. 645 y ss. Este autor, consciente de que esta solución dejaría fuera aquellas hipótesis en las que se han tomado todas las precauciones posibles y aún así, se ha ocasionado un perjuicio, sostiene, para estos casos, que puede aceptarse el fundamento en la costumbre que propone BLAISE, siempre que se califique esta costumbre como lo que en realidad es: la ley, entendida ésta en sentido amplio.

<sup>135</sup> PLANIOL/RIPERT, *Tratado práctico...*, cit., pp. 393 y 400 y ss. Estos autores entendían que «la estricta aplicación del artículo 1382 que solamente sanciona la responsabilidad del propietario cuando hay por su parte violación de una ley o un reglamento, imprudencia o negligencia grave o intención de dañar, hubiera producido resultados injustos», de donde defendían la necesidad de proclamar una responsabilidad especial para el ejercicio anormal o excepcional del derecho, cuyo fundamento era, como se ha dicho, el uso excepcional del inmueble. En parecidos términos, MAZEAUD, H. y MAZEAUD, L., en MAZEAUD, H./MAZEAUD, L./TUNC, A., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. I, París, 1957, p. 697; LALOU, H., *Traité pratique de la responsabilité civile*, París, 1955, p. 575.

<sup>136</sup> BESSON, A., *La notion de garde dans la responsabilité du fait des choses*, París, 1927, p. 77.

Pero no parece que esta doctrina tenga demasiado sentido: en primer lugar, no son los bienes por sí solos los que causan las inmisiones, sino que éstas se producen porque el hombre realiza una actividad; en segundo lugar, como apunta la doctrina, tampoco se pueden considerar como «bienes muebles» los humos, olores, etc., respecto de los que, además, es absurdo pretender un deber de custodia<sup>137</sup>.

### b) *La doctrina de la responsabilidad objetiva*

Estos autores tratan de superar los inconvenientes que presenta la fundamentación de la responsabilidad en la culpa. Así, se acude a distintos argumentos: principalmente, el riesgo creado y la doctrina de la garantía.

De acuerdo con la teoría del riesgo creado, el propietario es responsable porque ha engendrado un riesgo anormal, a causa de una actividad que le aprovecha. Se trata de una responsabilidad objetiva, porque no es preciso indagar si existe o no culpa del responsable<sup>138</sup>.

Se ha objetado que la responsabilidad fundada en el riesgo es excepcional y exigiría un precepto expreso<sup>139</sup>; que la mayoría de las veces, cuando se inicia una actividad sobre el propio fundo, es absolutamente seguro que se producirán las inmisiones nocivas, por lo que, en realidad, no hay ningún hecho eventual<sup>140</sup>; y que la responsabilidad basada en el riesgo destruye la base moral que, a lo que cree algún autor, sustenta la responsabilidad<sup>141</sup>.

El punto de partida del segundo de los criterios propuestos para determinar la responsabilidad, esto es, la teoría de la garantía, es que los conflictos de vecindad no son conflictos entre derechos de propiedad, sino entre derechos subjetivos o libertades individuales, los cuales tienen en común el ser una prerrogativa defendida por la ley.

<sup>137</sup> STARCK, *Essai d'une théorie générale...*, cit., p. 186.

<sup>138</sup> JOSSEAND, *Cours de Droit civil...*, cit., pp. 747 y ss.; *El espíritu de los derechos...*, cit., p. 21. Decía este autor, en la segunda obra citada, que esta responsabilidad «se explica, no por una falsa dirección impresa al derecho, sino por la intensidad misma del daño causado; deriva no de un delito, sino del riesgo particular, exorbitante del derecho común, que el propietario o el jefe del establecimiento han creado en su propio interés y sin reciprocidad posible; este riesgo debe recaer, en último análisis, no sobre un tercero, extraño tanto a su creación como a su utilidad, sino más bien sobre quien lo ha causado por sí mismo, y quien al recibir sus provechos, está perfectamente designado para asumir sus incidencias peligrosas: *ubi emolumentum, ibi et onus esse debet*».

<sup>139</sup> CARBONNIER, *Derecho civil*, cit., t. II, vol. 1, p. 310.

<sup>140</sup> HENRIOT, *Le dommage...*, cit., p. 20; YOCAS, *Les troubles...*, cit., p. 105; TUNC, en MAZEAUD, H./MAZEAUD, L./TUNC, *Traité théorique et pratique...*, cit., t. I, p. 699.

<sup>141</sup> RIPERT, *La règle morale...*, cit., pp. 196 y ss.

Hay que situar estas objeciones en el momento en que se hicieron. Hoy, naturalmente, la responsabilidad por riesgo no sólo está aceptada, sino que rige en amplios ámbitos del Derecho civil.

De donde resulta que todo daño causado (sin derecho) a uno de estos derechos o libertades, protegidos en sí mismos y por sí mismos, permite a la víctima exigir una reparación, en la medida en que se ha comprometido su seguridad personal o patrimonial. Y ello, abstracción hecha de toda culpabilidad del causante del daño<sup>142</sup>.

Para Bonfante, las reglas de la responsabilidad (objetiva o subjetiva) no sirven para solucionar los problemas derivados de las relaciones de vecindad, porque de lo que se trata es de fijar un límite al derecho de propiedad, cosa que aquellas reglas no hacen, sino que establecen que quien causa un daño a otro, ha de responder por ello. La responsabilidad objetiva es rechazable, además, porque prescinde de la culpa cuando el ordenamiento la exige<sup>143</sup>. Este autor pensaba que la teoría de las obligaciones ordinarias de vecindad era equívoca porque, o bien la obligación de vecindad recoge las obligaciones entre vecinos sancionadas por ley (las servidumbres legales), y entonces no sirve para nada, o bien se refiere a las relaciones y tolerancias entre vecinos que la sociedad reconoce y que los vecinos correctos respetan, y en tal caso se atribuye un doble sentido, moral y jurídico, al término obligación, que no resulta muy adecuado<sup>144</sup>.

### C) La fundamentación de la responsabilidad en la jurisprudencia francesa

¿Qué lugar ocupa la *faute* en la jurisprudencia? En algunas resoluciones, se utiliza una concepción particular de la culpa, confundiéndola con el daño, al decir que hay culpa, no sólo cuando no se han tomado las precauciones oportunas para impedir el daño, sino también cuando éste se ha producido<sup>145</sup>; o se afirma que existe culpa cuando se traspasa el límite de los inconvenientes ordinarios

<sup>142</sup> STARCK, *Essai d'une théorie générale...*, cit., pp. 187 y ss. Mantiene esta opinión en su trabajo posterior «*Domaine et fondement...*», cit., pp. 487 y 501 y ss.

<sup>143</sup> BONFANTE, *Las relaciones de vecindad*, cit., pp. 42 y ss. GONZÁLEZ-ALEGRE BERNARDO, «La teoría del abuso de derecho...», cit., pp. 47-48, respecto del Derecho español, añade otra quiebra fundamental a la teoría de la responsabilidad objetiva: la ausencia de un principio sancionador de la responsabilidad objetiva en el ordenamiento jurídico español que permitiera llevarla a las relaciones entre vecinos. De nuevo es preciso recordar que ese obstáculo no lo es en realidad para la jurisprudencia española, que ha recurrido y recurre a la responsabilidad objetiva o por riesgo sin que exista base positiva para ello; incluso, en ocasiones, ha transformado en objetiva la responsabilidad que la ley configura como subjetiva.

<sup>144</sup> BONFANTE, *Las relaciones de vecindad*, cit., p. 47.

<sup>145</sup> *Cass.*, 17 de noviembre de 1931, *D. H.*, 1932, p. 1; *Cass.*, 28 de mayo de 1952, *D.*, 1953, *Somm.*, p. 11; *Civ.*, 30 de marzo de 1961, *D.*, 1962, 168; *Civ.*, 2.ª, 22 de octubre de 1964, *Bull. Civ.*, II, 468; *Cass.*, 4 de febrero de 1971, *D.*, 1971, *Somm.*, p. 159; *Civ.*, 3.ª, 8 de julio de 1971, *Bull. Civ.*, III, 451.

de vecindad <sup>146</sup>. Pero generalmente, se prescinde por completo de la culpa, instaurando una responsabilidad objetiva <sup>147</sup>. Algunas decisiones, en fin, se han apoyado en el artículo 1384, 1 CC francés para afirmar la responsabilidad por conflictos vecinales <sup>148</sup>, pero la Corte de Casación rechaza firmemente esta solución <sup>149</sup>.

### 3. EL LÍMITE DE LAS OBLIGACIONES ORDINARIAS DE VECINDAD

Cualquiera que sea el fundamento propuesto para declarar la responsabilidad del causante del daño, todas las teorías expuestas

<sup>146</sup> París, 30 de agosto de 1858, *Jurisp. gén. des assur.*, 2.<sup>a</sup> parte, p. 207, y Burdeos, 21 de junio de 1859, *D. P.*, 1859, 2, 187, que condenaron a sendas Compañías ferroviarias por las molestias ocasionadas a los vecinos de una estación de tren y a los de las vías ferroviarias por la circulación de los trenes y las actividades de construcción y reparación. Las molestias se producían pese a que el Gobierno y las Compañías habían tomado todas las medidas posibles para evitarlas, no obstante lo cual los tribunales citados consideraron que había culpa en los demandados porque se había traspasado el límite de los inconvenientes normales de vecindad.

<sup>147</sup> Un gran paso adelante en este sentido se dio, a juicio de APPERT, «Droits du propriétaire...», cit., pp. 80-81, en la S. Corte de Douai de 30 de mayo de 1854, *D. P.*, 1885, 2, 26, en la que se declaró que «si la obligación de sufrir las molestias del humo que se escapa de las chimeneas vecinas es una de las necesidades que impone la vecindad (...) el derecho de reclamar existe, si el propietario de una finca de la que procede el humo hace un uso no moderado de su derecho, o si, en lugar de una habitación ordinaria, instala un establecimiento que, por su explotación, produce un humo dañoso a la propiedad vecina». Las sentencias posteriores siguen mayoritariamente esta línea: Limoges, 20 de junio de 1921, *D. P.*, 1922, 2, p. 249; *Civ.*, 2 de mayo de 1968, *D.*, 1968, 609; *Civ.*, 2.<sup>a</sup>, 3 de enero de 1969, *Bull. Civ.*, II, 4; *Civ.*, 3.<sup>a</sup>, 4 de febrero de 1971, *J. C. P.*, 1971, 16781, nota LINDON; *Civ.*, 3.<sup>a</sup>, 25 de octubre de 1972, *J. C. P.*, 1973, 17491.

VISINTINI, «Le immissioni nel quadro...», Parte I, cit., pp. 704 a 708, destaca el hecho de que en todos los casos en los que la jurisprudencia francesa recurre a la técnica de la responsabilidad objetiva para solucionar conflictos de vecindad, el autor de la molestia es un industrial o un comerciante. Debe reconocerse —afirma esta autora— que en muchas de estas sentencias referentes a vecindad industrial, se ha aludido, además de a la gravedad del daño, a una omisión de las precauciones aptas para evitarlo, lo que podría hacernos pensar que no está tan claro que la responsabilidad sea objetiva; sin embargo, advierte que hay que tener en cuenta que la referencia a la culpa no influye en la declaración de responsabilidad, sino que sirve al juez para conceder la reparación en forma específica, es decir, para ordenar al autor la adopción de las medidas que la técnica ofrece para eliminar la causa o reducir su entidad. La situación es distinta en la jurisprudencia que ha resuelto conflictos de vecindad entre propietarios que disfrutaban sus fundos como vivienda o para otras finalidades privadas; en estos supuestos, la regla de responsabilidad es la general de responsabilidad subjetiva, en la que la culpa es el criterio de imputación.

<sup>148</sup> *Riom*, 17 de febrero de 1970, casada por *Civ.*, 3.<sup>a</sup>, 20 de octubre de 1971, *D.*, 1972, 414, nota LAPOYADE DESCHAMPS, C.; *T. G. I.* Bayona, 14 de diciembre de 1970, *JCP*, 1971, II, 16665, nota BONNAIS.

<sup>149</sup> *Civ.*, 21 de febrero de 1953, *D.*, 1953, 573, nota MAZEAUD, J. y H.; *Civ.*, 3.<sup>a</sup>, 25 de octubre de 1972, *JCP*, 1973, 17491, nota GOUBEAUX.

Se muestra de acuerdo con ella NICOLAS, «La protection du voisinage», cit., p. 686, quien afirma que la Corte ha demostrado que si bien hay ocasiones en que el daño procede de un hecho de la cosa, en muchas otras no tiene nada que ver: el ocupante de un apartamento que pone la radio a un volumen excesivo (*Civ.*, 1.<sup>a</sup>, 18 de julio de 1961, *D.*, 1961, 722), los niños que hacen mucho ruido (*Civ.*, 24 de mayo de 1971, *Bull. Civ.*, 1971, II, 241), etc., son supuestos en los que el inconveniente deriva claramente de un hecho del hombre.

coinciden, como se ha apuntado, en que sostenían que tal responsabilidad surge cuando se sobrepasa la medida de las obligaciones ordinarias de vecindad. La dificultad residía en determinar cuándo ocurre eso.

La doctrina francesa estaba de acuerdo en un punto: la molestia respecto de la que debe decidirse si excede o no de las obligaciones ordinarias de vecindad ha de constituir verdadero daño en sentido jurídico; es decir, ha de implicar lesión de un derecho subjetivo, y no la privación de una mera ventaja o comodidad de la que se disfrutaba (por ejemplo, la privación de vistas o de la luz del sol) <sup>150</sup>.

Con este punto de partida, algunos autores entendían que se superaba el límite de las obligaciones ordinarias de vecindad cuando se realizaba un acto excesivo, que sería el que respondía a un uso excepcional de la propia finca. A diferencia de los actos abusivos, que según este sector doctrinal se caracterizan por el ánimo de perjudicar que guía a su autor, los actos excesivos se realizan con ausencia de culpa y sin intención de dañar; pese a ello, generan responsabilidad de quien los comete porque se apartan de la explotación normal de la finca y agravan las molestias típicas de la vecindad <sup>151</sup>.

Para calificar un uso como excepcional, se recurría, entre otros criterios, a las circunstancias de tiempo y de lugar <sup>152</sup>; a la actividad o profesión de la víctima <sup>153</sup>; y a la denominada pre-ocupación colectiva (*pré-occupation collective*). Según esta regla, cuando en una zona se instala determinada actividad como ordinaria, los vecinos posteriores saben a qué se exponen al establecerse allí, y por lo

<sup>150</sup> ZACHARIAE, C. S., *Cours de Droit français*, t. II, Estrasburgo, 1839, p. 57; PROUDHON, *Traité du domaine de propriété ou de la distinction des biens*, Bruselas, 1842, p. 249; TOULLIER, M., *Il diritto civile francese secondo l'ordine del codice*, vol. 2, Venecia, 1845, pp. 156 y ss.; AUBRY, C./RAU, C., *Cours de Droit civil français*, vol. 2, París, 1869, p. 199; LAURENT, *Principes...*, cit., t. VI, pp. 183 y ss.; BAUDRY-LACANTINERIE, G./CHAVEAU, R., *Traité théorique et pratique de Droit civil*, t. VI, París, 1905, pp. 163 y ss. Algunos autores franceses, con todo, excluían de la posibilidad de privar de ventajas al vecino sin responder por ello la hipótesis de que la actuación se hubiese llevado a cabo con la única finalidad de dañar al vecino (TOULLIER, *Il diritto civile francese...*, cit., vol. 2, p. 156; LAURENT, *Principes...*, cit., t. VI, p. 188; BAUDRY-LACANTINERIE/CHAVEAU, *Traité...*, cit., t. VI, p. 163).

<sup>151</sup> JOSSE-RAND, *Cours de Droit civil...*, cit., t. I., p. 827 (V. nota 97). En términos parecidos, PICARD, en *Traité pratique...*, cit., t. III, p. 445.

<sup>152</sup> RIPERT, *De l'exercice du droit...*, cit., p. 426; PICARD, en *Traité pratique...*, cit., t. III, p. 445.

<sup>153</sup> Así, el lavadero situado junto a una fábrica que produce humos (Colmar, 16 de mayo de 1827, *S.* 1828, 2, p. 23), o el hospital situado cerca de una fábrica (Nancy, 12 de abril de 1923, *Gaz. Pal.*, 1923, 1, p. 743).

No se considera relevante, en cambio, el estado físico o mental del perjudicado. En este sentido, *T. G. I. Pau*, 12 de noviembre de 1965, *D.* 1966, 301; *Civ.*, 2.<sup>a</sup>, 12 de enero de 1966, *D.* 1966, 473; *Cour Orleans*, 18 de diciembre de 1967, *Gaz. Pal.*, 1968, 1, p. 262 (en la que se negó la reparación a un enfermo de corazón a quien las ondas supersónicas de aviones causaron enfermedades cardíacas).

tanto, o han sido imprudentes, o han aceptado, al menos tácitamente, las molestias. Por consiguiente, no pueden pretender la cesación de las perturbaciones, porque no cabe considerar que exceden de la medida ordinaria de vecindad <sup>154</sup>.

En la actualidad, el ordenamiento francés continúa carente de una regulación legal sistemática de las inmisiones (de las relaciones de vecindad, en general). La doctrina y la jurisprudencia continúan recurriendo a la teoría de los inconvenientes anormales de vecindad, así como a la del abuso del derecho de propiedad, para solucionar los conflictos.

## V. LA TEORÍA DEL USO NORMAL: *IMMISSIO Y EINGRIFF*

El factor determinante de la gestación de esta teoría fue el nacimiento de la industria. Frente a la doctrina de los actos de emulación, que, como se ha apuntado, presentó cada vez más carencias ante los males de la revolución industrial, se propuso en Alemania un criterio de delimitación entre las molestias que debían permitirse y las que se debían prohibir, conforme al cual había que tolerar las perturbaciones que fueran consecuencia de un uso normal y cabía oponerse a las que procedieran de un uso extraordinario, como era entonces la actividad industrial.

<sup>154</sup> Esta regla nace a partir de la interpretación que DEMOLOMBE, *Cours...*, cit. t. XII, p. 150, hizo del artículo 674 CC francés, que prescribe la obligación de guardar las distancias reglamentarias o en su defecto, los usos del lugar, para ciertas construcciones. Según este autor, si se instala una actividad peligrosa en una zona deshabitada y, con posterioridad los trabajadores de aquella establecen sus viviendas a una distancia de la fábrica menor que la exigida legalmente, si se ven afectados por algún tipo de inmisión, no tendrán derecho a exigir la cesación de la actividad, porque son ellos quienes han incumplido la normativa. Otros autores generalizaron esta interpretación y sentaron como regla el criterio apuntado. En este sentido: RIPERT, *De l'exercice du droit...*, cit., p. 421; APPERT, «Droits du propriétaire...», cit., p. 76; PLANIOL, en PLANIOL/RIPERT/BOULANGER, *Traité élémentaire de Droit civil*, t. I, París, 1950, p. 1028.

También la jurisprudencia acogió favorablemente este criterio. V. entre otras, Ch. Civ., 28 de febrero de 1848, *D.* 1848, 1, 122; Metz, 25 de agosto de 1863, *D. P.*, 1864, 2, p. 111; Dijon, 16 de mayo de 1876, *S.*, 1876, 2, p. 263; Besançon, 15 de noviembre de 1934, *D. H.*, 1935, p. 25.

Distinta de la pre-ocupación colectiva es la pre-ocupación individual (*pré-occupation individuelle*), así llamada porque tiene en cuenta la prioridad de la instalación o del uso de las fincas en conflicto (por ejemplo, una fábrica y una vivienda), y considerada irrelevante por la doctrina. Sería absurdo —apuntaba LEYAT, *La responsabilité...*, cit., p. 324— que por la instalación anterior de una fábrica, el propietario de la misma impusiera a todos los vecinos sucesivos la carga de soportar las molestias derivadas de la actividad industrial. Sólo en un caso —añadía este autor en las pp. 335-336 de la citada obra— importa la anterioridad: cuando el vecino perjudicado ha pagado un precio bajo de adquisición de su inmueble, por razón, precisamente, de su proximidad con el establecimiento inmitente; pero, en este caso —se añade—, la acción será rechazada, no porque el inmitente tenga un derecho de pre-ocupación, sino porque el vecino no ha sufrido perjuicio.

Defendiendo siempre como criterio delimitador entre las molestias permitidas y las prohibidas el carácter normal o extraordinario de la actividad que las ocasiona, esta doctrina presenta ciertas variantes que obedecen a la concepción de la molestia en sí.

## 1. LA DOCTRINA ALEMANA DE LA *IMMISSIO*

La primera formulación de la teoría del uso normal apareció con la doctrina de la *immissio*, surgida en Alemania durante el siglo pasado. Su iniciador –afirma algún autor<sup>155</sup>– fue Spangenberg. Con base en el texto del Digesto 8, 5, 8, 5-7, sostenía, como principio general, que cada uno puede proceder en su propiedad como guste, con tal que no ocasione inmisión alguna en la finca vecina que cause daño al fundo mismo, o daño y molestia a quien lo habita. Por inmisión entendía este autor sólo la de entidad corpórea visible (agua, humo, etc.; no, en cambio, ruidos y olores). Por daño o molestia, con entidad suficiente para fundamentar una acción jurídica, consideraba los que fueran consecuencia de un aprovechamiento extraordinario del inmueble (como el establecimiento de aparatos para finalidades especiales, o el ejercicio de una industria, que, por aquel entonces, suponía un uso extraordinario de la finca); el propietario sólo debe tolerar un daño o molestia de este tipo si quien los causa hubiera adquirido una servidumbre para ello. Por contra, se debe tolerar aquello que sea el resultado del aprovechamiento usual del fundo, de la vida ordinaria (por ejemplo, el humo causado por la calefacción, el polvo producido por la limpieza normal de la casa). En la misma línea, Werenberg clasifica las inmisiones en directas e indirectas: las primeras, esto es, aquellas cuyo origen está en el mismo fundo que las sufre o en su lindero, están siempre prohibidas; mientras que las segundas, que serían resultado de actividades realizadas en otro fundo distinto del que las padece, lo estarán cuando deriven de un uso extraordinario que exceda de las necesidades y de la esfera de la vida normal<sup>156</sup>.

Las limitaciones del concepto de *immissio*, puestas en evidencia por varios autores, hacían que esta doctrina no fuera apropiada para

<sup>155</sup> ALGARRA PRATS, *La defensa jurídico-civil...*, cit., pp. 363-365. En opinión de esta autora, la importancia de esta doctrina se centra en un doble aspecto: por un lado, comienza a perfilar el concepto de inmisión en sentido estricto, que se completará con las aportaciones de IHERING y de la antigua doctrina italiana; por otro, se preocupa por fijar los límites de tolerancia de las inmisiones, distinguiendo las permitidas que el vecino debe tolerar y las no permitidas, que puede prohibir.

<sup>156</sup> NAVARRO MENDIZÁBAL, *Las inmisiones...*, cit., p. 84. Como subraya este autor, la distinción entre inmisiones directas e indirectas es nota común en los defensores de la teoría del uso normal.

defender a los particulares de las crecientes perturbaciones que causaba la industria <sup>157</sup>.

## 2. LA TEORÍA DE LOS INFLUJOS DE IHERING

Ihering trató de superar estos inconvenientes. Sustituyó el concepto de *immissio* por el de influjo o *Eingriff*, que presentaba un contenido más amplio, en la medida en que comprendía todo tipo de perturbaciones. Este autor, partiendo de la distinción habitual entre molestias directas e indirectas, sostuvo que debe prohibirse todo influjo directo ejercido sobre la finca vecina (es decir, todo influjo que inicia sus efectos directamente en el fundo vecino); en cuanto a los indirectos, o sea, los que comienzan sus efectos en el propio fundo y los prosiguen en el vecino, introdujo una distinción nueva: la que media entre los influjos nocivos a las cosas y a las personas y los molestos a las personas. De modo general, defendía que los conceptos de nocividad y molestia no pueden fijarse de manera absoluta, sino que son conceptos relativos que se determinan según las concretas reacciones de la persona o de la cosa; esto no significa, sin embargo, que hayan de juzgarse de manera individual, pues ello daría lugar a la prohibición de actividades por las simples circunstancias particulares del vecino o las especiales condiciones de su propiedad; en efecto, los ruidos, olores, humos que para una persona representan una simple molestia, pueden ser insufribles para otra que sea más sensible, o incluso ocasionarle efectos verdaderamente nocivos para su salud. La solución está, por tanto, en combinar la objetividad y la subjetividad y así, cuando se trata de influjos molestos a las personas, deben valorarse conforme a la regla de la sensibilidad de los sujetos en general; cuando se trate de influjos nocivos a las cosas, la regla debe ser la del aprovechamiento usual y regular. Resulta, por tanto, que los influjos indirectos sólo han de prohibirse cuando sean nocivos para las cosas a causa de una utilización anormal del fundo o molestos o nocivos para las personas en medida superior a lo tolerable ordinariamente. De esta

---

<sup>157</sup> SORGE-VADALÀ, *I rapporti...*, cit., pp. 113-114; BONFANTE, *Las relaciones de vecindad*, cit., pp. 31-32; GONZÁLEZ-ALEGRE BERNARDO, «La teoría del abuso de derecho...», cit., p. 50. Estos autores destacan lo absurdo de no considerar como *immissio*, de acuerdo con el concepto de la misma que defienden los partidarios de la teoría a que nos referimos, los ruidos, las sacudidas y vibraciones, los olores hediondos, que pueden hacer insoportable la vida de los vecinos.

BONFANTE, *Las relaciones de vecindad*, cit., p. 42, concluye, de forma tajante, que se puede prescindir de la teoría de la *immissio*, porque en realidad no da criterio alguno regulador de las relaciones de vecindad. Se trata sólo de un punto de partida, en el sentido de que es la expresión del derecho autónomo de cada propietario, pero no de un límite general puesto al carácter absoluto de la propiedad.



manera, aparecen formuladas las dos teorías que acabarán siendo dominantes: la de la normal tolerancia y la del uso normal.

### 3. LA RECEPCIÓN DE LA TEORÍA DEL USO NORMAL EN EL CÓDIGO CIVIL ALEMÁN Y SU INFLUENCIA EN EL DERECHO ITALIANO

El pensamiento de Ihering influyó en la doctrina y la jurisprudencia posteriores, sobre todo en Alemania, donde incluso se plasmó en el BGB, y en Italia. El § 906 BGB, regulador de las inmisiones, en su redacción original, negaba la posibilidad de exigir la cesación de las inmisiones en dos casos: *a)* Cuando la inmisión no entorpeciera de una manera esencial el aprovechamiento de la finca que la padecía; *b)* Cuando la molestia fuese producida por un aprovechamiento de la otra finca que, según las circunstancias del lugar, fuera habitual en las fincas de la zona. La redacción del precepto hace pensar, respecto de la segunda hipótesis, que la molestia debía soportarse cuando procediese del aprovechamiento usual de la otra finca, aun cuando entorpeciera de manera esencial el aprovechamiento del fundo receptor de las inmisiones<sup>158</sup>.

<sup>158</sup> Este precepto ha sufrido dos modificaciones, que no han variado, sin embargo, el sentido del precepto. La primera, llevada a cabo por la Ley de 22 de diciembre de 1959 y que entró en vigor el 1 de junio de 1960, añadió un segundo requisito para imponer al vecino perjudicado la obligación de tolerar la inmisión (no sólo cuando el aprovechamiento de la finca de la que procede la inmisión sea conforme al uso local, como rezaba el precepto en su tenor original, sino cuando, además, la molestia no pueda evitarse con medidas económicamente razonables) e incluyó la compensación en dinero en favor de aquél en caso de que, por concurrir ambos requisitos, deba soportar la inmisión.

En 1994, La Ley de modificación del Derecho de cosas, que entró en vigor el 1 de octubre de dicho año, modificó el párrafo primero, en el sentido de no considerar esenciales aquellas inmisiones que no sobrepasen los valores máximos de emisión fijados por la Administración.

Como resultado de estas modificaciones, el § 906 BGB, que sigue estableciendo como criterio principal de distinción entre las inmisiones permitidas y las prohibidas el del uso normal, ha quedado redactado en los siguientes términos: «*El propietario de una finca no puede impedir la penetración de gases, vapores, humo, hollín, calor, ruido, trepidaciones e inmisiones parecidas procedentes de otra finca, siempre que la inmisión no perjudique o sólo de modo no esencial al aprovechamiento de su finca. Existe un perjuicio no esencial cuando no se sobrepasan los límites o los niveles establecidos por ley o por reglamento. Esto se entiende aplicable también a los niveles establecidos en disposiciones administrativas generales, dictadas de acuerdo con el § 48 de la Ley federal de protección contra inmisiones (Bundes-Immissionsschutzgesetz) y a lo que refleje el estado de la tecnología.*

*Se aplica la misma disposición cuando se cause un perjuicio esencial por un aprovechamiento de la otra finca conforme al uso local y que no pueda evitarse mediante la adopción de medidas que sea económicamente razonable exigir a quienes tienen un aprovechamiento de esta índole. Si conforme a esto el propietario ha de soportar la inmisión, puede exigir de quien disfruta la otra finca una congrua compensación pecuniaria, cuando la inmisión perjudique un aprovechamiento de su finca conforme al uso local o el rendimiento de aquella por encima de lo tolerable.*

*Es ilícita la penetración mediante una conducción especial».*

En Italia, varios autores acogieron este criterio <sup>159</sup>, que fue asimismo muy utilizado por los tribunales. En realidad, la nota característica de la jurisprudencia recaída durante la vigencia del Código civil italiano de 1865 es la variedad de fundamentos y criterios propuestos, entre ellos, el del uso normal del fundo, que, en ocasiones, era el único tomado en consideración para solucionar el supuesto concreto, y en otras, se combinaba con algún otro de los que manejaban los tribunales: el de la normal tolerabilidad, las razones de buena vecindad, las limitaciones del derecho de propiedad, el arbitrio judicial, la necesidad social <sup>160</sup>. Incluso en el Proyecto del Código civil de 1942, la Comisión Real acogió el criterio del uso normal en el artículo 31 del Libro de la Propiedad, aunque este precepto no se incluyó en el texto definitivo del Código, cuyo artículo 844, dedicado a la regulación de las inmisiones, prefirió el criterio de la normal tolerabilidad. No obstante, hasta los años setenta, aproximadamente, la jurisprudencia italiana continuó acudiendo al criterio del uso normal, en combinación con el de la normal tolerabilidad, a pesar del rechazo de la mayoría de la doctrina de este país <sup>161</sup>.

<sup>159</sup> Entre ellos, destacan RICCI, F., *Corso teorico-prattico di Diritto civile*, vol. II, Turín, 1886, p. 96; FILOMUSI GUELFI, F., *Diritti reali*, Roma, 1909, p. 176; SCIALOJA, V., *Teoria della proprietà nel Diritto romano*, t. I, Roma, 1928, pp. 420 y ss.; SORGE-VADALÀ, *I rapporti...*, cit., pp. 197 y ss. y 219 y ss.; RUGGIERO, R., *Instituciones de Derecho civil* (trad. esp. por SERRANO SUÑER, R./SANTACRUZ TEJEIRO, J.), vol. 1, Madrid, 1929, p. 550.

<sup>160</sup> En el CC italiano de 1865 no había ninguna norma que regulara específicamente las inmisiones. El modelo adoptado por este texto legal —afirma PRADI, «Immissioni», cit., p. 593— se basaba en la separación total de las esferas propietarias, para garantizar de este modo, a cada una, la indemnidad frente a cualquier molestia. Esta tentativa de impermeabilización de las esferas dominicales, mediante la cual se pretendía conseguir la eliminación de la *immissio in alienum*, se llevaba a cabo a través del rígido régimen de las distancias de los artículos 558 y 574 (similar al que instaura el art. 590 CC español). Tales disposiciones prohibían cualquier molestia, sin tener en cuenta que ciertos contactos entre las propiedades son inevitables y que, pese a toda precaución, determinadas inmisiones en daño del vecino son verificables. A fin de mitigar el rigor de tales artículos, doctrina y jurisprudencia propusieron diversos criterios. Sólo sobre un punto —señala GALLINARI, «Le immissioni indirette e l'articolo 844 CC», *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, p. 280— el acuerdo era completo: dentro de un determinado límite, las inmisiones indirectas debían considerarse permitidas. A partir de ahí, se propusieron diversas teorías para fijar tal límite. La consecuencia de esta variedad de criterios, como pone de relieve COTTINO, V., «La difesa contro i rumori e l'art. 844 cod. civ.», *Foro pad.*, 1956, III, p. 4, era un estado de gran incertidumbre.

<sup>161</sup> ROTONDI, *Instituciones...*, cit., p. 249 (cit. por GONZÁLEZ-ALEGRE BERNARDO, «La teoría del abuso de derecho...», cit., p. 51), por el contrario, se sumó a la línea argumentativa de la jurisprudencia italiana y, vigente el CC italiano de 1942, propuso una teoría que mezclaba el uso normal con la normal tolerancia: es lícito el goce del propio derecho si corresponde a un uso normal y, además, las consecuencias que produce en el vecino no superan el límite de la tolerancia establecida en cada lugar y tiempo. Con base en este criterio, resultan tres tipos de actos: 1) Las formas de disfrute que proceden del uso normal y no se consideran intolerables, son lícitas y han de ser soportadas por los propietarios de las fincas vecinas; 2) Los actos que superan uno y otro límite son ilícitos y pueden dar lugar a un resarcimiento de daños; 3) Los actos intermedios, es decir, los que no excediendo el uso normal, superan el límite de normal tolerancia, no son susceptibles de una solución unitaria, sino que, para decidir sobre su licitud o ilicitud, es preciso el recurso a la autoridad judicial.

#### 4. PRINCIPALES CRÍTICAS A LA TEORÍA DE IHERING. VALORACIÓN PERSONAL

Las críticas más duras que recibió este criterio procedieron de Hesse y Bonfante. El primero de los citados autores estaba de acuerdo con Ihering en que no puede encontrarse un criterio general para solucionar las molestias ocasionadas por las inmisiones, pero pensaba que la regla de la sensibilidad de los sujetos era poco práctica para el Derecho, por cuanto es algo absolutamente individual, que no permite encontrar un punto de vista común; pero es que, además, era el Derecho de policía el que, a su juicio, debía decidir la tolerancia o no de las incomodidades, atendiendo a los localismos y a las condiciones de cada caso singular, y conforme a los principios de oportunidad y del bien común; por lo que no era necesario encontrar una solución jurídica general. En lo que se refiere al aprovechamiento usual de la finca, creía que era un criterio demasiado relativo e indeterminado, puesto que nunca hay un aprovechamiento usual, sino siempre individual, que obedece a las necesidades y circunstancias del propietario; de donde resulta que hay que estar al caso concreto. Por otra parte, consideraba que, tras una apariencia objetiva, la doctrina escondía una regla subjetiva: si un propietario remueve su fosa de estiércol para producir malos olores y molestar con ello al vecino—observaba Hesse tomando un ejemplo de Ihering—, según la teoría del uso normal, al perjudicado le corresponde la acción negatoria contra esta injerencia, porque hay una actuación inusual, ya que una fosa de estiércol no se suele usar con esa finalidad; pero si es un profesional quien, en ejercicio de su actividad de fabricación de abonos y compuestos, remueve una fosa de fertilizantes, entonces no puede hablarse de actividad inusual; una misma actuación—decía Hesse— se considera prohibida en un caso y permitida en otro, según, no las condiciones de los fundos, sino la intención de los propietarios<sup>162</sup>.

Bonfante sostuvo que la teoría del uso normal carecía «de todo intento de demostración lógica», que en ella abundaban «las soluciones erróneas y los razonamientos falsos que revelan la inconsistencia del principio» y que interpretaba erróneamente el pasaje del Digesto 8, 5-6, 8, 5<sup>163</sup>. Por una parte, este autor aludía a determinados supuestos que Ihering pretendía resolver con el criterio de la normalidad o anormalidad del uso, y que en realidad, se solucionan con un criterio distinto<sup>164</sup>; por otra parte, advertía el peligro de utilizar el criterio del

<sup>162</sup> ALGARRA PRATS, *La defensa jurídico-civil...*, cit., p. 367.

<sup>163</sup> BONFANTE, *Las relaciones de vecindad*, cit., pp. 33, 34 y 39.

<sup>164</sup> Por ejemplo, el corte de los veneros de agua del manantial del vecino, considerado como un acto normal que no puede prohibirse ni da derecho al resarcimiento de daños. BONFANTE, *Las relaciones de vecindad*, cit., pp. 34-35, sostiene que su no prohibición se debe, no

uso normal para decidir lo que debe prohibirse y lo que debe permitirse, en cuanto que puede llevar a prohibir cualquier actividad que se aparte de lo normal, aunque sea útil a la sociedad<sup>165</sup>; asimismo, criticaba la indeterminación del criterio, pues en ocasiones, es difícil fijar lo que debe considerarse normal<sup>166</sup>. Todavía más grave le parecía el error de Ihering al confundir la responsabilidad por daño en cosa ajena (por ejemplo, por el daño que se causa al vecino cuando se hacen excavaciones en terreno propio) con los actos lícitos o ilícitos en las relaciones de vecindad. Es perfectamente lícito el hacer excavaciones junto al lindero de mi vecino –destacaba Bonfante– en tanto que no haya prescripción especial alguna sobre distancias y precauciones a guardar que limiten aquella facultad; pero al realizar esta operación, igual que al realizar cualquier otra, puede surgir responsabilidad del daño que se cause a otro, pero no porque el acto sea anormal, sino porque concurren lesión jurídica y culpa<sup>167</sup>.

Otros autores han criticado la doctrina de Ihering, haciendo notar, fundamentalmente, la excesiva amplitud del concepto de *Eingriff*<sup>168</sup> y el hecho de que el criterio del uso normal, que nació para frenar los excesos de la industria, acabó favoreciéndolos<sup>169</sup>.

al hecho de su normalidad (pues difícil sería –dice– encontrar un uso de la cosa propia menos normal que ése, siempre que se hiciera por ausencia de precauciones en las obras hechas sobre el fundo propio o incluso por dolo, y no para obtener todo el beneficio del agua), sino porque así lo disponen las fuentes romanas. En sentido contrario, se afirma que la contaminación del manantial del vecino resultante del ejercicio de una industria es un acto anormal, y como tal, ha de ser impedido; en efecto, se debe prohibir, pero no por su carácter anormal, ya que se trata de una actividad útil a la nación, sino porque hay invasión de sustancias venenosas en la finca del vecino. En el primer caso no hay *damnum* en sentido propio, y en el segundo sí.

<sup>165</sup> También BONFANTE, *Las relaciones de vecindad*, cit., p. 37, escoge un supuesto utilizado por IHERING: las casas de lenocinio, por las que se ha llegado a obligar a los tenedores de las mismas a indemnizar a los propietarios de los edificios contiguos por la disminución de valor que su propiedad sufría. Si basamos la prohibición y la indemnización en el criterio del uso normal, la misma razón habría –afirma BONFANTE– para que cualquiera pudiera reclamar el alejamiento de un embalsamiento de cadáveres, un comercio de ataúdes, un consultorio médico-quirúrgico, un pabellón clínico o una familia harapienta; o impedir, a la Administración, la instalación de un cementerio en el barrio; o si no reclamar que los alejaran, sí, al menos, pedir una indemnización, por la depreciación sufrida por el inmueble. Igualmente, añade, «se me podría impedir construir un jardín colgante o levantar una cúpula sobre mi edificio, porque, evidentemente, se trata de obras anormales en nuestro país, y por tanto, no sería justo que el vecino tuviera que soportar la privación de luz que para él resultase».

<sup>166</sup> En este sentido, BONFANTE, *Las relaciones de vecindad*, cit., p. 38, cita el supuesto en que los propietarios de una finca colindante con una fábrica de azúcar se aprovechaban de ella para mantener una cría de abejas, que IHERING trataba de resolver afirmando que es lícito tener abejas, pero en medida normal, no excesiva. Para BONFANTE, es irrelevante el número de abejas: aunque el vecino las tenga en gran cantidad, no me molestarán si se limitan a libar el néctar de las flores; sí, en cambio, aunque estén en escaso número, si se alimentan de mi azúcar.

<sup>167</sup> BONFANTE, *Las relaciones de vecindad*, cit., p. 39.

<sup>168</sup> FAIRÉN MARTÍNEZ, «El abuso del derecho...», cit., p. 278; LACASA COARASA, J. M., *Las actividades peligrosas en la propiedad urbana*, Huesca, 1961, p. 62; y GONZÁLEZ-ALLEGRE BERNARDO, «La teoría del abuso de derecho...», cit., p. 51.

<sup>169</sup> En efecto –destaca SALVI, «Legittimità e “razionalità” dell’art. 844 Codice civile», *Giur. it.*, 1975, I, 1, pp. 588 y ss.–, en un primer momento se trató de combatir, mediante

En mi opinión, la principal objeción que cabe hacer a la teoría del uso normal, que sigue siendo el criterio previsto en el actual § 906 BGB para distinguir entre las injerencias que el vecino debe tolerar y las que puede rechazar, es que lleva a resultados injustos. Así, conduce a permitir actividades generadoras de inmisiones excesivamente perjudiciales cuando aquéllas respondan al uso normal de la zona; y diversamente, a prohibir actividades que se apartan del uso normal, aunque sean inocuas o produzcan injerencias soportables.

## 5. LA CONEXIÓN ENTRE LA TEORÍA DEL USO NORMAL Y LA CONCEPCIÓN OBJETIVA DE LA DOCTRINA DEL ABUSO DEL DERECHO

Se ha destacado, por la doctrina española, la similitud entre la teoría del uso normal y la prohibición del abuso del derecho en su vertiente objetiva. Se considera, de hecho, que aquella doctrina fue recibida en nuestro Derecho común dentro de esta institución. Así, respecto de la anteriormente citada STS de 14 de febrero de 1944<sup>170</sup>, se afirma que la sentencia «habla literalmente de “exceso o anormalidad”». ¿Son dos formas que cumulativamente expresan el abuso en su dimensión objetiva o, más bien, se trata de una sola forma? Posiblemente se trata de esto último. El exceso supone la anormalidad. Lo excesivo es lo contrario a lo normal. Aquí puede verse la presencia de la teoría de la normalidad del uso como categoría explicativa del abuso del derecho. El abuso es exceso, y éste tiene como medida la normalidad»<sup>171</sup>.

Otros autores, aun cuando están de acuerdo con estas afirmaciones, piensan que entre el abuso del derecho recogido en nuestro actual artículo 7.2 CC y la doctrina del uso normal, existen diferencias: el límite que impone el artículo es más lato para el titular que el que supone el uso normal. «Con éste –se resalta–, cualquier molestia que provenga de un uso anormal es ilegítima, mientras que en aquél se requiere que sobrepase *manifiestamente* la normalidad. No se impone desde el abuso del derecho ninguna forma de

---

esta teoría, la invasión de la naciente industria, hasta el punto de afirmar la licitud de las inmisiones derivadas de obras realizadas a mano y la prohibición de las elaboradas con el uso de máquinas o aparatos artificiales; pero progresivamente, con la concepción de la «normalidad» del ejercicio de una industria, se convirtió en un instrumento de protección del empresario frente a las pretensiones de los otros propietarios. De la misma opinión son NAPPI, *Le regole proprietarie...*, cit., pp. 57 y ss., y NAVARRO MENDIZÁBAL, *Las inmisiones...*, cit., pp. 93-94.

<sup>170</sup> JC, t. V, 1944, núm. 43, pp. 344 y ss.

<sup>171</sup> HERNÁNDEZ GIL, *Obras completas*, cit., t. 4, p. 124.

ejercicio del derecho, al contrario que en el uso normal, que prescribe una actuación totalmente inocua y en su defecto, normal». Como conclusión, se afirma que «todo abuso supondrá un uso anormal, pero no al revés. Por ello, no puede afirmarse que el criterio del uso normal se recoja en la institución del abuso de derecho salvo en su forma más desmedida»<sup>172</sup>.

## **VI. LA DOCTRINA DE LA NECESIDAD SOCIAL DE BONFANTE**

### **1. LA DISTINCIÓN ENTRE LA ESFERA INTERNA Y LA EXTERNA DEL DERECHO. EL CRITERIO DE LAS NECESIDADES SOCIALES GENERALES Y ABSOLUTAS**

Después de realizar una severa crítica de la teoría de los actos de emulación, del uso normal y de las que él denominaba «teorías secundarias», que, a su modo de ver, vienen a ser desarrollos de aquéllas, Bonfante sostenía que el problema de las relaciones de vecindad no podía resolverse «ni con la simple exégesis de los artículos del Código (...) ni con las reglas de analogía»; para solucionarlo se debía acudir a lo que consideraba el criterio supremo de interpretación en aquellos casos en que faltan textos expresos, o cuando se intenta dar normas para una serie de relaciones cuyo carácter jurídico es indudable, pues aparecen dentro del campo de una institución jurídica, pero carecen de regulación legal y falla el medio («siempre inseguro», a su juicio), de la analogía: el recurso «a la función de la institución, a los fines del derecho». En definitiva, se trata —continuaba este autor— «de lo que suele designarse con los términos de “espíritu del derecho” o “espíritu de una determinada institución»<sup>173</sup>.

Sobre esta base, el autor italiano construyó su particular teoría sobre las relaciones de vecindad. En primer lugar, distinguió entre la esfera interna y la externa del derecho de propiedad: la esfera interna, o ámbito en el que se desarrollan todas las facultades que integran el derecho de propiedad, coincide con los confines físicos del fondo propio; la esfera externa empieza donde acaba la primera, es decir, queda fuera de los linderos físicos del fondo y, por tanto, de los límites jurídicos del propio derecho. De esta distinción derivaba el autor que la lesión de la esfera interna es lesión del dere-

<sup>172</sup> NAVARRO MENDIZÁBAL, *Las inmisiones...*, cit., pp. 108 y ss., especialmente p. 111.

<sup>173</sup> BONFANTE, *Las relaciones de vecindad*, cit., pp. 18 y ss.

cho, mientras que la lesión de la esfera externa es lesión de un mero interés, un daño no jurídico<sup>174</sup>.

Interesaba, pues, determinar cuándo existe lesión o invasión de la esfera interna. A este respecto, Bonfante estimaba que debía rechazarse tanto la limitación que encierra el concepto de *immissio* como la indefinición que representa el concepto de *Eingriff*<sup>175</sup>; la fórmula correcta era, en su opinión, intermedia entre la inmisión y el influjo, y viene dada por la adición al aforisma romano *in suo actenus facere licet quatenus nihil in alienum immittat*, de la expresión, también tomada de los textos romanos, *et quatenus nihil in alieno faciat*: es lícito hacer en propio siempre que no se provoquen inmisiones o se haga en ajeno. Hay, por consiguiente, dos modos de intromisión en la esfera del derecho ajeno: el *immittere in alienum* y el *facere in alieno*. El primero consiste en la propagación de substancias o elementos materiales a la cosa ajena y el segundo es la propagación de movimientos. La regla es que «toda invasión en la esfera interna ajena por elementos o por operaciones que hechas en terreno propio se propaguen al ajeno, puede dar motivo al ejercicio de la acción negatoria de la perturbación; y, agreguemos, al ejercicio de la acción de resarcimiento por el daño producido, a salvo la necesidad de probar la existencia de culpa en la acción de resarcimiento»<sup>176</sup>.

<sup>174</sup> BONFANTE, *Las relaciones de vecindad*, cit., p. 51. Este autor reconoce que las condiciones externas influyen, incluso mucho más que las internas, en el valor económico de los fundos. Así, si la fertilidad de un terreno o la solidez y belleza de un edificio son, ciertamente, cualidades de gran importancia y valor, más lo son la situación, la proximidad a las líneas de comunicación y a los ríos; la amenidad del paisaje circundante; el aire puro que viene de los bosques vecinos; las bellas vistas o el barrio en que se encuentre, si se trata de un edificio. Ahora bien, esta relevancia tiene como consecuencia que el Estado, en determinados casos, compense a los ciudadanos por la lesión de estas condiciones, pero no hay compensación de ningún tipo entre particulares; lo contrario, por mucho que pudiera inspirarse en razones de piedad y equidad, sería, a su modo de ver, antijurídico.

<sup>175</sup> «Liberémonos –afirma BONFANTE, *Las relaciones de vecindad*, cit., p. 53– de la obsesión de la *immissio*: no es cierto que solamente mediante una *immissio* pueda darse una invasión en mi esfera interna y no es exacto que los romanos no acepten más hipótesis que la de la *immissio*». «El concepto de inmisión –añade en las pp. 55-56– era evidentemente estrecho y mezquino, pero en cambio el concepto de Ihering del influjo es tan amplio que llega a no significar nada; sólo ha servido para enturbiar la cuestión, lanzando un lema que no sirve de guía sino que desorienta; por él ha sido posible que se estimen como violaciones jurídicas y como daños causados, una serie de alteraciones sobrevenidas en las condiciones externas», como la disminución del valor económico del fundo, o supuestos como la privación de luz, vistas y sol o la desviación de aguas; aunque estas circunstancias puedan afectar a la esfera interna (a causa de la privación del sol, por ejemplo, un terreno puede quedar inútil para los cultivos a que hasta entonces se dedicaba), no hay acción contra ellas, porque sólo han supuesto una modificación de las condiciones que respecto del perjudicado eran externas. La misma opinión expresada en «L'azione negatoria e l'azione di danni nei rapporti di vicinanza», *Riv. dir. comm.*, 1911, II, pp. 211-212.

<sup>176</sup> BONFANTE, *Las relaciones de vecindad*, cit., p. 53.

Después de sentar esta regla, Bonfante puntualizaba que los conceptos de *immissio in alienum* y *facere in alieno* no habían de tomarse como categorías físico-naturales, sino que se trata de categorías sociales. «Habrá inmisión –afirmaba este autor– en todos los casos en que socialmente se entienda que una alteración dañosa o molesta en la substancia de la cosa es producida por elementos que penetran en el interior por obra y voluntad del vecino». En cuanto al *facere in alieno*, serán igualmente «el sentimiento y la opinión social, no los instrumentos de precisión científica, los que determinarán cuándo exista». El criterio social se erige como árbitro de la existencia de estas intromisiones en la esfera ajena; de acuerdo con él, puede concluirse que «en la esfera de las necesidades sociales y absolutas no cabe hablar de un *immittere* o un *facere* ilícitos»<sup>177</sup>. Remarcaba el autor que las necesidades sociales en cuestión han de ser absolutas y generales para el ambiente y las condiciones sociales dadas y destacaba, por otra parte, que la necesidad debe ser cotidiana y civil, no industrial<sup>178</sup>. No obstante, Bonfante se vió obligado a exceptuar algún supuesto de su rechazo de la necesidad industrial como criterio rector: «es muy posible –indicaba este autor– que en determinadas condiciones y en determinado lugar el ejercicio de una industria responda a los intereses vitales de un centro industrial por excelencia. En tal caso, nada impide que la sujeción a ciertas exigencias de la vecindad industrial pueda asumir el carácter de necesidad»; con todo, subrayaba que «no es la exigencia de una determinada industria lo que puede alcanzar el grado de un principio social, límite del derecho: es la necesidad general del pueblo»<sup>179</sup>.

<sup>177</sup> BONFANTE, *Las relaciones de vecindad*, cit., pp. 58-65. Así, «[n]ada de lo que es fenómeno necesario e ineluctable de la vida social puede ser prohibido por respeto al derecho ajeno. En un país en que la estación invernal sea dura, no constituirán inmisión el *fumus non gravis* del propio hogar, ni el calor de las estufas o de los caloríferos. Por otra parte lo que es producto necesario e inevitable de la convivencia es *natural* en cierto sentido; no puede decirse que sea voluntario lo que es ineludible» (el subrayado es del autor).

<sup>178</sup> BONFANTE, *Las relaciones de vecindad*, cit., pp. 66 y 68. En «Rapporti di vicinanza», cit., p. 818, insiste este autor en la conveniencia de utilizar un criterio de *sensibilidad social*, con base en el cual tanto el *immittere in alienum* como el *facere in alieno* deben ser lícitos «cuando sean el efecto de operaciones que se cumplen en el propio por imprescindibles y generales necesidades, porque la necesidad es límite de cualquier derecho, y lo que se cumple necesariamente sale casi del concepto de voluntariedad y entra en el de fuerzas naturales, de las que cada uno ha de soportar los efectos».

La ineludible exigencia de que las necesidades sean sociales y generales lleva a que «[e]l calor de las estufas y de los radiadores debe ser tolerado en invierno hasta por los vecinos a que acaso desagrade; no tiene por qué ser tolerado en verano, aunque tuviese el carácter de cura necesaria para ciertas enfermedades» (BONFANTE, *Las relaciones de vecindad*, cit., p. 67).

<sup>179</sup> BONFANTE, «L'azione negatoria...», cit., p. 215.



## 2. VALORACIONES CRÍTICAS DE LA DOCTRINA DE BONFANTE

Tampoco la doctrina de Bonfante ha estado exenta de críticas. De entrada, se cuestiona el principio de que la lesión de la esfera interna es lesión del derecho y la de la esfera externa es, por el contrario, lesión de un mero interés, de un daño no jurídico. Una elemental reflexión basta para darse cuenta, según Hernández Gil, de que tal principio no coincide con la realidad y menos con esa necesidad social que el autor italiano pretende erigir en dogma definitivo. Es evidente que las condiciones externas inciden sobre las internas y que, pese al diferente ámbito de unas y otras, existe entre ellas una comunicación por virtud de la cual aquello que es objeto de la propiedad tiene un valor económico y una estimación social de los que carecería en sentido contrario. Contraponer el derecho al interés para ofrecer tutela al primero y negársela al segundo es, a lo que entiende Hernández Gil, una contradicción con la defensa que el mismo Bonfante hace de que lo tomado en consideración por el Derecho es la coexistencia social. Tampoco le convence el argumento de que el particular cuenta con protección frente al Estado por la alteración de las condiciones externas, pero no en las relaciones entre particulares; y ello porque las condiciones externas, aunque sean promovidas por el Estado con su acción reguladora, no pueden entenderse creadas exclusivamente por él. En definitiva, cree que Bonfante peca de excesivamente estricto, al encerrar las relaciones de vecindad en la esfera interna<sup>180</sup>.

Se ha criticado, asimismo, la indefinición del criterio de la necesidad social<sup>181</sup>, que, por otra parte, no se aleja demasiado, según algún autor, del criterio del uso normal, tan atacado por Bonfante<sup>182</sup>. Sin embargo, hay quien resta valor a esta objeción, con base en que «no habrá nada más pernicioso para las relaciones de vecindad que

<sup>180</sup> HERNÁNDEZ GIL, *Obras completas, cit.*, t. 4, pp. 112. La misma opinión manifestó con anterioridad ALONSO PÉREZ, «Las relaciones de vecindad», *cit.*, p. 369, y comparte hoy NAVARRO MENDIZÁBAL, *Las inmisiones...*, *cit.*, p. 127.

<sup>181</sup> GALLINARI, «Le immissioni indirette...», *cit.*, p. 284; ALBANO, R., «Immissioni» («Diritto civile»), en *Noviss. Dig. it.*, t. VIII, Utet, Turín, 1962, p. 188; ALGARRA PRATS, *La defensa jurídico-civil...*, *cit.*, p. 373.

<sup>182</sup> HERNÁNDEZ GIL, *Obras completas, cit.*, t. 4, pp. 115-116. «Sobre todo es así—señala este autor— cuando lo normal no se juzga individualmente desde el punto de vista de los intereses personales, sino, por el contrario, conforme al que cabe reputar como interés general dominante». Éste es un detalle del que el mismo BONFANTE era consciente. De hecho, reconocía expresamente que «[l]as más de las veces coinciden prácticamente el criterio de la ilicitud de la immisión dentro de los límites del uso normal y el pensamiento de que es lícita la immisión en aquellos límites en que la coexistencia social la impone de modo necesario»; no obstante, ello no quitaba, a su modo de ver, poder afirmar que «el segundo de estos conceptos es más lógico, más justificado y más preciso» (BONFANTE, *Las relaciones de vecindad, cit.*, pp. 66).

una fórmula exacta, precisa e inmutable»<sup>183</sup>. También encontramos autores que aceptan el criterio de la necesidad social, pero opinan que debe complementarse con otro elemento: la utilidad social. Se dice que la presencia de este ingrediente es evidente en las hipótesis relacionadas con la industria, en las que existe un conflicto entre intereses privados con el interés social; cuando los intereses enfrentados sean exclusivamente de orden privado, la cosa cambia, pues «no puede existir precepto alguno que obligue a soportar semejante situación (de peligro) en beneficio tan sólo de un interés particular, privado y de mera conveniencia o lujo»<sup>184</sup>.

Pese a todo, esta doctrina también ha recibido juicios favorables. Se ha dicho, en este sentido, que las enseñanzas de Bonfante, pese a algunos fallos evidentes, contribuyeron decisivamente a simplificar las graves cuestiones planteadas por los conflictos vecinales; se ha destacado, especialmente, su intento de situar las relaciones de vecindad en la moderna sociedad industrial y adaptar a ella las viejas soluciones del Derecho común; su mejor delimitación de las diversas formas de inmisión; la distinción entre remedios reales (acción negatoria) y obligacionales (reparación del daño); la defensa de la generalización en esta materia de la responsabilidad civil objetiva; y el uso de las necesidades sociales, y no de criterios teóricos, para distinguir entre inmisiones lícitas e ilícitas<sup>185</sup>; lo que, sin duda, permitiría la adaptabilidad de la teoría a los cambios producidos por la evolución.

## VII. LA TEORÍA DEL ARBITRIO JUDICIAL

El evidente empirismo casuístico de las relaciones entre vecinos llevó a un sector doctrinal, especialmente en Francia y en Italia, a defender que sólo el prudente arbitrio judicial, el *officium iudicis*, podía resolverlas. Brugi, en este sentido, consideraba que todos los criterios que puedan proponerse para resolver los conflictos de vecindad tienen un valor relativo, ya que la solución depende de múltiples circunstancias, únicas en cada situación, aunque sean similares en algunos casos. Por ello, la única vía posible es la del *arbitrium boni viri* del juez en el supuesto concreto, que ha de buscar el equilibrio entre dos intereses opuestos; la valoración práctica del conflicto puede llevar, en el caso juzgado, a afirmar la existencia de un abuso, de un inconveniente anormal, a decretar la adop-

<sup>183</sup> NAVARRO MENDIZÁBAL, *Las inmisiones...*, cit., p. 135.

<sup>184</sup> LACASA COARASA, *Las actividades peligrosas...*, cit., pp. 67 y ss.

<sup>185</sup> ALONSO PÉREZ, «La protección jurídica...», cit., p. 395.

ción de ciertas medidas o a imponer la obligación de resarcimiento del daño, etc., de modo que ninguno de estos criterios puede considerarse generalmente válido, sino que el juez decidirá, según el caso, el criterio que conviene aplicar<sup>186</sup>.

El inconveniente más grave que se achaca a esta tesis es que se puede entender como atributiva de la facultad de introducir limitaciones *extra legem* a los jueces, es decir, de un poder legislativo, lo cual no se considera posible; o, sobre la base de que en el espíritu del Derecho positivo existe un límite y un criterio, se renuncia a determinarlo y se encarga esta función al juez; en este caso, lo lógico es que el sentido práctico dicte al juzgador la solución justa, pero puede ocurrir que este sentido práctico se deje guiar por simpatías éticas o sentimentales<sup>187</sup>.

En contra de esta crítica, sin embargo, se ha dicho –a mi juicio con razón– que, superada la concepción tradicional del juez como instrumento mecánico de aplicación de la ley, hoy nadie duda de que debe desempeñar su labor manejando dos clases de materiales: la norma y las circunstancias extrajurídicas que concurren en cada supuesto. Ello no supone en modo alguno atribuir funciones legislativas al poder judicial, sino que representa una labor reconstructiva del Derecho, que se lleva a cabo operando con el Derecho positivo y el Derecho natural. En la materia de las relaciones de vecindad, no se puede prescindir del arbitrio judicial, «a no ser, que queramos un principio sin más finalidad y utilidad que la de una fría, muerta utópica fórmula para una vida vecinal de laboratorio; pero si no es así, como no lo ha de ser, sólo al arbitrio judicial tocará vivificarla, humanizarla y sólo con ello el principio tendrá realidad viva y vendrá así a solventar los conflictos vecinales, a normalizar nuestra vida vecinal y a regular nuestras “relaciones de vecindad”»<sup>188</sup>.

### VIII. EL CRITERIO DE DISTINCIÓN ENTRE LAS INMISIONES PERMITIDAS Y LAS PROHIBIDAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Hasta aquí, la exposición y valoración de las principales doctrinas históricas de distinción entre las inmisiones permitidas y las prohibidas. Algunas de ellas, como se ha señalado, siguen vigentes en varios

<sup>186</sup> BRUGI, B., «Immissione di fumo da batelli a vapore degli edifizii adiacenti», *Riv. dir. comm.*, 1910, II, pp. 875 y ss. Insiste en su argumento en «Rapporti di vicinanza: rumore, scosse, tremiti», *Riv. dir. comm.*, 1926, II, pp. 225 y ss.

<sup>187</sup> BONFANTE, *Las relaciones de vecindad*, cit., pp. 49-50; «L'azione negatoria e l'azione di danni...», cit., p. 213.

<sup>188</sup> GONZÁLEZ-ALEGRE BERNARDO, *Las relaciones de vecindad*, cit., pp. 201 y ss.; «La teoría del abuso de derecho...», cit., p. 54.

ordenamientos jurídicos europeos, ya sea recogidas en sus respectivos Códigos civiles, ya sea –en los países en los que no existe regulación legal específica de las inmisiones– aplicadas por la jurisprudencia.

Me ocuparé ahora, de forma muy breve y para concluir estas páginas, del criterio que considero más apropiado para resolver la cuestión en el Derecho español<sup>189</sup>.

Como es sabido, nuestro ordenamiento jurídico no cuenta con una disciplina sistemática y completa de las inmisiones, sino con normas dispersas, tanto de Derecho privado como público, que disciplinan aspectos concretos y fundamentan el recurso a diversos mecanismos de protección. En lo que se refiere al ámbito civil, el Código civil alude al particular en dos artículos: el 590 y el 1908. El primero prohíbe la construcción de determinadas instalaciones, cerca de una pared ajena o medianera, sin guardar ciertas distancias y sin realizar las pertinentes obras de resguardo, «*a fin de evitar todo daño a las heredades o edificios vecinos*». El segundo hace responsable al propietario de los daños causados «*por los humos excesivos, que sean nocivos a las personas o a las propiedades*» (núm. 2.º) y «*por las emanaciones de cloacas o depósitos de materias infectantes, construidos sin las precauciones adecuadas al lugar en que estuviere (núm. 4.º)*».

El único dato interesante a los efectos que ahora importan es la referencia al exceso en el apartado segundo del artículo 1908, que nos da una primera idea: hay que permitir las inmisiones que no sean excesivas y prohibir las que lo sean. Pero eso, es decir bien poco, ya que el precepto no aclara en relación con qué se ha de medir el exceso<sup>190</sup>.

<sup>189</sup> Este punto ha sido desarrollado con profundidad en mi Tesis Doctoral (inédita), ya citada, sobre «La prevención y la cesación de las inmisiones a través de la acción negatoria», en las pp. 251 y ss.

<sup>190</sup> Tampoco las normas especiales sobre propiedad horizontal y arrendamientos urbanos ofrecen conceptos más concretos. El artículo 7, apartado segundo, LPH de 1960, después de su reforma por Ley 8/1999, de 6 de abril, afirma que al propietario y al ocupante del piso o local no le está permitido desarrollar en él o en el resto del inmueble actividades «*prohibidas en los estatutos, que resulten dañosas para la finca o que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas*». El artículo 27. 2 e) LAU de 1994, por su parte, dispone que el arrendador podrá resolver de pleno derecho el contrato «*cuando en la vivienda tengan lugar actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas*». La referencia a las inmisiones en estos preceptos es indirecta, en tanto en cuanto aluden, no a la molestia en sí, sino a la actividad que las genera. Pero, en cualquier caso, también respecto de los conceptos de insalubridad, incomodidad o peligrosidad es precisa una concreción ulterior, ya que son muy relativos.

En cuanto al Derecho autonómico, interesa citar la Ley 13/1990, de 9 de julio, del Parlamento catalán, sobre acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad, así como el Fuero Nuevo de Navarra. El artículo 3 de la ley catalana, inspirado en el § 906 BGB, establece una regla general y dos especiales. La regla general es que son legítimas las inmisiones inocuas o las que causen perjuicios no sustanciales; y en cuanto a las que causen perjuicios sustanciales, sólo serán ilegítimas cuando procedan de un uso anormal del predio vecino o su cesación no comporte un gasto económicamente desproporcionado. La primera regla especial se refiere a las inmisiones dolosas o culposas, que son siempre ilegítimas, sin

Es preciso, por tanto, concretar cuándo una inmisión es excesiva. Para ello, se proponen diversos criterios por la doctrina española: la normalidad del uso, en conformidad con el cual están prohibidas aquellas inmisiones (materiales o inmateriales) derivadas de un uso extraordinario que exceda de las necesidades y de la esfera de la vida normal, y permitidas las demás<sup>191</sup>; la normal tolerabilidad<sup>192</sup>; la combinación de estos dos criterios<sup>193</sup>; la anormalidad de la molestia<sup>194</sup>; el abuso del derecho<sup>195</sup>, etc.

Tampoco la jurisprudencia es unánime. Es frecuente la mención del abuso del derecho; aunque no siempre se le otorga la misma importancia: en unas ocasiones, se cita a mayor abundamiento, mientras que en otras, se afirma la posibilidad de acudir a esta doctrina, de modo exclusivo, para resolver el problema<sup>196</sup>. Asimismo,

---

necesidad de atender a ninguna otra circunstancia; la segunda, a las inmisiones procedentes de instalaciones autorizadas administrativamente, que son legítimas en todo caso, aunque causen perjuicios sustanciales y deriven de un uso anormal del predio vecino.

Este precepto recoge, como puede apreciarse, el criterio del uso normal para determinar la legitimidad de las inmisiones. Contempla también el de la normal tolerabilidad (que es el previsto en el CC italiano), pero le asigna una función distinta y sitúa su operatividad en un momento posterior. En efecto, según el artículo 3, apartado 4, de la ley catalana, en los casos en que, por proceder de una actividad adecuada al uso normal de la finca, y por ser su cesación un gasto desproporcionado, la inmisión ha de ser soportada por el perjudicado, éste tiene derecho a adoptar las medidas procedentes para atenuar los daños, a costa del vecino, y a reclamar una indemnización por los daños pasados y una compensación económica por los futuros, siempre que las inmisiones afecten exageradamente al producto del predio o a su uso normal, según la costumbre local. O sea, el criterio de la normal tolerabilidad se aplica a los efectos de establecer un límite a la pretensión indemnizatoria, cuando la inmisión ya se ha calificado como legítima por derivar de un uso normal del predio.

El apartado a) de la Ley 367 del Fuero Nuevo de Navarra, por su parte, consagra como criterio de distinción entre las inmisiones permitidas y las prohibidas el del «uso razonable» del derecho propio, expresión igual a la que se utiliza en Derecho anglosajón y que centra la atención en la actividad que produce las molestias, ignorando los efectos de las mismas en el perjudicado. Así, la mencionada norma establece que los propietarios u otros usuarios de inmuebles no pueden causar riesgos a sus vecinos ni más incomodidad de la que pueda resultar del uso razonable de su derecho, habida cuenta de las necesidades de cada finca, el uso del lugar y la equidad.

<sup>191</sup> CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español...*, cit., t. II, vol. I, p. 248; SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil...*, cit., p. 105.

<sup>192</sup> ALBALADEJO GARCÍA, *Curso...*, cit., t. III, pp. 170-172; O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Compendio...*, cit., t. III, p. 91; NAVARRO MENDIZÁBAL, *Las inmisiones...*, cit., pp. 232 y ss.

<sup>193</sup> En este sentido, GONZÁLEZ-ALEGRE BERNARDO, *Las relaciones de vecindad*, cit., pp. 212 y ss.; «La teoría del abuso de derecho como principio...», cit., p. 56, cuyo principio, que él denomina de la convivencia vecinal, viene a ser una combinación del criterio del uso normal y del de la normal tolerancia. Una posición similar mantiene ALGARRA PRATS, *La defensa jurídico-civil...*, cit., pp. 385 y ss.

<sup>194</sup> LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, cit., t. I, p. 338. Para este autor, la regla de principio sería que «la actividad del dueño o ocupante no podrá ser anormalmente molesta para el vecino o los circunstantes, habida cuenta de la naturaleza de la finca, de las vecinas y del entorno».

<sup>195</sup> Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN/GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema...*, cit., vol. I, p. 169. En la misma línea, DE LOS MOZOS, *El derecho de propiedad: crisis y retorno...*, cit., pp. 281-282; y AMAT LLARI, «La regulación de las inmisiones...», cit., pp. 83-85.

<sup>196</sup> Lo primero ha ocurrido en la STS (Civil) de 3 de diciembre de 1987, R. Ar. 9176; en la SAT de Burgos de 28 de febrero de 1981, RGD, 1982, núms. 454-455, pp. 1147 y ss.; y en la SAP de Segovia de 28 de mayo de 1993, Ar. C., 1993, ref. 957. En estos fallos, la

hay sentencias que se refieren a «la medida de lo normalmente tolerable»<sup>197</sup>; o a la combinación de este criterio con el de la normalidad en el uso<sup>198</sup>.

Personalmente, y sobre la base de que no hay fórmulas mágicas ni aplicables a todas las hipótesis de inmisiones nocivas<sup>199</sup>, pienso que la frontera entre la inmisión excesiva y la que no lo es ha de determinarse mediante el criterio del arbitrio judicial limitado por la prevalencia del análisis de los efectos de la inmisión. En otras palabras, creo que la decisión sobre si se ha superado el límite que marca el exceso es una cuestión de hecho, no revisable en casación<sup>200</sup>, que corresponde, en cada caso concreto, al juez, que habrá de atender a las circunstancias concurrentes y guardar siempre el respeto debido a los preceptos legales<sup>201</sup>; pero que debería atender preferentemente a los efectos de la injerencia en la víctima, de forma que una inmisión será excesiva cuando supere lo normalmente tolerable.

---

referencia al abuso del derecho va unida a la mención de las normas reguladoras de las relaciones de vecindad y de la responsabilidad civil extracontractual.

Lo segundo sucedió en la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 15 de abril de 1985, *RGD*, 1986, núms. 496-497, p. 506, que pareció aceptar que la solución a las inmisiones puede encontrarse, bien en la aplicación conjunta de los artículos 590 y 1908 CC, bien en la de la doctrina del abuso del derecho.

<sup>197</sup> STS (Civil) de 27 de abril de 1993, *R. Ar.* 2949; SAT de Valladolid de 6 de mayo de 1988, *RGD*, núms. 541-542, pp. 7241 y ss.; SAP de Salamanca de 16 de octubre de 1997, *Ar. C.*, 1997, ref. 2029; SAP de Barcelona de 17 de octubre de 1996, *RGD*, 1997, núm. 633, pp. 8101 y ss.

<sup>198</sup> STS (Civil) de 11 de octubre de 1978, *JC*, 1978, núm. 318, pp. 408 y ss.; SAT de Burgos de 6 de octubre de 1981, *RGD*, 1982, núms. 454-455 (en esta sentencia, por cierto, se identifica el uso anormal del fondo con el abuso del derecho); SAP de Zamora de 12 de noviembre de 1994, *Ar. C.*, 1994, ref. 1981; SAP de Cáceres de 20 de septiembre de 1995, *La Ley*, 1995-4, p. 716; SAP de Huesca de 10 de diciembre de 1997, *Ar. C.*, 1997, ref. 2413.

<sup>199</sup> ALONSO PÉREZ, «La tutela del Derecho civil...», cit., p. 4786.

<sup>200</sup> La Ley 10/1992, de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal, suprimió, como es conocido, el anterior núm. 4.º del artículo 1692 LEC, que contemplaba, como uno de los motivos en que podía fundarse el recurso de casación, «el error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios». Ello eliminó la posibilidad de impugnar en casación las cuestiones de hecho, aunque indirectamente sigue siendo posible a través de la denuncia, *ex actual* artículo 1692, núm. 4 (anterior núm. 5), del error de derecho en materia de prueba. V., en este sentido, las SSTs (Civil) de 16 de junio de 1998, *R. Ar.* 5331 y de 15 de julio de 1998, *R. Ar.* 5550.

<sup>201</sup> En este sentido, ALONSO PÉREZ, «La tutela del Derecho civil...», cit., p. 4786, y numerosas sentencias. V., entre otras, STS (Civil) de 18 de junio de 1990, *R. Ar.* 4765; SAT de Palma de Mallorca de 7 de febrero de 1983, *RGD*, 1984, pp. 907 y ss.; y SAP de Tarragona de 9 de marzo de 1995, *AC*, 1995, @ 778.

En definitiva, como destaca ALONSO PÉREZ, «La tutela del Derecho civil...», cit., p. 4783, el criterio de las necesidades sociales de BONFANTE es el contraste. En la misma línea, MARTÍN-BALLESTERO HERNÁNDEZ, *La acción negatoria*, cit., p. 106, afirma que habrá inmisión «cuando la alteración dañosa de la finca vecina afecte a la sensibilidad del grupo social, de la gente en su cotidiano vivir. Domina, en suma, la apreciación social, y en tanto no se halle justificación por una determinante necesidad social, que entonces es tanto como una situación de fuerza mayor».

Y para fijar lo que es normalmente tolerable en cada hipótesis, el juez debe tener en cuenta algunas circunstancias. Entre ellas, están, a mi juicio, las siguientes:

a) Las condiciones de tiempo y de lugar. En cuanto a las primeras, es importante, además de la época histórica en que se produce la molestia, el momento del día en que tiene lugar (no es lo mismo, pongamos por caso, tocar el piano a las doce del mediodía que a las tres de la mañana) y su duración, que influye en la intensidad del daño.

Respecto de las características del lugar, hay que tener en cuenta si la zona afectada es rural o urbana, residencial o industrial; o incluso hilando más fino, si es una zona dominada por hospitales, discotecas, comercios, etc.<sup>202</sup>. Pero no debe otorgarse excesiva importancia a este factor, porque ello podría favorecer una especie de círculo vicioso en el que cuanto más contaminada está una zona, más deberían tolerarse las inmisiones<sup>203</sup>.

b) La sensibilidad media en relación con la injerencia; esto es, la sensibilidad a la molestia de una persona normal. No ha de tenerse en cuenta, pues, la sensibilidad personal del afectado para estimar como excesiva la inmisión, si de acuerdo con la considerada

<sup>202</sup> De este parecer son MARTÍN-BALLESTERO HERNÁNDEZ, *La acción negatoria*, cit., pp. 144-145; y PIÑAR DÍAZ, M./PÉREZ MARTOS, J., *Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas. Comentarios, jurisprudencia y formularios*, Comares, Granada, 1996, p. 35, que sostienen que han de tenerse en cuenta estas circunstancias a la hora de calificar una actividad como molesta, a los efectos del Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas. Asimismo, cabe encontrar sentencias que defienden la necesidad de atender a las condiciones del lugar y a la naturaleza de los bienes inmuebles (SAT de Burgos de 6 de octubre de 1981, *RGD*, 1982, núms. 454-455, pp. 1181 y ss., la SAP de Cáceres de 20 de septiembre de 1995, *La Ley*, 1995-4, p. 716, y la SAP de Huesca de 10 de diciembre de 1997, *Ar. C.*, 1997, ref. 2413, entre otras).

<sup>203</sup> V. STS (Cont.-admvo.) de 10 de mayo de 1991, *R. Ar.* 4271, que afirmó, en relación con la futura instalación de un aprisco para ganado vacuno en el casco urbano de Tordesillas (Valladolid), respecto de la que la propietaria de un chalet-vivienda situado a pocos metros de aquélla pidió al Ayuntamiento que denegara la solicitud del interesado, que en las decisiones del Ayuntamiento demandado, y en las del Tribunal «a quo», seguramente había influido el hecho de que el aprisco en cuestión se instalase, aunque en casco urbano, en una población que no debía de pasar de unos cientos de habitantes, en la que existían, según informaba la citada Corporación, un medio ambiental con otras instalaciones de la misma clase y numerosos animales domésticos repartidos entre las casas del vecindario; todo lo cual había permitido invocar lo dispuesto en el artículo 13 del Reglamento de 1961, en cuanto éste levanta la prohibición de instalar vaquerías, establos, cuadras y corrales de ganado y aves dentro del núcleo urbano de las poblaciones cuando éstas no rebasen los diez mil habitantes y sean esencialmente agrícolas o ganaderas. Pero —añadió el TS— «una cosa es que en esta materia la reglamentación de la misma haya establecido una brecha profunda entre lo rural y lo urbano, imponiendo para éste toda clase de servicios y de exigencias preventivas para la higiene y la comodidad de sus moradores, y otra muy distinta es que para los que el destino les ha confinado en el medio rural se vean desprotegidos por completo, obligándoles a soportar toda clase de incomodidades, e incluso a correr ciertos riesgos en su salud». En la misma línea, SAP de Asturias de 26 de abril de 1994, *Ar. C.*, 1994, ref. 632.

media, no lo es<sup>204</sup>. Ahora bien, no por ello debe descartarse la posibilidad de hacer disminuir la molestia. Me explico: supongamos que el demandante es asmático y su dolencia se ve agravada por el polvo procedente de un local vecino, en el que está instalada una carpintería. No creo que quepa estimar que el polvo sea excesivo si, atendidas las demás circunstancias, no molestaría a la hipotética persona de sensibilidad media. Pero, pese a ello, estimo que deberían adoptarse las medidas necesarias para reducir el perjuicio al vecino, siempre que ello no suponga un esfuerzo apreciable para el demandado.

c) El cumplimiento o incumplimiento de la normativa administrativa. Este dato es un indicio de la tolerabilidad o no tolerabilidad de la inmisión, pero en ningún modo concluyente. Así, el cumplimiento de la normativa administrativa no impide que el juez califique como excesivas las inmisiones<sup>205</sup>. Y de la misma manera, entiendo que el incumplimiento de la reglamentación administrativa no basta para que el juez, sin entrar a valorar otros aspectos, declare que la inmisión es excesiva y ordene las medidas que estime oportunas. Porque una cosa es la emisión y otra la inmisión; y es posible que, aun superando los niveles máximos de emisión fijados por la Administración, la inmisión sea trivial.

---

<sup>204</sup> Coincido en este punto con PUIG PEÑA, *Compendio...*, cit., t. II, p. 52, y CERDÁ OLMEDO, M., «Responsabilidad civil por daños futuros», *ADC*, 1985, p. 638. V. asimismo, STS (Civil) de 28 de febrero de 1964, *R. Ar.* 1222 y SAP de Cáceres (Civil) de 20 de septiembre de 1995, *La Ley*, 1995-4, p. 716.

<sup>205</sup> Ésta es la opinión dominante en la doctrina y la jurisprudencia españolas. Cabe citar, entre otros, a CERDÁ OLMEDO, M., «Responsabilidad civil por daños futuros», *ADC*, 1985, p. 639; COCA PAYERAS, M., «Comentario a los artículos 589-593 del C.v.», en *Comentario del Código civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1497 y en la segunda edición de 1993, p. 1497; AMAT LLARI, «La regulación de las inmisiones...», cit., p. 78; SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, «Las relaciones de vecindad como vía para exigir responsabilidad civil al empresario por deterioro del medio ambiente», *RCDI*, 1995, núm. 631, p. 2164.

En cuanto a la jurisprudencia, defienden esta tesis las siguientes SSTs, todas del orden jurisdiccional civil: 23 de diciembre de 1952, *R. Ar.* 2673; 2 de marzo de 1956, *R. Ar.* 1139; 14 de mayo de 1963, *R. Ar.* 2699; 13 de diciembre de 1971, *R. Ar.* 5232; 13 de marzo de 1974, *R. Ar.* 977; 12 de febrero de 1981, *R. Ar.* 530; 17 de marzo de 1981, *R. Ar.* 1009; 16 de enero de 1989, *R. Ar.* 101; 3 de septiembre de 1992, *R. Ar.* 6880; 25 de mayo de 1993, *R. Ar.* 3727; y 7 de abril de 1997, *R. Ar.* 2743.





# El levantamiento del velo en las sociedades mercantiles: Argumentaciones jurídicas tendentes a reducir su aplicabilidad

**CATALINA RUIZ-RICO RUIZ**  
Profesora Ayudante Derecho Mercantil  
Universidad de Jaén

SUMARIO: I. *Preliminar.*—II. *Consideraciones generales sobre el levantamiento del velo.*—III. *La imputabilidad directa del acto abusivo.*—IV. *La responsabilidad solidaria como alternativa al levantamiento del velo.*—V. *Conclusiones.*

## I. PRELIMINAR

A través de este estudio, se pretende reflexionar sobre la oportunidad del levantamiento del velo, desde una perspectiva legalista. El posible recurso a otros instrumentos jurídicos, así como la normativa extensible a las sociedades mercantiles, permiten un replanteamiento de esta medida judicial. Las inconveniencias latentes en la citada solución obligan a indagar en diversas alternativas jurídicas, cuyo análisis corresponde a los siguientes epígrafes.

## II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL LEVANTAMIENTO DEL VELO

La penetración en el sustrato social viene utilizándose por los Tribunales, para quebrar el hermetismo propio de las entidades mercantiles. La estructura societaria ofrece una cobertura jurídica apropiada para la comisión de actuaciones abusivas<sup>1</sup>. Bajo la pan-

---

<sup>1</sup> Así, *vid.*, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, (en colaboración con DE LA PRADA), «Sociedades comerciales. El empresario individual de responsabilidad limitada. El levantamiento

talla social, los titulares orgánicos pueden desarrollar conductas ilícitas con cierta impunidad<sup>2</sup>. Para soslayar obligaciones y responsabilidades, suele recurrirse a la propia personalidad jurídico-social. Ante esta instrumentalización fraudulenta de las sociedades, se reacciona judicialmente mediante el levantamiento del velo<sup>3</sup>. El propósito de este mecanismo consiste en distinguir al verdadero autor del abuso, más allá del sujeto social<sup>4</sup>.

Ahora bien, dicha respuesta no es sino el resultado de una construcción jurisprudencial. Por lo que su desmesurada aplicación confirma una tendencia alejada de la estricta legalidad. Es cierto que, en concreto, el artículo 7.2 CC aporta un sustento legal para alzar el velo. Sin embargo, su imprecisión tanto en la calificación como en la consecuencia jurídica del abuso, derivan forzosamente en la intervención judicial. La redacción de este precepto conlleva inexcusablemente un riesgo de discrecionalidad en su aplicación. De ahí que la vaguedad de su contenido, especialmente respecto a las medidas aplicables, genere cierta inseguridad jurídica.

Asimismo, el levantamiento del velo excepciona con carácter general el ordenamiento jurídico, afectando al tráfico mercantil. En realidad, este recurso, al transgredir la personalidad jurídica de las sociedades, desbarata la intangibilidad de la normativa correspondiente. Correlativamente, se resiente la institución registral. En efecto, la funcionalidad del Registro Mercantil queda en entredicho, cada vez que se penetra en el interior de un ente social. Pero incluso, la apariencia generada en el marco de la actividad empresarial, puede llegar a distorsionarse<sup>5</sup>. El crédito adquirido por una sociedad a través de una continua actuación comercial, también se

---

del velo de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles. Necesidad de escritura pública de constitución de las sociedades comerciales y sus modificaciones», *RDN*, 1973, pp. 25 y ss., quien señala que los juristas no podían permanecer indefinidamente cruzados de brazos ante la reiterada perpetración de fraudes y abusos, cometidos bajo el manto protector de la personalidad jurídica.

<sup>2</sup> A propósito, *vid.*, DE ÁNGEL YAGÜEZ, «La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica en la reciente jurisprudencia», Madrid, 1991, p. 37. Ante la dificultad de deslindar dónde acaba la actuación de un titular orgánico y dónde comienza su actividad como particular, se desvela entonces la ficción legal por los Tribunales (STS de 21 de febrero de 1969, de 8 de enero de 1980 y de 2 de marzo de 1989).

<sup>3</sup> *Vid.*, BOLDO RODA, «Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho privado español», *RdS*, 1996, p. 33, al considerar que el afianzamiento de la concepción formalista, es el presupuesto fundamental de la crisis del concepto de la persona jurídica y de los abusos del mismo. La posibilidad de jugar al mismo tiempo con la propia personalidad y la de la sociedad, abre un horizonte ilimitado a toda clase de abusos.

<sup>4</sup> En este sentido, *vid.*, SERICK, «Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles. El abuso del derecho por medio de la persona jurídica», trad. Puig Brutau, Barcelona, 1959, pp. 77 y ss.

<sup>5</sup> *Vid.*, GORDILLO, «La representación aparente (una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica)», Sevilla, 1978, p. 303, al reconocer que la publicidad registral y la protección de la apariencia, responden a una misma finalidad esencial: el dar certeza a las situaciones jurídicas mediante su constancia pública.

menoscaba si se declara judicialmente la manipulación de su identidad por los miembros sociales.

Por tanto, el levantamiento del velo, pese a su matiz puntual, limitado al caso abusivo concreto, adolece de una transcendencia que sobrepasa el supuesto en cuestión. La adopción de esta medida deja al descubierto la tenue frontera que separa a la entidad de sus integrantes. El riesgo de abuso en torno a la persona jurídica, salvo alteraciones posteriores en el organigrama social, pervive tras cerrarse el velo. De modo que se genera una inevitable desconfianza en las relaciones externas de la sociedad afectada.

No obstante esta concepción del alzamiento del velo, como respuesta a los abusos ocasionales cometidos en el marco social, contrasta con su transformación en un auténtico comodín jurisprudencial. Cabe, en suma, resaltar la veleidad con que se recurre a dicha técnica a nivel judicial<sup>6</sup>. Ante este panorama, anclado en la judicialización del abuso societario, parece necesario indagar en soluciones más próximas a la legalidad, cuyo estudio iniciamos.

### III. LA IMPUTABILIDAD DIRECTA DEL ACTO ABUSIVO

El abuso del derecho puede considerarse como una cláusula general del sistema legislativo. Indefectiblemente, su naturaleza de concepto jurídico indeterminado, obliga a una continua recomposición judicial<sup>7</sup>. Conforme a lo referido en el apartado anterior, el levantamiento del velo como sanción a las conductas sociales abusivas, se fundamenta especialmente en el artículo 7.2 CC. Esta figura se incardina en las denominadas «medidas judiciales» impeditivas del abuso, previstas en dicha norma<sup>8</sup>. Pero las deficiencias en torno a esta construcción jurisprudencial, reclaman una búsqueda de otras alternativas jurídicas. En efecto, como hemos señalado con anterioridad, siquiera sea de forma esporádica, se da marcha atrás en el reconocimiento legal de la personalidad jurídica. Así pues, la gravedad inherente al alzamiento del velo, reclama la búsqueda de cauces más acordes con el resto del ordenamiento jurídico.

---

<sup>6</sup> *Vid.*, BOLDO RODA, «Levantamiento del velo...», cit., p. 42, quien alude a que la penetración en el interior de la persona jurídica, tendrá siempre carácter excepcional.

<sup>7</sup> *Vid.*, GALGANO, «El negocio jurídico», Valencia, 1992, pp. 456 y 460, quien se interroga sobre si debemos exhortar al juez a que haga uso intenso de los cánones hermenéuticos de la «analogía iuris» y «legis», así como que obtenga el máximo provecho de las cláusulas generales del sistema legislativo. De la experiencia europea, se desprende la idea de que existe una relación complementaria entre el legislador y el juez. Otras materias requieren la intervención creativa del juez y en algunas ocasiones es la propia Ley la que la requiere explícitamente, mediante la formulación de cláusulas generales.

<sup>8</sup> *Vid.*, ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, «Abuso de personificación, levantamiento del velo y desenmascaramiento», Madrid, 1997, p. 20.

Desde luego, la fuerte implantación de esta construcción jurisprudencial, obstaculiza la incorporación de otros mecanismos de respuesta. Su incuestionabilidad como solución frente al abuso, ha impedido incluso, replantear su compatibilidad con el actual sistema jurídico. A nuestro entender, el artículo 7.2 CC debe cohonetarse en este tema, con el artículo 1.6 CC. Consideramos que la función jurisprudencial (complementadora del ordenamiento) ha de estimular un desarrollo jurídico de la normativa vigente. En este sentido, el levantamiento del velo no puede frenar la proyección jurídica de las disposiciones societarias.

Al respecto, dicha medida surge ante la imposibilidad de imputar directamente el comportamiento abusivo a su verdadero autor. La responsabilidad de los miembros sociales por abusos de la sociedad, sólo parece alcanzable mediante la penetración en el sustrato social<sup>9</sup>. Sin embargo, este criterio puede ser objeto de revisión desde una óptica legal<sup>10</sup>. Para llevar a cabo esta tarea, conviene partir de la teoría orgánica, como principal rémora a la imputabilidad directa de la conducta social abusiva a los componentes sociales. Esta corriente, plasmada en la legislación societaria, identifica la voluntad social con la voluntad orgánica, sin detenerse en el sustrato físico subyacente. Se produce entonces, una abstracción de los titulares orgánicos en el proceso de formación de las decisiones sociales. Al prescindir de los individuos que conforman la voluntad social en el acto abusivo, se frena la determinación de su verdadera autoría<sup>11</sup>.

Ahora bien, la representación orgánica presenta ciertas fisuras en el contexto normativo de las sociedades. Así se deduce de la regulación sobre delitos societarios en el actual Código Penal. En este texto, se prevé una responsabilidad individualizada de los titulares orgánicos por actuaciones realizadas en el ejercicio de su acti-

<sup>9</sup> Destaca EMBID IRUJO, «Perfiles, grados y límites de la personalidad jurídica», *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje a M. Broseta Pont*, tomo I, Valencia, 1995, pp. 1035 y ss., para quien la consecuencia de atribuir personalidad jurídica, es la irresponsabilidad de los socios por las deudas sociales. El problema es dilucidar si dicha irresponsabilidad debe determinarse de manera intangible, reconociendo la inseguridad jurídica inherente al levantamiento del velo.

<sup>10</sup> Vid., SERICK, «Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles», cit., p. 25, quien afirma que «por ello, los acreedores de la persona jurídica sólo pueden dirigirse contra el patrimonio de la misma, mientras que los acreedores de los socios, por su parte, sólo pueden dirigirse contra éstos. La radical separación entre la persona jurídica y sus miembros componentes constituye, por todo ello, un rasgo distintivo y cabe ciertamente preguntar si en definitiva es admisible que se quebrante este principio. La jurisprudencia no ha vacilado en dar una respuesta afirmativa»; y más recientemente, DE ANGEL YAGÜEZ, «La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica en la reciente jurisprudencia», cit., pp. 18 y ss.

<sup>11</sup> A propósito, vid., DIEZ-PICAZO, «La representación en el Derecho Privado», Madrid, 1979, p. 199; GORDILLO, «La representación aparente...», cit., p. 101.

vidad social. Los abusos, atribuibles en principio a la sociedad por haberse cometido desde posiciones orgánicas, se imputan penalmente a sus representantes sociales<sup>12</sup>. El Título XIII comprende tipos delictivos que realizan los administradores como integrantes de la estructura societaria, y de los que responden personalmente. A través del ordenamiento penal, puede iniciarse la conversión del levantamiento del velo en un reducto judicial<sup>13</sup>.

No obstante, esta orientación legal, basada en la máxima «*societas delinquere non potest*», resulta inaplicable de modo directo en el marco jurídico-privado<sup>14</sup>. La teoría orgánica presenta por tanto, un desarrollo divergente en los ámbitos penal y mercantil<sup>15</sup>. En este último, sólo la técnica judicial del levantamiento del velo, evidencia la alteridad entre la sociedad y sus miembros u órganos<sup>16</sup>. Dicho

<sup>12</sup> Así, para GALGANO, «El negocio jurídico», cit., p. 498, el concepto de representación orgánica ha perdido el carácter que convertía en ajeno un hecho del órgano respecto de su autor y ha conservado el carácter que permite la imputación al ente, además de los actos jurídicos, de los hechos ilícitos y de los realizados por el órgano en el ejercicio de sus funciones; FARALDO CABANAS, «Los delitos societarios», Valencia, 1996, p. 436, al considerar imputables penalmente como sujetos activos de estas conductas delictivas a los socios y administradores.

<sup>13</sup> Vid., MINERVINI, «Il conflitto d'interessi tra rappresentante e rappresentato nelle recente codificazione», *Arch. Giur.*, 1946, p. 136; BIANCA, «Diritto civile», 1984, Milán, p. 79, para quien la actividad del órgano, es actividad de una parte del ente y viene imputada al mismo y del ilícito responde el ente, sólo si es concluido en el ejercicio de sus funciones; GALGANO, «El negocio jurídico», cit., pág 404, al referir que en el órgano se produce la alienidad del carácter ilícito respecto de su autor, y por esto se hacía a éste irresponsable personalmente frente al perjudicado.

<sup>14</sup> Vid., OLIVENCIA RUIZ, «La confusión de patrimonios y el artículo 285 del Código de Comercio», en *Estudios de Derecho mercantil en Homenaje a Rodrigo Uría*, Madrid, 1978, pp. 504 y 505; BOLDO RODA, «El levantamiento del velo y la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles», Madrid, 1993, p. 25, afirma que los miembros de una sociedad no pueden alegar la limitación de la responsabilidad basada en el principio de división de los patrimonios, cuando ellos mismos no lo respetan.

<sup>15</sup> Entre otros, vid., VON THUR, «Obligaciones», Madrid, 1934, p. 248, quien considera que únicamente a los órganos de la sociedad anónima, se les impone una responsabilidad para con los accionistas y acreedores sociales, admitiendo previamente que el representante sólo responde del mal uso que haga de sus poderes para con la persona a quien representa; ESTEBAN VELASCO, «Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros: acción individual y acción por no promoción o remoción de la disolución», *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, Madrid, 1996, p. 1692, al referir que no se oculta que la peculiaridad del ilícito orgánico en el marco de la teoría de las persona jurídicas, no ha merecido la atención debida; GALGANO, «El negocio jurídico», cit., p. 369, para quien eso implicaba la alienidad del ilícito respecto de su autor; DIEZ-PICAZO, «La representación...», cit., p. 74, al establecer que no parece exacto decir de manera absoluta que el órgano o el representante legal vincula siempre a la persona jurídica; DÍAZ ECHEGARAY, «La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima», Madrid, 1995, p. 173; GRIPPO, «Fondamenti di Diritto delle società», Padova, 1996, pp. 134 y 135.

<sup>16</sup> Según BOLDO RODA, «El levantamiento del velo y la personalidad jurídica...», cit., p. 9, el levantamiento del velo permite romper con la radical separación entre la persona jurídica y sus miembros componentes. La STS de 9 de julio de 1987, establece que la limitación de responsabilidad debe ser negada al recurrente que utilizó en su propio provecho el organismo societario de que era titular único, la invocación de la limitación de responsabilidad, que sólo en apariencia funcionó con independencia de su persona.

mecanismo consigue escindir la persona jurídica de sus integrantes, en caso de abuso de derecho<sup>17</sup>. Únicamente alzando el velo social, se rompe la identidad de la entidad con sus respectivos órganos<sup>18</sup>. No obstante, en el Derecho de sociedades, esta postura jurisprudencial presenta también algún resquicio.

Así se deduce del artículo 134 LSA, al establecer la responsabilidad personal de los administradores por abuso. Se introduce, pues, la imputabilidad del correspondiente ilícito social a estos titulares orgánicos. El citado precepto legitima a la sociedad para reclamar la responsabilidad de sus propios gestores<sup>19</sup>. La accionabilidad del ente social frente a sus administradores, confirma la alteridad subjetiva entre ambos. Desde un punto de vista jurídico, no parece comprensible que la sociedad se exija responsabilidad a sí misma<sup>20</sup>. En todo caso, si se admitiera hasta sus últimas consecuencias la teoría orgánica, esta sería la conclusión adecuada. Sin embargo, en el Derecho de obligaciones, se distingue entre el débito y la responsabilidad como elementos diversificados. La responsabilidad presupone la existencia de una dualidad de sujetos: el afectado y el potencial responsable<sup>21</sup>. Por tanto, la traslación de esta construc-

<sup>17</sup> En este sentido, *vid.*, GALGANO, «Il Codice civile. Commentario. Le società per azioni. Principi generali. Art. 2325-2341», Milán, 1996, pp. 343 y ss., quien alude al principio de separación de la personalidad jurídica de la sociedad, de la de sus miembros. La persona jurídica debe ser considerada un sujeto distinto de las personas físicas de sus miembros. El abuso de la personalidad se manifiesta con la sistemática confusión entre el patrimonio de la sociedad y el personal del socio, el cual, trata el bien social como bien propio. Según la Cass. 19 de noviembre de 1981, el abuso produce la responsabilidad civil del administrador.

<sup>18</sup> *Vid.*, BOLDO RODA, «El levantamiento del velo y la personalidad...», cit., p. 15, al confirmar que la actuación de los socios fuera de los límites para los que no se hallan facultados por el ordenamiento jurídico, debe ser imputada a los mismos.

<sup>19</sup> Así, *vid.*, GARRETA SUCH, «La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades», Madrid, 1991, p. 96, para quien el daño será soportado por la sociedad, por lo que en consecuencia será la interesada en exigir su reparación. «Pero el legislador no ha querido llevar hasta sus últimas consecuencias el concepto de persona jurídica.»; DÍAZ ECHEGARAY, «La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima», cit., pp. 318 y 319, al referir que la legitimación que la Ley otorga al ente social para el ejercicio de la acción de responsabilidad, es una legitimación que se le concede por propio derecho y que no podía no concedérselo a no querer violentar los principios fundamentales inspiradores del ordenamiento jurídico. Si el daño se produce a la sociedad parece obvio que ésta ha de estar legitimada para ejercitar la acción de responsabilidad frente al administrador que se lo ha originado; FARALDO CABANA, «Los delitos societarios», Valencia, 1996, p. 435, quien respecto del abuso de posición mayoritaria, señala que la sociedad puede ser considerada como un perjudicado. MESSINEO, «Manual de Derecho civil y comercial», tomo V, relaciones obligatorias singulares, Buenos Aires, 1979, p. 476; GALGANO, «El negocio...», cit., p. 404.

<sup>20</sup> Para GALGANO, «El negocio jurídico», cit., pp. 405 y 486, si los administradores responden directamente frente al perjudicado, ello significa que el acto ilícito no puede configurarse como ajeno respecto de su autor, y por tanto no es considerado por la Ley como órgano. Si los administradores fueran órganos, el ilícito cometido les sería ajeno. Ellos no serían los autores del acto y no podrían ser llamados a responder de él.

<sup>21</sup> *Vid.*, DE LOS MOZOS, «Derecho civil (Método, sistemas y categorías jurídicas)», Madrid, 1998, p. 319; NEILA NEILA, «La responsabilidad de los administradores en las

ción a la estructura societaria, obliga a un desdoblamiento personal entre los integrantes orgánicos y la propia entidad<sup>22</sup>.

A pesar de la tendencia latente en el artículo 134 LSA, se precisa recurrir al levantamiento del velo para imputar el abuso a las personas físicas conformadoras de la decisión social correspondiente<sup>23</sup>. Esta posición jurisprudencial ignora que las conductas abusivas atraviesan previamente el filtro orgánico. Pero en nuestra opinión, el abuso social implica un abuso de poder orgánico. En base a este último, concebido como un acto contrario a los fines de la representación, cabe imponer una responsabilidad directa a los gestores sociales. La amplitud del artículo 133 LSA, extensible a los actos negligentes, favorece la inclusión de este ilícito en sus términos<sup>24</sup>. Más explícito resultaba el anterior artículo 79 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, al configurar el abuso de poder como causa de responsabilidad. La conexión entre el abuso social y el abuso de poder, considerando este último como una subespecie de aquél en la esfera societaria, permite constreñir el campo de aplicación del levantamiento del velo<sup>25</sup>. Parece, en teoría, innecesario, acudir a esta solución judicial para lograr uno de los efectos que podrían obtenerse por instrumentos legales: la responsabilidad personal de los gestores sociales.

En definitiva, y a pesar de las dificultades para reemplazar el levantamiento del velo, pensamos que la labor doctrinal debe dirigirse a mostrar su inconformismo con esta técnica. Su necesidad puede cuestionarse desde la legalidad vigente. Si su fundamento se halla en la teoría orgánica, no cabe ignorar las excepciones que esta tendencia presenta en la normativa extensible a las sociedades mercantiles. Tanto el Código Penal como el artículo 134 LSA, permiten entrever la personalidad individual de los titulares orgánicos. Sus actuaciones abusivas no pueden tener en uno y otro ámbito, tratamientos divergentes. No hay razones jurídicas para un diferen-

---

sociedades de capital (mercantil, civil, penal, administrativa», Madrid, 1995, pp. 155 y ss., para quien el artículo 134 de la LSA va a permitir a la propia sociedad resarcirse de los daños y perjuicios que le hayan producido las actuaciones ilícitas y negligentes de sus administradores; AAVV, «Estudios sobre la Sociedad Anónima», Madrid, 1991, p. 321.

<sup>22</sup> *Vid.*, GARRETA SUCH, «La responsabilidad...», cit., p. 97.

<sup>23</sup> En la Jurisprudencia italiana, la Cass., de 17 de diciembre de 1986, alude a que para la responsabilidad del ente se precisa, que sea directa a la consecución del fin institucional en el ámbito de la atribución del oficio o del servicio al cual depende. Por su parte, la STS de 3 de junio de 1991, considera que en la sociedad unipersonal, el socio tiende a comportarse con los bienes de la sociedad como si fueran suyos y los terceros que contratan con él sobre ellos, tampoco suelen preocuparse porque su voluntad es la voluntad social. Se produce el envolvimiento de la voluntad individual bajo la personalidad jurídica.

<sup>24</sup> Es suficiente cualquier género de culpa en la actual LSA. Al respecto, *vid.*, SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, «El objeto social en la Sociedad Anónima», Madrid, 1990, p. 194.

<sup>25</sup> Según DIEZ-PICAZO, «La representación...», cit., p. 199, en la relación interna generará un deber de resarcimiento o de indemnización de daños y perjuicios.



te desarrollo legal del ilícito civil y penal, cuando consiste en un acto abusivo social<sup>26</sup>. Parece conveniente prescindir de la convicción de que alzar el velo social, es el único remedio para atajar el abuso<sup>27</sup>. Sólo debería acudirse a este instrumento judicial in extremis, ante la ausencia de recursos legales<sup>28</sup>. Resulta preferible agotar la legalidad, antes que entrar en el campo estrictamente jurisprudencial. Es cierto que actualmente no existe un soporte legal, que permita imputar los abusos sociales a los titulares orgánicos en la esfera privada. Pero la directriz que se desprende de los preceptos referidos en este epígrafe, debe obligar al legislador a elaborar una respuesta eficaz al abuso societario. En base a los mencionados exponentes legales, y siguiendo la casuística jurisprudencial en materia de levantamiento del velo (la doctrina se muestra avanzada en lo concerniente a la delimitación de grupos de casos), es factible elaborar una solución normativa a este problema<sup>29</sup>. De este modo, se pretende impedir que la Jurisprudencia cercene la evolutiva proyección del ordenamiento jurídico en torno al abuso.

#### IV. LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA COMO ALTERNATIVA AL LEVANTAMIENTO DEL VELO

El propósito de este apartado consiste en apostar por la solidaridad como instrumento alternativo al levantamiento del velo. El principal obstáculo a esta propuesta, radica en la ausencia de una normativa que sancione el abuso a través de este mecanismo. Sin embargo, como comprobaremos, la introducción de la responsabilidad solidaria en nuestro ordenamiento, constituye una tendencia cada vez más consolidada<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> *Vid.*, GALGANO, «El negocio jurídico», cit., pp. 346 y ss., al señalar que Savigny negaba a la persona jurídica en cuanto sujeto artificial, la capacidad de cometer actos ilícitos. Los seguidores de la teoría orgánica han concebido a la persona jurídica como unidad viviente asimilable al hombre, con capacidad plena que se extiende a todas las relaciones jurídicas. La persona jurídica, siendo un sujeto artificial, excluye la aplicabilidad de la norma penal.

<sup>27</sup> Según DIEZ-PICAZO, «Sistema de Derecho civil», vol. I, Madrid, 1984, p. 449, basta para aplicar el artículo 7.2 del CC, el daño a situaciones no especialmente tuteladas. La ST de 14 de febrero de 1944, señalaba que el daño ha de ser a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica.

<sup>28</sup> Para BOLDO RODA, «El levantamiento del velo...», cit., p. 16, la posición de algunos autores como De Castro, Pantaleón, confirma que la personalidad jurídica es una creación del lenguaje de los juristas, de modo que la interposición de la misma como ente separado de las personas físicas que la componen, procede sólo cuando aparezca justificada.

<sup>29</sup> En nuestra opinión, la sociedad unipersonal ejemplifica esta idea. El legislador, al regular este tipo social en la LSRL de 23 de marzo de 1995, ha obviado el, hasta entonces, frecuente recurso al levantamiento del velo.

<sup>30</sup> En esta línea, *vid.*, BOLDO RODA, «El levantamiento del velo y la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles», cit., pp. 19 y ss., quien analiza el levantamiento del velo como técnica para la extensión de responsabilidad por deudas sociales; EMBID IRUJO,

Con carácter general, la aplicación de la solidaridad tropieza con los términos literales del artículo 1137 CC, que exige su constancia expresa en la obligación. Asimismo, tampoco en el Derecho privado se ha incardinado una presunción explícita de solidaridad. No obstante, a pesar de este vacío normativo, la Jurisprudencia comienza a mostrarse proclive a esta solución, con el objetivo de reforzar la tutela de los terceros<sup>31</sup>.

En principio, conviene exponer las razones lógico-jurídicas conducentes a la solidaridad. Al respecto, la complicidad entre la sociedad y sus miembros (o entre varias entidades) en la comisión del ilícito abusivo, debe provocar una comunicación de responsabilidades<sup>32</sup>. Este argumento parece latir en las decisiones judiciales que responsabilizan solidariamente a la entidad y a sus titulares orgánicos (o a varias sociedades implicadas)<sup>33</sup>. Ahora bien, el vehículo para alcanzar este resultado en la esfera societaria, es el levantamiento del velo<sup>34</sup>.

---

«Los grupos de sociedades en el Derecho comunitario y español», *RCDI*, 1990, p. 37, al afirmar que los supuestos fraudulentos producidos en el seno del grupo de sociedades tienen su adecuada sanción por vía de lo dispuesto en los artículos 6.4 y 7.2 CC, con la consiguiente responsabilidad solidaria.

<sup>31</sup> En el ámbito laboral, la STCT de 17 de abril de 1967, opta por el criterio de la solidaridad «...por representar una protección más virtuosa para el trabajador ...tanto las leyes como la doctrina, mantienen el criterio de la solidaridad por encima de la mancomunidad...».

<sup>32</sup> En esta línea, el artículo 2615 del Código civil italiano, introduce la solidaridad estableciendo que «las obligaciones asumidas en nombre del consorcio pueden hacer valer sus derechos sobre el fondo consorcial sin perjuicio de que respondan ilimitada y solidariamente las personas que hayan obrado en nombre del consorcio». Entre otros, *vid.*, URÍA, «Teoría de la concentración de empresas», *RDM*, 1949, II, pp. 479 y ss., quien señala que la interferencia patrimonial de las empresas concentradas, obliga a una responsabilidad compartida de las mismas dependiente del índice de organización logrado. Por encima de la vestidura formal de estas sociedades, es evidente la unidad jurídico-patrimonial de las mismas; en el mismo sentido, SÁNCHEZ CALERO, «Instituciones de Derecho mercantil», Madrid, 1989, p. 324, afirma que los acreedores de las filiales pueden dirigirse contra la sociedad madre cuando no hayan podido cobrar sus créditos de las filiales. Es responsable solidaria la sociedad matriz; MOLINA NAVARRETE, «Persona jurídica y disciplina de los grupos de sociedades», Bolonia, 1995, p. 107, reconoce que se impone la doctrina de que quien maneja internamente de modo unitario y total un organismo, no puede invocar frente a sus acreedores que existen exteriormente varias organizaciones independientes; FERNÁNDEZ DE LA GANDARA, «Problemas actuales de Derecho de sociedades», *RDM*, 1972, p. 53, mantiene que la doctrina de la Substantive Consolidation de la sociedad madre y la subsidiaria, lleva a desconocer la independencia jurídica de las sociedades que pasan a considerarse una sola. Los patrimonios se unen y los acreedores de cada compañía se convierten en acreedores de un fondo común.

<sup>33</sup> Al respecto, *vid.*, MARTÍNEZ GIRÓN, «El empresario aparente», Madrid, 1992, p. 39 y ss., para quien los tribunales, especialmente la jurisprudencia laboral, suelen concluir en condenar solidariamente a la empresa aparente y las agrupadas, pues la pluralidad de empresarios implica siempre responsabilidad solidaria. Se comprueban ciertos atisbos de esta posición en los abusos verificados en el seno del grupo de sociedades.

En este sentido, destaca la STC de 27 de mayo de 1983 (BOE de 17 de junio, BJC núm. 26, 1983, pp. 688-703).

<sup>34</sup> *Vid.*, MOXICA ROMÁN, «Ley Cambiaria y del Cheque. Análisis de Doctrina y Jurisprudencia», Pamplona, 1996, p. 204, para quien a propósito de la STS de 3 de enero de 1987, el confusionismo creado entre la entidad librada y el aceptante, sin expresión de ante-firma, y la semejanza entre el nombre de la sociedad y su administrador único, obligan a una condena solidaria tanto a dicho administrador único como a la sociedad que representa.

Por lo que la responsabilidad solidaria adolece de las deficiencias implícitas en la citada técnica judicial. Esta realidad puede obligar, entonces, a prescindir de la solidaridad como medida alternativa. Pero se trata de profundizar seguidamente, en los aislados exponentes legales de la solidaridad en el marco social, con el objeto de facilitar su implantación.

Entre las disposiciones precursoras de la responsabilidad solidaria en el campo societario, destaca el artículo 80 de la Ley de 27 de diciembre de 1995, relativo al Impuesto sobre Sociedades. Dicha norma establece que «las sociedades del grupo responderán solidariamente del pago de la deuda tributaria...»<sup>35</sup>. De este modo, se consagra legalmente la solidaridad en uno de los ámbitos donde, con frecuencia, suele acudir judicialmente a alzar el velo<sup>36</sup>. El control único sobre las entidades del grupo, favorece la instrumentalización de las personalidades jurídicas correspondientes, con fines abusivos<sup>37</sup>. La unidad de dirección, en la medida fijada por el artículo 42 Cco, constituye, pues, el germen de la responsabilidad solidaria<sup>38</sup>. Aunque la solidaridad aparece circunscrita a los débitos de carácter fiscal<sup>39</sup>. La correlación poder-responsabilidad se dirige a reforzar la protección de un determinado acreedor social: la Administración tributaria<sup>40</sup>. A raíz de este atisbo de solidaridad en

<sup>35</sup> También el artículo 8 de la Ley de Defensa de la Competencia establece la corresponsabilidad solidaria de las empresas controladoras, que ejercen una influencia dominante. El artículo 13 de la citada Ley, admite la acción de resarcimiento de daños y perjuicios, fundada en la ilicitud de los actos prohibidos por la ley frente a la controlante que también ha ejercido influencia dominante.

<sup>36</sup> Dicho precepto se refiere exclusivamente a una sociedad, socia de otra, que obligatoriamente deberá formular cuentas anuales. En el panorama societario español, entendemos que con frecuencia, confluyen empresas individuales y sociales, sin que una sociedad sea miembro social de otra. Por tanto, esta referencia legal constriñe en la práctica la atribución de la calificación de grupos de sociedades a numerosas empresas, impidiendo la traslación de la normativa sobre grupos a supuestos en los que subyace idéntica razón.

<sup>37</sup> El artículo 42 del Cco, se refiere a la posesión de la mayoría de los derechos de voto, a quienes tengan la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración, o puedan disponer de la mayoría de los derechos de voto en virtud de acuerdos con otros socios, o nombren con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración.

<sup>38</sup> *Vid.* ORTIZ VAAMONDE, «Grupos de sociedades: problemática general y regulación en el derecho comparado», AC, 1996, p. 33, al cuestionarse una responsabilidad única en base a una dirección unitaria.

<sup>39</sup> El artículo 246 de la Ley brasileña sobre grupos de sociedades obliga a la sociedad controladora a reparar el daño que pueda causar la controlada por infracción de deberes. Evidentemente el principal problema con que se enfrenta la escasa legislación sobre grupos es, a nuestro entender, la prevalencia en la realidad, de los denominados grupos fácticos, en los que no concurren los requisitos legales para calificarlos como auténticos grupos de sociedades.

<sup>40</sup> Al respecto, *vid.*, ROJO, «Los Grupos de sociedades en el Derecho español», *RDM*, 1995, p. 464, quien sostiene que la tutela de los acreedores se ha tratado de conseguir mediante el levantamiento del velo. Consideramos, sin embargo, necesaria, una regulación específica que evite la inseguridad que proporciona esta medida judicial. En este sentido, la Ordenanza francesa de 1935 se ha limitado a recoger la corriente jurisprudencial

la esfera social, cabe plantear su extensión al resto de titulares crediticios. En efecto, la normativa fiscal evita el levantamiento del velo para imponer la responsabilidad solidaria en esta forma de concentración empresarial. A diferencia de la Hacienda Pública, los restantes acreedores sociales sólo podrían obtener idéntica respuesta, recurriendo a la citada técnica judicial. La imprevisión de la solidaridad en el ordenamiento privado, contribuye a generar un tratamiento desigual de los acreedores sociales. Esta descoordinación provoca, en suma, un agravio comparativo entre los titulares de créditos frente al grupo de sociedades. Resulta incomprensible jurídicamente el contraste entre la legalidad de la responsabilidad solidaria a nivel tributario y su dependencia judicial en el marco privado. Esta desconexión plantea la posibilidad de que las entidades del grupo respondan solidariamente de las deudas fiscales, mientras se deniega por los Tribunales respecto de los restantes acreedores. El riesgo de que ello ocurra, debe estimular al legislador mercantil a introducir una regulación correlativa, que acentúe la tutela de los créditos surgidos en su ámbito.

Esta directriz, sin duda, ha calado en otro de los campos más relevantes del levantamiento del velo: la sociedad unipersonal. Al igual que el grupo de sociedades, los entes unipersonales constituyen un terreno propicio para los abusos<sup>41</sup>. La normativa de la sociedad unipersonal prevista en los artículos 125 y siguientes de la Ley de 23 de marzo de 1995, ha contribuido a relegar la aplicación del levantamiento del velo<sup>42</sup>. En este sentido, el artículo 129 LSRL, dispone la responsabilidad personal y solidaria del socio único por las

---

según la cual, las deudas contraídas por una sociedad ficticia, constituyen en realidad deudas de la persona que está detrás de ella. El artículo 26 de la Propuesta Couste mantenía que la sociedad dominante responde solidariamente con la dependiente, de las deudas ciertas o líquidas, contraídas con terceros y vencidas antes del cierre del ejercicio.

<sup>41</sup> Entre otros, *vid.*, BOLDO RODA, «Levantamiento del velo y ...», cit., p. 369; BALDO DEL CASTAÑO, «El empresario individual con responsabilidad limitada en la doctrina española», *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, Valencia, 1995, tomo I, p. 292, quien recoge la opinión de la inescindibilidad del patrimonio de la persona física y la contradicción de que una misma persona titule dos patrimonios al mismo tiempo; DE CASTAÑO Y BRAVO, «La persona jurídica», cit., p. 38, reconoce que la sociedad de un sólo socio no puede ser juzgada como patrimonio independiente y el socio único debe responder como soberano de la empresa con su patrimonio personal; SANTAOLALLA LÓPEZ, «La sociedad unipersonal», *RJN*, 1995, p. 182, quien examinando la RDGRN de 11 de abril de 1945, remite a los Tribunales de Justicia en caso de que prevaleciéndose de la laguna legislativa, el socio único cometiera abusos de derecho; BOQUERA MATARREDONA, «La sociedad unipersonal de responsabilidad limitada», Madrid, 1996, p. 148, quien mantiene que un uso abusivo del tipo social, que daña los intereses de los acreedores sociales o de terceros, obliga al levantamiento del velo. En el mismo sentido ALONSO UREBA, «La sociedad unipersonal», en *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, Madrid, 1987, p. 267.

<sup>42</sup> En este sentido, *vid.*, BOLDO RODA, «Levantamiento del velo...» cit., p. 368, al señalar que tras la reforma de LSRL se ha introducido un levantamiento del velo, consagrado legalmente.

deudas sociales. Esta forma de responder se limita al supuesto en que no se haga constar en el Registro Mercantil la unipersonalidad.

No obstante, la solidaridad aparece subordinada al incumplimiento de un requisito formal consistente en la inscripción registral. No se alude a la previsión de esta medida para los abusos realizados desde el ente unipersonal. Con lo cual, se ha perdido la oportunidad de descartar plenamente el recurso al levantamiento del velo en las sociedades de un solo miembro. Además, el artículo 129 LSRL, al concretarse a la unipersonalidad sobrevenida, deja sin respuesta la simulación subjetiva en el momento fundacional. Para dar cumplimiento a la legislación anterior, las sociedades aparecían constituídas ficticiamente por una pluralidad de socios<sup>43</sup>. El recurso a la interposición personal incide sobre el devenir de estas sociedades, en las que subyace una propensión a actuaciones abusivas por el socio de control<sup>44</sup>. Uno de los presupuestos para la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, ha venido siendo la posición oculta de dominio ejercida por un miembro social en el ámbito societario. La confusión de patrimonios entre la sociedad y alguno de sus integrantes, conduce a penetrar en el sustrato social. Mediante esta decisión judicial, se ha posibilitado el reconocimiento de la responsabilidad solidaria<sup>45</sup>. A través de esta técnica, ha sido factible la vinculación solidaria de la empresa con sus titulares orgánicos<sup>46</sup>. Pero la actual regulación de las sociedades unipersonales, circunscrita a la unipersonalidad sobrevenida, y a la no inscribibilidad de esta circunstancia, impide la traslación de la responsabilidad solidaria a estos supuestos. Resulta paradójico que esta medida, capaz de quebrar el principio de responsabilidad limitada consustancial a las sociedades capitalistas, derive de la inobservancia de un requisito meramente formal. Hubiera sido deseable que la ruptura de uno de los principios configuradores de las entidades de

<sup>43</sup> *Vid.*, DE ÁNGEL YAGÜEZ, «La doctrina del ...», cit., p. 81, quien reconoce que el levantamiento del velo en la Sociedad Anónima de un sólo socio, es frecuente en base a la coincidencia de intereses entre la sociedad y el sustrato personal de la misma, que produce efectos distorsionadores en la realidad jurídica.

<sup>44</sup> Al respecto, *vid.*, AA.VV., «El nuevo derecho de las sociedades de capital», Zaragoza, 1989, p. 70; GINER GARCÍA, «Responsabilidad del socio único por incumplimiento del artículo 126.1 y Disposición Transitoria octava de la Ley 2/1995; ¿una regulación estéril?», *AJA*, 1996, p. 3; también BOLDO RODA, «Levantamiento del...» cit., p. 370; ÁVILA NAVARRO, «La sociedad limitada», Barcelona, 1996, p. 374.

<sup>45</sup> En este supuesto, se produce la confusión patrimonial y de gestión entre dos patrimonios empresariales, destinados a la misma actividad empresarial y respecto de los que el TS afirma su identidad sustancial. *Vid.*, BOQUERA MATARREDONA, J., «La sociedad unipersonal de responsabilidad limitada», cit., p. 148, quien manifiesta que si existiera un uso abusivo o fraudulento del tipo social que dañe los intereses de los acreedores o de terceros en general, sería de aplicación la doctrina del levantamiento del velo, que resolvería las consecuencias del abuso.

<sup>46</sup> *Vid.*, entre otras las STS de 3 de junio de 1991 y de 5 de junio de 1990.

capital, obedeciese al intento de evitar aquellas conductas más deplorables realizadas a través de las sociedades unipersonales, como son las de carácter abusivo.

## V. CONCLUSIONES

Las conductas sociales abusivas se fundamentan en la autonomía patrimonial y en la esfera de responsabilidad específica de las personas jurídicas<sup>47</sup>. La instrumentalización de las sociedades mercantiles, facilita la vulneración del ordenamiento jurídico<sup>48</sup>. Los Tribunales tratan de recomponer la legalidad a través del levantamiento del velo<sup>49</sup>. Dicha solución encuentra cobertura en el artículo 7.2 CC, aunque su carácter judicial condiciona la seguridad del tráfico mercantil<sup>50</sup>. Esta inconveniencia obliga a indagar en mecanismos alternativos capaces de reducir el margen de intervención judicial<sup>51</sup>. Es imprescindible agotar los instrumentos estrictamente legales, conforme a la función asignada a la Jurisprudencia en el artículo 1.6 CC. Los perfiles de la institución societaria, e incluso la funcionalidad del Registro Mercantil se resienten cuando se levanta el velo social. La gravedad de esta medida aconseja cierta caución jurídica, especialmente por ignorarse sus repercusiones. Entre las cuestiones de interés que plantea, cabe citar la posible relegación de ciertos acreedores sociales frente a quienes sin haberse vinculado contractualmente con la sociedad, consiguen alzar el velo, así como la transcendencia en situación concursal, de una sentencia pronunciada en tal sentido<sup>52</sup>.

<sup>47</sup> Por esta razón, se opta por levantar el velo en algunas STS como la de 29 de febrero de 1988, de 2 de diciembre de 1988 y la de 14 de marzo de 1989.

<sup>48</sup> Al respecto, *vid.*, DE ÁNGEL YAGÜEZ, «La doctrina del levantamiento...», cit., p. 137.

<sup>49</sup> *Vid.*, DE CASTRO Y BRAVO, «La persona jurídica», Madrid, 1981, pp. 73 y 268, quien concibe la persona jurídica perfecta con propia y separada existencia y con propio y separado patrimonio una y otro, desligados de modo tajante y total de la vida de sus miembros y órganos. De este modo, se establece una completa incomunicación entre los patrimonios de cada uno de éstos y el patrimonio de la persona jurídica.

<sup>50</sup> A propósito, *vid.*, EMBID IRUJO, «Perfiles, grados y límites de la personalidad jurídica en la Ley de Sociedades Anónimas», cit., p. 1037, quien manifiesta que «...pueden entenderse fácilmente las opiniones críticas que destacan la inseguridad jurídica producida por el levantamiento del velo».

<sup>51</sup> *Vid.*, BOLDO RODA, «Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho privado español», cit., p. 244, quien admite que en interés de la seguridad jurídica y para evitar la desvalorización de la persona jurídica, deben fijarse una serie de principios para descartar la personalidad jurídica. Entre ellos y directamente relacionado con la resolución judicial que analizamos, confirma el levantamiento del velo por la utilización de la persona jurídica para ocultar que, de hecho, existe identidad entre las personas que intervienen en un acto determinado.

<sup>52</sup> Sobre esta cuestión, *vid.*, GORDILLO, «La representación...», cit., p. 100; MESSINEO, «Manual de Derecho civil y comercial», cit., pp. 460 y 461.

En suma, las incertidumbres que derivan del levantamiento del velo obligan a un replanteamiento de su aplicabilidad. Al respecto, las pretensiones doctrinales han de encauzarse a restringir el ámbito de esta medida judicial, para consolidar la legalidad como respuesta eficaz contra el fraude<sup>53</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV.: «Estudios sobre la Sociedad Anónima» (dir. GARRIDO DE PALMA), Madrid, 1991.
- «El nuevo Derecho de las sociedades de capital» (dir. QUINTANA CARLO), Zaragoza, 1989.
- ALONSO UREBA: «La sociedad unipersonal», en AA.VV., *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, Madrid, 1997.
- ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA: «Abuso de personificación, levantamiento del velo y desenmascaramiento», Madrid, 1997.
- ÁVILA NAVARRO: «La Sociedad Limitada», Barcelona, 1996.
- BALDO DEL CASTAÑO: «El empresario individual de responsabilidad limitada», *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje a M. Broseta Pont*, tomo I, Valencia, 1995.
- BOLDO RODA: «El levantamiento del velo y la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles», Madrid, 1993.
- «Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho privado español», RdS, 1996.
- BOQUERA MATARREDONA: «La sociedad unipersonal de responsabilidad limitada», Madrid, 1995.
- BIANCA: «El negocio jurídico», *Diritto civile*, tomo III, Milán, 1995.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ: «La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica en la reciente Jurisprudencia», Madrid, 1991.
- DE CASTRO Y BRAVO: «La persona jurídica», Madrid, 1984.
- DE LA CÁMARA/DE PRADA GONZÁLEZ: «Sociedades comerciales. El empresario individual de responsabilidad limitada. El levantamiento del velo de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles. Necesidad de escritura pública de constitución de las sociedades comerciales y sus modificaciones», RDN, 1973.
- DE LOS MOZOS: «Derecho civil. Método, sistemas y categorías jurídicas», Madrid, 1987.
- DÍAZ ECHEGARAY: «La responsabilidad civil de los administradores de la Sociedad Anónima. Comentarios, Jurisprudencia y formularios», Madrid, 1995.

---

<sup>53</sup> *Vid.*, SERICK, «Apariencia y realidad...» cit., pp. 259-261, quien señala que esta penetración tendrá siempre carácter excepcional. En esta misma línea, DE LA CÁMARA, «Sociedades comerciales...», cit., p. 27, señala que «...deben ser los jueces quienes, en beneficio de la justicia, y siempre con carácter excepcional, podrían, al entender del supuesto concreto, prescindir de la personificación del ente social».

- DÍEZ-PICAZO, L.: «La representación en el Derecho Privado», Madrid, 1991.
- «Sistema de Derecho civil», vol. I, Madrid, 1984.
- EMBID IRUJO: «Perfiles, grados y límites de la personalidad jurídica», *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje a M. Broseta Pont*, Valencia, 1995.
- «Los grupos de sociedades en el Derecho comunitario y español», RCDI, 1990.
- ESTEBAN VELASCO: «Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores: acción individual, acción por no promoción o remoción de la disolución», RdS, 1995.
- FARALDO CABANA: «Los delitos societarios», Valencia, 1996.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA: «Problemas actuales del Derecho de sociedades», RDM, 1972.
- GALGANO: «El negocio jurídico», Valencia, 1992.
- «Il Codice civile». Commentario. Le società per azione. Principi generali. arts. 2325-2341», Milán, 1996.
- GARRETA SUCH: «La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades», Madrid, 1991.
- GINER GARCÍA: «Responsabilidad del socio único por incumplimiento del artículo 126.1 y Disposición Transitoria octava de la Ley 2/95 ¿una regulación estéril?», AJA, 1996.
- GORDILLO: «La representación aparente (una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica)», Sevilla, 1978.
- GRIPPO: «Fondamenti di diritto delle società», Padova, 1996.
- MARTÍNEZ GIRÓN: «El empresario aparente», Madrid, 1992.
- MESSINEO: «Manual de Derecho civil y Comercial», tomo V, Buenos Aires, 1979.
- MINERVINI: «Il conflitto d'interessi tra rappresentante e rappresentato nella recente codificazione», Arch. Giur., 1946.
- MOLINA NAVARRETE: «Persona jurídica y disciplina de los grupos de sociedades», Bolonia, 1995.
- MOXICA ROMÁN: «Ley Cambiaria y del Cheque, análisis de doctrina y Jurisprudencia», Pamplona, 1996.
- NEILA NEILA: «La responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital (mercantil, civil, penal, administrativa)», Madrid, 1995.
- ORTIZ VAAMONDE: «Grupos de sociedades: problemática general y regulación en el Derecho comparado», AC, 1996.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO: «Los grupos de sociedades en el Derecho español», RDM, 1996.
- SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU: «El objeto social en la Sociedad Anónima», Madrid, 1990.
- SÁNCHEZ CALERO: «Instituciones de Derecho Mercantil», Madrid, 1989.
- SANTAOLALLA LÓPEZ: «La sociedad unipersonal», RJN, 1995.
- SERICK: «Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles», Barcelona, 1959.
- URÍA: «Teoría de la concentración de empresas», AAMN, 1952.
- VON THUR: «Obligaciones», Madrid, 1934.





# Significado y función de la responsabilidad sindical

**M.ª DOLORES GONZÁLEZ MOLINA**

Profesora de la Universidad de Alcalá de Henares  
Becaria Postdoctoral de la CAM.

**SUMARIO:** I. *Introducción.*—II. *Fundamento y naturaleza de la responsabilidad sindical:* 1. Alcance de la responsabilidad por culpa. 2. La crisis del sistema de responsabilidad por culpa. 2.1 La responsabilidad objetiva como regla en el derecho común. 2.2 La responsabilidad sindical: ¿una excepción al régimen de común de responsabilidad objetiva?—III. *Significado de la responsabilidad sindical:* 1. La función de la responsabilidad civil. 2. La función de la responsabilidad sindical.

## I. INTRODUCCIÓN

El cambiante régimen jurídico de la responsabilidad civil ha venido determinado, esencialmente, tanto por un cambio de valoración político-social respecto de la obligación de resarcimiento, lo que ha ido determinando un cambio sustancial de los criterios de imputación (culpa, riesgo, etc.), como por un cambio de la propia función de la responsabilidad. No obstante, el fundamento de la obligación de resarcimiento que, por otra parte, no es otro que el daño, se ha ido manteniendo constante a lo largo del tiempo <sup>1</sup>.

Pues bien, tomando como punto de partida ambas premisas, llegamos a la conclusión de que la diversidad de tratamiento en materia de responsabilidad civil no reside de modo alguno en la figura dogmática, sino en el fin perseguido por su empleo dentro de un determinado problema. Por tanto y, teniendo en cuenta, que

---

<sup>1</sup> Vid., en este sentido, RODOTA: «Il problema della responsabilità...», pp. 113 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA: «La responsabilidad del Estado por comportamiento ilegal de sus órganos en Derecho español», en *Revista de Derecho Administrativo y Fiscal*, núm. 7, 1964, p. 20.

la función o finalidad de la responsabilidad civil constituye un elemento clave a la hora de analizar la responsabilidad civil del sindicato, pasaremos a abordar esta cuestión de cara a determinar el sentido último de la responsabilidad patrimonial de la organización sindical.

En primer lugar, y por lo que al concepto de «responsabilidad» respecta, hemos de señalar su carácter tardío, así como su falta directa de raíces en el Derecho romano y su construcción a finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX<sup>2</sup>.

Villey y Henriot señalan que en latín existen las palabras «respondere» y «responsa» pero que en vano buscaríamos la palabra «responsabilis». La palabra «respondere» nos remite a «sponsio», y el «sponsor», no es otra cosa que el deudor, la persona que responde afirmativamente a la pregunta del estipulante; será posteriormente el «responsor», en un segundo cambio de palabras, el que se obligue como garante del deudor principal. Así pues, será a finales del siglo XVIII cuando el término «responsability»<sup>3</sup>, «responsabilité»<sup>4</sup> o «responsabilidad», adquieran el uso y significado con el que hoy le conocemos, de hecho, no resulta extraño que sea precisamente en ese momento cuando se inicie el proceso de redacción del Código de Napoleón.

Por tanto, en el origen, los términos «respondere» y responsable no conllevan necesariamente la connotación de falta, de culpa. Será, en el momento de la codificación, cuando la idea de responsabilidad civil aparezca unida a un cierto código de conducta humana, que el individuo en todo caso ha de respetar. Nos situamos así, ante una concepción moral de la responsabilidad civil que va a estar inevitablemente unida al concepto de falta, al concepto de culpa<sup>5</sup>.

Los principios inspiradores del sistema de responsabilidad civil se revelan pues, como mera transcripción jurídica de un determinado modo de entender la sociedad, las relaciones entre los individuos que la conforman y sus actos, que será lo que, precisamente a la larga, acabe por convertirlos en principios generales de derecho. La responsabilidad civil aparece así, con vocación de principio de aplicación universal tendente a garantizar la libertad y la igualdad del individuo: «la responsabilidad potencial de todos garantiza los

<sup>2</sup> HUGUET: «Dictionnaire de la langue française du XVIème siècle», tomo VI, París, 1965; VILLEY, M: «Esquisse historique sur le mot responsable», Archives de philosophie du droit, tomo XXII, Sirey, 1977, pp. 45 y ss.; HENRIOT, J: «Note sur la date et le sens de l'apparition du mot "responsabilité"», Archives de philosophie du droit, tomo XXII, pp. 59 y ss.

<sup>3</sup> Vid., «The Oxford English Dictionary», Oxford, tomo VIII, p. 542.

<sup>4</sup> Vid., VILLEY, M: «Esquisse historique...»; HENRIOT: «Note sur la date...».

<sup>5</sup> Sobre el fundamento moral de la responsabilidad civil vid., RIPERT: «La règle morale dans les obligations civiles», París, 3.<sup>a</sup> edic, 1937, & 112, p. 118.

derechos de cada uno»<sup>6</sup>. En efecto, la responsabilidad civil descansa en la obligación de reparación del daño causado; cuestión distinta, será la de los criterios por los que se trate de obligar a responder a aquel que ha causado el daño. En este sentido, podemos destacar básicamente dos criterios: uno, es aquel que tiene como punto de referencia la conducta o la voluntad del sujeto; el otro es aquel que prescinde de ellas bastando tan sólo la producción del daño, personal o patrimonial, para que opere la obligación de reparar el perjuicio<sup>7</sup>.

La historia jurídica muestra que en materia de responsabilidad civil ambos criterios, culpa y riesgo, se suceden y se mezclan, hasta el punto que lo que en un momento determinado se puede considerar una solución superada por primitiva aparece sucesivamente como solución más propicia y adecuada a las nuevas necesidades. De este modo, nos encontramos con que en el ámbito de la responsabilidad civil se produce un reenvío sucesivo a los principios de la culpa y del riesgo; la primera, en tanto que verificación subjetiva previa a la afirmación de la responsabilidad; y el segundo, como criterio de atribución automático del daño a quien lo causa con independencia de su culpa<sup>8</sup>. Puede decirse pues, que la evolución y alternancia de criterios en el ámbito de la responsabilidad no es un hecho nuevo sino que se ha producido desde los primeros tiempos y estará presente, como no podía ser de otra manera, en la evolución de la responsabilidad del sujeto sindical<sup>9</sup>.

Partiendo de este enfoque, vamos a tratar de analizar el fundamento de la responsabilidad sindical, es decir, ¿cuándo hablamos de responsabilidad de la organización sindical esta trae causa en la existencia de un comportamiento culpable causante del daño y referible al ente sindical o, por el contrario, el elemento que condiciona

---

<sup>6</sup> FENET: «Recueil complet des travaux préparatoires du code civil», 15 volúmenes, 1827-1828, tomo XIII, p. 474, afirma: «Le principe consacré par le projet, n'admet point d'exception; il embrasse tous crimes, tous les délits, en un mot tout ce qui blesse les droits d'un autre; il conduit même à la conséquence de la réparation du tort qui n'est que le résultat de l'impudence et de la négligence; en el mismo sentido, HUSSON, L: «Les transformations de la responsabilité», PUF, 1947, p. 156.

<sup>7</sup> DOMENICO BARBERO: «Sistema istituzionale del Diritto privato italiano», 5.ª edic., Torino, 1958, núm. 1021, p. 581, introduce la distinción entre fórmula o criterio de nacimiento de la responsabilidad, que queda limitado a la culpa, y norma o criterio de propagación de la responsabilidad. Esta propagación, señala el autor, no se produce al hilo de un criterio unitario, ya que puede suceder por diversos medios, incluso sin excluir el de la culpa, pero también independientemente de ella.

<sup>8</sup> JORDANO FRAGA: «La responsabilidad contractual», Civitas, Madrid, 1987, p. 40, califica a las corrientes objetivistas y subjetivistas de la responsabilidad contractual, como «dos maneras de afrontar el dilema que esta plantea: u optar por una tutela rigurosa del crédito o, por el contrario, optar por una reducción del grado de sacrificio o esfuerzo que al deudor se le exige».

<sup>9</sup> Hedemann, J. W.: «Derecho de Obligaciones», Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, p. 515.

su obligación de resarcimiento no implica necesariamente el elemento de la culpa? La respuesta a dicho interrogante, es decir, la calificación del instituto de la responsabilidad como culposo u objetivo aparece como una cuestión esencial en materia de responsabilidad civil en general y, por consiguiente, para la responsabilidad del sujeto sindical, ya que una u otra calificación van a determinar su configuración.

Ahora bien, a la hora de analizar la responsabilidad civil del sujeto sindical no sólo debemos tener presente los principios y criterios de aplicación que con carácter general rigen en la materia, sino que no podemos olvidar, por una parte, el carácter específico de las relaciones de trabajo así como las funciones y fines propios del sujeto de dicha responsabilidad <sup>10</sup>; y por otra, las consecuencias derivadas de la calificación del sujeto sindical como persona jurídica. De cualquier manera, conviene señalar que el estudio de la responsabilidad civil del sindicato revela que a la hora de trasponer al ámbito sindical los principios de Derecho Civil sucede que no se cuenta con un repertorio dogmático y práctico suficiente; el retraso teórico y jurisprudencial es enorme y el progreso resulta, como veremos, vacilante y con no pocas contradicciones.

## II. FUNDAMENTO Y NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD SINDICAL

### 1. ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD POR CULPA

La culpa (Colpa, Faute, Fault, Schuld) aparece, como hemos señalado, en el siglo XIX como presupuesto de la responsabilidad por daños en bienes jurídicamente protegidos. La noción de culpa a pesar de su aparente simplicidad se nos revela, sin embargo, como uno de los conceptos más delicados y polémicos en materia de responsabilidad civil <sup>11</sup>. El fundamento ético y no jurídico del término ha ocasionado y favorecido importantes equívocos, ya que la expresión «culpa» ha sido utilizada a lo largo de la historia con significa-

<sup>10</sup> KANH-FREUD, O: «Labour and the law», London, 2 edic., 1977; DAVIES/FREEDLAND: «Labour Law. Text and materials», Wedeinfeld, 2.<sup>a</sup> edic., 1989; GIUGNI, G: «Diritto sindacale», Ed. Bari, 5.<sup>a</sup> edic., 1980, capít. IV, «L'autonomia colectiva», p. 105 y ss.; DE LA VILLA, E: «Materiales para el estudio del sindicato», Instituto de Estudios Sociales, Cuadernos Laborales, Serie Sindicalismo, Madrid, 1979; WEISS, D: «Les relations du travail», 3.<sup>a</sup> edic., Dunod, 1975.

<sup>11</sup> *Vid.*, en este sentido, MAZEAUD/TUNC: «Tratado teórico y práctico de la responsabilidad delictual y contractual», 5.<sup>a</sup> edición, Buenos Aires, I-II, núm. 380, p. 37; SANTOS BRIZ: «La Responsabilidad Civil. Derecho sustantivo y procesal», Montecorvo, 1992, p. 40.

dos diversos<sup>12</sup>, lo que ha planteado no pocos problemas a la hora de delimitar el significado técnico-jurídico del término<sup>13</sup>.

Nos encontramos pues, con una gran dificultad a la hora de tratar de establecer un concepto de culpa, ya que las distintas fuentes existentes en la materia lejos de proporcionarnos una noción unitaria aportan, única y exclusivamente, una visión general de su ámbito de aplicación. Parece que la noción de culpa está para indicar tan sólo un «específico dato subjetivo de la acción (dañosa) del cual aparecen muy controvertidas su naturaleza y significado»<sup>14</sup>. En este sentido se afirma que, «hay culpa cuando no se ha empleado aquella tensión de las facultades mentales que habrían permitido prever el daño previsible, al igual que aun habiéndose previsto el daño, no se ha impreso a la propia energía volitiva aquella orientación que, con la finalidad de evitarlo habría sido necesaria»<sup>15</sup>.

Sin embargo, no podemos alcanzar un concepto de culpa reduciéndolo a su puro carácter psicológico, «ya que si bien la culpa no puede agotarse en un coeficiente psíquico, tampoco se resuelve del todo en la transgresión de una norma o deber jurídico, al integrar un contenido extrínseco y diferenciado de aquel que configura el acto ilícito»<sup>16</sup>. La acepción psicológica, ligada a las corrientes de la moral o del individualismo, propia de concepciones iusnaturalistas, aparece contrapuesta por las doctrinas normativas, más próximas a posiciones formalistas de derivación kelseniana<sup>17</sup>, que desligándolas de su contenido subjetivo la aproximan a otro más objetivo<sup>18</sup>.

<sup>12</sup> JORDANO FRAGA, F: «La responsabilidad contractual», Civitas, Madrid, 1987, p. 70.

<sup>13</sup> CAVANILLAS MÚGICA, S: «La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia», Aranzadi, Madrid, 1987, p. 50, afirma que «ante el concepto de culpa caben dos posiciones; o destacar su aspecto normativo o de antijuricidad y deducir la necesidad de ir definiendo las diferentes culpas existentes, o preferir un concepto único de culpa que defina, en términos casuales o fácticos, la relación uniforme existente entre un sujeto y un daño. Esta última tendencia se sigue cuando se define la culpa con las notas de la previsibilidad y la evitabilidad». Esta conceptualización de la culpa en base a la previsibilidad será adoptada también por la jurisprudencia española: SS de 24 de diciembre de 1941 (Ar/115 de 1942), 30 de enero de 1954 (Ar/319), 22 de marzo de 1962 (Ar/1246), 19 de noviembre de 1964 (Ar/5880), 4 de noviembre de 1970 (Ar/4527), entre otras.

<sup>14</sup> BONET RAMÓN, F: «Perspectivas de la responsabilidad civil. Estudio de Derecho comparado», Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1975, *op. cit.*, p. 37.

<sup>15</sup> DE CUPIS, A: «El Daño», Boch, Barcelona, 1975, p. 187; en este mismo sentido CHIRONI, G. P.: «La culpa en el derecho civil moderno. La culpa contractual», traducción de A. Posada, Ed. Reus, 2.ª edic., 1907, p. 23, quien señala que: «la culpa es una institución en sí; da nacimiento a la obligación de responder de la injuria cometida, y ésta se resuelve en la reparación del daño verificado, o que necesariamente deberá verificarse a consecuencia del acto culposo. Efecto de la culpa es la responsabilidad que implica el resarcimiento».

<sup>16</sup> SCOGNOMAGLIO, R: «Responsabilita civile», Novissimo Digesto Italiano, volumen XV, 1957, p. 629.

<sup>17</sup> Sobre el punto de vista psicológico y el punto de vista normativo de la culpa: MAIORCA, C: «Colpa civile (Teoria gen.)», Enciclopedia del Diritto, volumen II, 1960, pp. 535 y ss.

<sup>18</sup> JORDANO FRAGA, F: «La Responsabilidad contractual», Civitas, Madrid, 1987, p. 118 señala que: «con la idea de culpa no se hace alusión a una situación subjetiva, propia

De este modo, para llevar a cabo una delimitación del concepto de culpa habremos de tener en cuenta su evolución conceptual<sup>19</sup>, ya que la culpa en tanto en cuanto «dogma jurídico y hecho actuante»<sup>20</sup> cobra todo su sentido en conexión con una concreta realidad social, cultural, económica e histórica<sup>21</sup>. En este sentido, nos vamos a limitar en nuestra exposición al período histórico correspondiente a la Codificación.

El principio de responsabilidad por culpa aunque presente ya en el Derecho Romano<sup>22</sup> adquiere su máximo esplendor con el Código de Napoleón y el resto de los códigos legislativos del siglo XIX<sup>23</sup>. Los textos legales continentales acogen pues, de una manera gené-

---

de valoraciones morales o tradicional en el campo del ilícito. La culpa en el lenguaje de los civilistas asume un significado objetivo de violación de una norma de conducta, de no realización de la conducta debida. Culpa es precisamente lo contrario de diligencia, que se presenta, a su vez, como un modo de actuar, algo que escapa por completo a la valoración de intenciones del sujeto».

El Tribunal Supremo acoge la idea de «culpa objetiva» en SS. de 14 de marzo de 1979 (Ar/815), o de «principio general de la culpa objetiva» en S. de 16 de marzo de 1983 (Ar/1480). Otras sentencias donde el T. Supremo se refiere a la apreciación objetiva de la culpa: SS. de 15 de junio de 1967 (Ar/3487), 10 de octubre de 1975 (Ar/3585), 3 de febrero de 1978 (Ar/232), 18 de noviembre de 1980 (Ar/4143), 27 de abril de 1981 (Ar/1781), entre otras.

<sup>19</sup> CHIRONI, G. P.: «La culpa en el derecho civil modeno. La culpa extracontractual», Ed. Reus, 1905, p. 9, afirma que: «nada más admirable tiene la historia del derecho privado que el desarrollo del concepto de culpa y de las distinciones introducidas en ésta, según la diversidad del «medio» en que debía apreciarse y evaluarse la «injuria»».

<sup>20</sup> MARTÍNEZ SARRIÓN, A.: «Las raíces romanas de la responsabilidad por culpa», Bosch, Barcelona, 1993, *op. cit.*, p. 407.

<sup>21</sup> GUYENOT, J.: «La responsabilité des personnes morales publiques et privées», París, 1959, p. 19, señala a propósito de la responsabilidad que ésta «ne peut pas être étudiée isolément. Comme toute institution, elle a son existence liée à des causes historiques qui ont présidé à son formation. D'une manière générale, l'étude de l'histoire est indispensable à qui veut se rendre compte de la portée de l'évolution des institutions juridiques contemporaines». En el mismo sentido, ALFA, G.: «La responsabilidad civil», tomo I, 2.<sup>a</sup> edic, Milano, 1980, p. 22.

<sup>22</sup> *Vid.*, entre otros, JÖRS-KUNKEL: «Derecho Privado Romano», Ed. Labor, 2.<sup>a</sup> edic., 1937, pp. 249 y ss.; SCOGNAMIGLIO, R.: «Responsabilidad civil», *Novissimo Digesto Italiano*, volumen XV, 1957; TALAMANCA: «Colpa civile (storia)», *Enciclopedia del Diritto*, tomo VII, Milano, 1960, pp. 517 y ss.; MOZZILLO, A.: «Denuncia di nuova opera e di danno temuto», *Novissimo Digesto Italiano*, tomo V, 1960; ARANGIO-RUIZ: «Instituzioni di Diritto romano», Napole, 1968, pp. 381 y ss.; MARTÍNEZ SARRIÓN, A.: «Las raíces romanas de la responsabilidad por culpa», Bosch, Barcelona, 1993; IGLESIAS, J.: «Derecho romano. Historia e Instituciones», Ariel, Barcelona, 1993.

<sup>23</sup> Los artículos 1146 a 1155 y 1382 a 1384 regulan respectivamente la responsabilidad contractual y extracontractual en el Código de Napoleón. Los artículos 1101 y 1902 y siguientes de nuestro Código sustantivo disciplinan la responsabilidad civil estableciendo un sistema subjetivista, que es de comprobar en el resto de los Códigos civiles de nuestra circunscripción cultural, tanto en la esfera contractual como en la extracontractual. Así, tenemos los párrafos 276 y siguientes, y 823 de BGB; los artículos 97 y siguientes y 41 y siguientes de los Títulos I y XII, capítulo segundo de cada Título del Código federal suizo de las obligaciones; y los artículos 1218 y 2043 del vigente Ordenamiento civil italiano de 1942. Los artículos 1255 y 1151 del Código civil italiano de 1865, abrogado, en concordancia con el de Francia de 1804, y como precedente de sus anteriores, fundamentaba, también la responsabilidad en la libertad moral del daño.

rica, el principio de culpabilidad. La expresión «nulla indemnitas sine culpa» establece como presupuesto indispensable de la responsabilidad civil una regla susceptible de aplicación ilimitada. Pero, esta doctrina de la culpa no inspira solamente las concepciones jurídicas de la Europa continental de tradición romanista; también ha dominado en el área del Derecho anglosajón<sup>24</sup>. Nos encontramos así, que uno de los principios clásicos del «common law» ha sido el de «no liability without fault», simple traducción del de «no hay responsabilidad sin culpa»<sup>25</sup>.

El principio axiomático de que no hay responsabilidad sin culpa, como principio inspirador de la actividad legislativa del siglo pasado en materia de responsabilidad, pone de manifiesto que al legislador de ese momento le preocupaba mucho más moralizar comportamientos que procurar el equilibrio patrimonial o moral desajustado por la acción perturbadora del daño. En este sentido, se define la culpa como «reprobación moral de la producción moral del daño en sí mismo»<sup>26</sup>; reprobación que representa una valoración ética que corresponde a un comportamiento espiritual que deviene connatural con la humanidad<sup>27</sup>.

La obligación de reparar o resarcir parece pues, una consecuencia de la calificación del hecho como algo reprobable<sup>28</sup>. Se paga porque se ha pecado. En la conciencia social y jurídica se hacen sentir, pues, los esquemas teológicos y la influencia de los canonistas y de los teóricos de la Iglesia cristiana. Serán pues, los compila-

<sup>24</sup> Frente a autores como LARENZ, K.: «Derecho de obligaciones», tomo I, Madrid, 1958, p. 282, que señala que: «el Derecho inglés en general, permaneció libre de la influencia del Derecho romano»; otros estudios, MARTÍNEZ-TORRÓN, J.: «Derecho angloamericano y derecho canónico. Las raíces canónicas de la common law», Civitas, Madrid, 1.ª edición, 1991, p. 27, indican que el derecho inglés, «no permaneció impermeable a la influencia de ese orden jurídico internacional que fue el derecho canónico clásico: un orden creado para recoger y difundir el concepto de valores de la herencia judeo-cristiana, y que ha pasado a formar parte de la tradición cultural de Occidente, a la que pertenece la common law». El Derecho anglosajón pues, en un primer momento —edad media— va a imponer la responsabilidad al sujeto causante del daño sin atender a la reprobabilidad moral de actuar, si bien, en un momento posterior, al final de la edad moderna, por influencia del Derecho natural y el liberalismo, se impone el principio de responsabilidad por culpa con sus connotaciones morales.

<sup>25</sup> CLERK/LINSELL: «On Torts» (The Common Law Library), núm. 3, 16.ª edic., London, 1989, pp. 36-42; NATHAN, I.: «Fault and Liability», Harvard Law Review, 1918.

<sup>26</sup> DE CUPIS, A.: «El Daño...», p. 211. En el mismo sentido, SAVATIER, R.: «Régles générales de la responsabilité civile», Revue Critique de Legislation et Jurisprudence, núm. 54, 1934, p. 429 define la culpa como «la violation d'un devoir moral subjectif ou objectif que l'agent avait la possibilité de connaître ou d'observer»; RIPERT: «La règle morale...», p. 116.

<sup>27</sup> En contra de esta opinión, RODOTA: «Il problema della responsabilità civile», 2.ª edic., Milano, 1967, p. 170, nota 100, que entiende que la noción psicológica normal de la culpa no se basa en una especial consideración ética sino que se apoya en una valoración moral corriente.

<sup>28</sup> LARENZ, K.: «Derecho de obligaciones», tomo I, Madrid, 1958, p. 280, HEDEMANN, J. W.: «Derecho de obligaciones», Madrid, 1958, p. 514.



dores justinianeos, influidos en parte por el proceso de helenización, pero sin duda por el de cristianización, los que darán el paso en el que aún nos movemos, la sustitución del concepto de culpa como «iniuria», como injusticia –propio de la Lex Aquilia– por el de reprobación moral del comportamiento del autor. La versión justiniana de la «responsabilidad aquiliana» consiste en una generalización del principio de culpa, trasladando así el centro de gravedad de la injusticia del daño a la conducta del agente<sup>29</sup>. La culpa aparece desde entonces y hasta el momento presente como fundamento único de la responsabilidad: todo el que obre culposamente responderá, nadie responderá sin culpa<sup>30</sup>.

Ahora bien, la culpa como criterio de imputación del daño no sólo responde al pensamiento legislativo propio de la codificación, sino que también viene determinado por la realidad social y económica de la Europa de finales del siglo XVIII. Las relaciones socioeconómicas de la Europa de aquellos tiempos, donde la revolución industrial todavía no se ha dejado sentir, se caracterizan por ser rurales o a lo sumo artesanales. Los daños que podía causar la actividad humana eran limitados, por lo que los conflictos tenían su punto de referencia en individuos concretos y determinados. Las relaciones de derecho privado son, en consecuencia, relaciones interindividuales y en los casos de producción de daños es un litigio entre individuos concretos lo que hay que resolver. Por otra parte, hemos de tener en cuenta que la regla «nessuna indennitas sine culpa» no hace sino traducir al plano jurídico la directiva político-económica del «laissez faire»<sup>31</sup>. Esto no significa, sino que el principio de la culpabilidad exonera de toda responsabilidad a la recién nacida actividad empresarial, en la medida que los actos dañosos derivados de aquélla tienen un carácter esencialmente anónimo y accidental y, por tanto, incompatible con el principio individual de la culpa<sup>32</sup>. El principio de responsabilidad por culpa cumple así,

<sup>29</sup> Vid., ESMEIN, P.: «Les principes de la responsabilité délictuelle», *Revue Critique de Legislation et Jurisprudence*, núm. 52, 1932, pp. 458-468.

<sup>30</sup> CHIRONI, G. P.: «La culpa en el derecho civil moderno. La culpa contractual», Madrid, Hijos de Reus, 1907, p. 16, afirma que «no hay responsabilidad sin culpa: no basta hacer u omitir sine jure, i.e. contra jus; es preciso que el agente caiga en culpa (lato sensu), porque someterle a todas las consecuencias del acto cuando no sea ésta imputable a su conducta subjetiva, sería grave injusticia».

<sup>31</sup> Vid., entre otros, CORRADINI: «Le codificazioni civilistiche dell'Ottocento», en «Il diritto privato nella società moderna», Bologna, 1972, p. 56.

<sup>32</sup> BESSONE: «Economia capitalista e illecito dell'impresa» en «Saggi di diritto civile», Milano, 1976, afirma: «L'impresa era una forza nella comunità. Creava posti di lavoro, rendeva disponibili i beni, era essa stessa un buon consumatore, agiva come creditore con taluno, e da debitore con altri, promueva la nascita di altre imprese nel sistema economico, pagava imposte per finanziare scuole, strade e altri bisogni sociali, ed inoltre era un valido sostegno della collettività e della popolazione nel suo sviluppo. Le sue fortune erano legate alle fortune del ceto industriale, "volerle male" significava voler male a se stessi e al

junto con el instituto de la propiedad y de la libertad, una clara función económica e ideológica<sup>33</sup>.

Y es, precisamente, en este contexto, con un tráfico jurídico presidido esencialmente por relaciones de carácter individual, en el que la responsabilidad es de carácter personal, donde no tardará en hacer acto de presencia el sindicato como expresión de toda una colectividad: la clase trabajadora.

Cuando el asociacionismo obrero ve la luz a finales del siglo XVIII principios del siglo XIX para hacer frente a las consecuencias derivadas de la Revolución Industrial y el capitalismo, lo hace en un sistema jurídico asentado en las construcciones individualistas y antisociales propias de la Revolución francesa y a todas luces incompatible con el carácter social que parece inspirar a la naciente organización sindical. Esto determina que en los primeros países industrializados en los que hace su aparición –Inglaterra<sup>34</sup> y Francia<sup>35</sup>– la organización sindical o «coalición» esté prohibida y severamente perseguida<sup>36</sup>.

---

prossimo»; GREGORY: «Trespass to negligence to absolute liability», en «37 Virginia Law Review», Virginia, 1961, p. 358; G6 «Traffic Victims», Evanston, Illinois, 1958, p. 26.

<sup>33</sup> ALPA, G: «La responsabilità civile», tomo I, Milano, 1980, p. 109, afirma: «Proprietà, diritto soggettivo, contratto, sono tutti istituti strettamente connessi con le direttive di responsabilità civile. Essi delineano un sistema che realizza appieno l'ideologia borghese. In questo senso, la "colpa" come unica fonte di responsabilità (insieme con il dolo) assolve la stessa funzione ideologica che assolvono, negli altri settori dell'ordinamento, il dogma della libertà contrattuale e il principio della assolutezza dei poteri del proprietario».

<sup>34</sup> Entre 1725 y 1825 Inglaterra lleva a cabo la primera Revolución Industrial de la Historia, lo que significa que va a ser el primer país en tener que afrontar la cuestión sindical, y por tanto, la persecución y reconocimiento de las "unions". Las primeras leyes que prohíben las "worker's combinations" datan de 1799 y 1800: "Combinations of Workmen Act". Habrá que esperar a 1824 y a la entrada en vigor de la "Combinations Laws Repeal Act" para ver como se pone fin a las numerosas leyes que habían venido prohibiendo la concertación de trabajadores destinadas a exigir el incremento de salarios o la reducción de la jornada de trabajo. No obstante, esta normativa no pone fin a la represión sindical en el terreno penal, sino que habrá que esperar a la entrada en vigor de la "Trade Union Act 1871" y la "Conspiracy and Protection of Property Act 1875"; la inmunidad en materia civil aún tardaría en llegar: "Trade Disputes Act 1906".

<sup>35</sup> En Francia ya en 1670, las Ordenanzas de Colbert declaraban la responsabilidad penal por actos llevados a cabo por grupo de trabajadores, pero será, sin duda, la Ley Chapelier de 14 y 17 de julio de 1791 la que suprime toda facultad de representación y de expresión colectiva de los trabajadores con penas que van desde multa de cinco céntimos a prisión de tres meses. En este mismo sentido, se pronunciaría el Código penal de 12 de febrero de 1810 que en su artículo 415 reprimía toda coalición de trabajadores tendente a «faire cesser en même temps de travailler, interdire le travail dans un atelier, e pêcher de s'y rester avant ou après certaines heures et, en général, por suspendre, empêcher, encherir les travaux»; y las leyes de 25 y 27 de mayo de 1864, que si bien derogarán el delito de coalición lo sustituirán por el relativo al atentado contra la libertad de trabajo y de empresa.

<sup>36</sup> DIÉGUEZ CUERVO, G: «Notas sobre la evolución del derecho de coaliciones», RPS, núm. 77, 1968, p. 95, afirma que en el momento de su surgimiento los sindicatos son calificados como coaliciones, «entendidas como pactos entre trabajadores asalariados para determinar sus condiciones de participación en el mercado». Este autor atribuye la paternidad del término a ARNOLD TOYNBEE, que lo utiliza en sus «Lectures on the industrial revolution in England».

El rechazo hacia el asociacionismo, en general, y hacia el obrero, en particular, responde al ideario liberal propio de la época: «laissez-faire», «laissez-passé»<sup>37</sup>. Dos son pues, los principios que se oponen al reconocimiento de los sindicatos obreros: uno de carácter político, el individualismo, que rechaza todo aquello que se interponga entre el individuo y el Estado; y otro de carácter económico, el liberalismo, que prohíbe todo lo que pretenda perturbar el mercado de trabajo: coligación de asalariados, unión entre ellos para alterar el precio de las cosas, acción concertada para presionar al empresario. El primero niega la libertad de asociación en nombre de la tutela del individuo; y el segundo, lo hace en nombre de la libertad de trabajo<sup>38</sup>. En efecto, el Estado liberal se mostraba contrario a la formación y subsistencia de centros de poder independientes del Estado que pudieran en un momento dado competir con él o hacerle sombra y llegar a convertirle así, en inoperante. De este modo, en un primer momento, liberalismo y asociacionismo aparecen ideológicamente opuestos.

Si como acabamos de exponer el ideario liberal rechaza a toda realidad distinta del individuo y, por consiguiente, se opone al reconocimiento de cualquier agrupación en tanto que negación de la libertad de aquél; los actos llevados a cabo por la colectividad de trabajadores se encuentran pues, sancionados en el ámbito penal, si bien la responsabilidad derivada de la actividad del grupo no va a ser reconducida, en ningún caso, a la organización de trabajadores, a la que se niega toda existencia o personalidad, sino a las personas físicas autoras de la infracción penal. La colectividad de trabajadores no tiene personalidad jurídica; el grupo carece de una personalidad distinta de la de los individuos que la forman. No existe pues, acción contra ella. Por lo tanto, en un primer momento, la responsabilidad del sindicato, en tanto organización no reconocida por el Estado, es la responsabilidad penal de los individuos que la integran, es decir, la responsabilidad penal de los trabajadores y de los líderes sindicales.

No obstante, esos recelos del Estado hacia toda colectividad organizada no tardarán en verse superados por la necesidad de controlar política y jurídicamente su actividad. Precisamente, ese control del grupo pasará por someter su creación a una autorización estatal expresa, de manera, que la existencia del grupo quede con-

---

<sup>37</sup> Hay que tener en cuenta, que la oposición estatal al fenómeno asociativo en general acabará transformándose en una simple prohibición de las organizaciones obreras. Así, se produce en muchos casos lo que los ingleses han calificado de "double standard", en la medida que las asociaciones obreras reciben un trato discriminatorio respecto al resto de las asociaciones y concretamente las patronales.

<sup>38</sup> RAYNAUD, J. D.: «Los sindicatos en Francia», tomo I, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1989, p. 45.

dicionada al reconocimiento del Estado. En este sentido, la asociación obrera que encontrara una fuerte oposición en los empleadores y en el Estado terminará siendo legalmente reconocida.

El reconocimiento legal de la organización sindical legitima su presencia y actuación en el tráfico jurídico<sup>39</sup>, pero no la convierte, en ningún caso, en un sujeto inmune a la legalidad vigente y, por tanto, no la hace irresponsable por los daños derivados de su actividad. En resumidas cuentas: la responsabilidad sindical que en un primer momento encuentra su reflejo en el ámbito estrictamente penal se traslada ahora al ámbito civil.

Sin embargo, la responsabilidad de la organización sindical plantea no pocos problemas y contradicciones llevada al ámbito civil. En primer lugar, la responsabilidad es una responsabilidad por culpa. Aunque parezca una tautología hay que afirmar con énfasis que la culpabilidad sólo puede ser exigida a los seres capaces de ser culpables. Es un absurdo jurídico a la par que real, pretender exigirla a quien no puede tenerla, pues la única consecuencia es la impunidad. La responsabilidad por culpa resulta fácilmente reconducible a una conducta individual pero, ¿y en el caso de una actividad colectiva como la sindical?

Efectivamente, la responsabilidad civil de las personas jurídicas en general y, del sindicato, en particular, parecen entrar en abierta contradicción con los conceptos capitales en el sistema jurídico imperante en el momento: la idea de derecho subjetivo y la responsabilidad por culpa. El sistema jurídico de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Código de Napoleón descansa, entre otras, en la noción de derecho subjetivo que en este momento se identifica con la de derecho subjetivo individual.

El concepto de derecho subjetivo en el Derecho privado decimonónico se entiende como «interés jurídicamente protegido» y, como tal, sólo los hombres son portadores de intereses dignos de protección, por tanto, «cuando se habla de intereses colectivos lo único que se está indicando es la suma de intereses individuales de los miembros en cuanto tales miembros del colectivo»<sup>40</sup>. Esto

<sup>39</sup> En Inglaterra la "Trade Union Act 1871" la "Conspiracy and Protection of Property Act 1875" y la "Trade Disputes Act 1906" pondrán término a la calificación de los sindicatos como «asociaciones penal y civilmente ilícitas» respectivamente. En Francia será la Ley Waldeck-Rousseau de 1884, base del régimen actual del Código de Trabajo, la que dote de un estatuto jurídico a las organizaciones de trabajadores; en Italia será el "Codice Zanardelli" de 1889 el que derogue el delito de coalición, si bien a partir de 1929, y más exactamente con el Código Penal de 1931 se retomará una política represiva de lo sindical, a la que se pondrá definitivamente fin con la Constitución de 1948; y en España será la Constitución de 1876 la que consagre los derechos de reunión y asociación y la Ley de 27 de abril de 1909 la que legitime el derecho de huelga y coligación.

<sup>40</sup> DUGUIT, L: «Les transformations générales de droit privé depuis le Code Napoleon», París, 1912, traducción de C. García Posada, 2.ª edic., Edeval, Chile, 1987, p. 25.

supone, que el sujeto central de la teoría de la responsabilidad es la persona física causante del daño, lo que va a plantear no pocos interrogantes en torno a la responsabilidad de cualquier otro sujeto de derecho distinto de la persona humana<sup>41</sup>. La responsabilidad es por el hecho del hombre y, por consiguiente, es una responsabilidad del autor material. La responsabilidad por culpa que es algo tan claro en el hecho del hombre –persona física– plantea un problema de imputación en el caso de esos otros entes dotados de personalidad jurídica.

La filosofía individualista de la Revolución francesa sitúa en su epicentro a la «persona», concepto que los teóricos del momento hacen coincidir con el concepto de hombre. Los iusnaturalistas parten de la siguiente formulación: todo hombre es persona y no hay más persona verdadera que el hombre; identificado el ser humano con el concepto jurídico de persona, el hombre es el único ser capaz de querer y entender, y por tanto, el único sujeto capaz de ser titular de derechos subjetivos<sup>42</sup>. El hombre aparece pues, en el siglo XIX como el único titular de intereses jurídicamente protegidos y por tanto, como el único sujeto responsable. Ahora bien, ¿qué ocurre con la realidad corporativa?, ¿es predicable esa responsabilidad por culpa respecto de los actos llevados a cabo por la corporación?

Si el sistema de responsabilidad civil es de carácter individual y, por tanto, trae siempre fundamento en una conducta humana y culpable, nos encontramos con que la responsabilidad por culpa resulta difícilmente imputable a una persona distinta del ser humano. La persona jurídica carece de voluntad consciente y al no ser un ser capaz de querer y entender no puede realizar actos dolosos o culposos, con lo que resulta complejo reconducir su responsabilidad a la culpabilidad. Resumiendo, lo que le interesa al instituto de la responsabilidad es sancionar una conducta dañosa, es decir, identificar o individualizar al sujeto causante del daño pues, en caso contrario, el daño permanecerá sin posibilidad alguna de reparación; por esta razón, tratándose de daños ocasionados por una organización o por una persona jurídica –el sindicato–, lo esencial va a

<sup>41</sup> *Vid.*, JEZE: «Les principes généraux du droit administratif», 3.<sup>a</sup> edic., París, LGDJ, 1934-1936, vol. III, afirma: «Les droits subjectifs sont uniquement des pouvoirs de vouloir consacrés par le Droit. Seuls des êtres humains doués de volonté pourraient posséder de tels droits qui ne doivent pas appartenir à d'autres». Se opone a esta tesis, GUYENOT: «La responsabilité des personnes morales publiques et privées», París, 1919, p. 79.

<sup>42</sup> *Vid.*, FERRARA: «Teoría de la persona jurídica», Traducción de Ovejero y Maury, Madrid, 1927, que en su análisis etimológico de la palabra “persona” distingue tres significados principales: «en sentido físico-antropológico quiere decir hombre, en sentido teológico-filosófico, quiere decir ente racional, consciente, capaz de querer, en sentido jurídico, quiere decir ente que tiene función jurídica, cualidades en el derecho, capacidad».

ser determinar la titularidad de la conducta culposa a fin de resolver los problemas de imputabilidad de la subsiguiente responsabilidad.

Desde esta perspectiva, es decir, si la construcción del sistema de la responsabilidad civil por culpa tiene como eje fundamental el sujeto del daño del que emana el comportamiento lesivo, a la hora de analizar la responsabilidad sindical su tratamiento se va a realizar en el marco individualista del que, como hemos visto, emana el sistema de responsabilidad por culpa imperante ¿Significa esto que en un sistema de responsabilidad individual por culpa no existe responsabilidad de esos otros sujetos de derecho distintos de la persona humana?; el grupo, la persona jurídica, no parecen ser sino la mera suma de los individuos que lo componen, ¿quiere esto decir que cuando hablamos de la responsabilidad de las personas morales, y por tanto, de la de las organizaciones sindicales, lo hacemos de la suma de responsabilidades individuales de todos y cada uno de sus miembros?

A lo largo del siglo XIX no pocos son los juristas que tratan de resolver los problemas existentes en torno a la naturaleza de la persona jurídica y su responsabilidad. En este sentido, hemos de señalar que si bien existen al respecto diversas teorías —las denominadas teorías tradicionales<sup>43</sup>—, serán definitivamente dos las que terminen por prevalecer en la legislación positiva y en las soluciones jurisprudenciales: la teoría de la ficción<sup>44</sup> y la teoría orgánica<sup>45</sup>.

<sup>43</sup> *Vid.*, entre otros, TAMBURRINO: «Persone giuridiche. Associazioni non riconosciute. Comitati», Torino, 1980; MICHOD: «La théorie de la personnalité morale et son application en droit française», tomo I y II, LGDJ, París, 1932, que califican como teorías tradicionales: a) la teoría de la ficción de Savigny; b) la teoría orgánica de Gierke; c) la teoría del derecho subjetivo defendida entre otros por Jellinek, Rocco, Rosin; d) la teoría individualista de Jhering, Planiol, Vareilles-Sommieres; e) la teoría pura o normativa de Kelsen; f) la teoría de la organización defendida por Ennecerus, Romano.

<sup>44</sup> En efecto, si como hemos visto la teoría de la ficción considera a la persona jurídica incapaz de obrar —como si de un menor se tratara— y centra su capacidad en el ámbito de las relaciones patrimoniales. Pues bien, si la culpa o la negligencia aparecen como criterios intencionales privativos de la mente humana, la culpa se revela ineficaz, de ahí, que al hablar de la responsabilidad de la persona jurídica decidan plantear la cuestión como un problema de imputación patrimonial y no de imputación personal. La mayoría de los autores, manteniéndose fieles al concepto de persona ficticia y al sistema de responsabilidad por culpa, optarán por una solución intermedia, y recurrirán a una presunción de culpa de la persona jurídica, prescindiendo así, de todo elemento subjetivo o intencional en la persona responsable, lo que concilia perfectamente con la naturaleza conceptual de la persona jurídica. No es este el caso de BAUDRY-LACANTINEIRE: «Traité de Droit civil», núm. 15, tomo IV, «Des Obligations», París, 1908, pp. 630-632, que aunque partidario del sistema de ficción irá, sin embargo, más allá, y recurrirá, a la moderna teoría objetiva del riesgo, rechazando la idea de «faute» probada o presunta si se ha de admitir que las personas jurídicas responden de los actos de sus órganos y empleados, afirma este autor que estamos ante una responsabilidad objetiva de la persona jurídica. En el mismo sentido SALEILLES: «Les accidents du travail et la responsabilité civile», en «De l'abus de droit», Bulletin de la Société d'études législatives», 1905, pp. 325 y ss.

<sup>45</sup> La teoría orgánica o de la realidad que tiene en Otto von Gierke su máximo exponente se precisa en los siguientes términos: la corporación es una persona real colectiva

Pues bien, aunque desde distintas posiciones y acudiendo a las explicaciones más variadas, lo cierto es que la dogmática coincidiría en consagrar la responsabilidad delictual o aquiliana de las personas jurídicas; frente a la realidad de la persona jurídica resultaba muy poco convincente la impunidad que provocaría la aplicación del principio de la culpabilidad interpretado en su sentido más exquisito. La realidad universal es pues, que prácticamente todos los Derechos entienden que las personas jurídicas y, por tanto el sindicato, son responsables civiles. No hay, por tanto, lugar a plantear una supuesta irresponsabilidad de las personas jurídicas y/o de la organización sindical.

No obstante, este régimen de responsabilidad, aceptado respecto de las personas jurídicas y elevado a la categoría de principio general común en todos los países europeos de nuestro entorno, se va a tratar de eludir en los supuestos de responsabilidad del sindicato persona jurídica; y es que, la posible responsabilidad civil del sindicato no venía sino a poner de relieve que la «represión sindical» que la Ley había neutralizado en el orden penal reaparecía en el campo del derecho regulador de la responsabilidad civil <sup>46</sup>.

En efecto, una vez salvadas ciertas apariencias de carácter técnico-jurídico, que convienen en afirmar la responsabilidad del sujeto sindical, un análisis del Derecho patrio y del Derecho comparado nos demuestra que los sindicatos no están obligados, en la mayoría de los supuestos prácticos, al resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de la acción sindical. Así, en ordenamientos como el francés <sup>47</sup>, italiano <sup>48</sup> o español <sup>49</sup>, que presentan un conjunto de características muy similares, pese a que la doctrina científica

---

(reale Gesamtperson) formada por hombres reunidos y organizados para la consecución de una serie de fines que trascienden la esfera de los puramente individuales; este modo colectivo es un órgano social dotado a semejanza del hombre de una potestad propia de querer, y por tanto, capaz de ser sujeto de derecho. (GIERKE: «Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht, insbesondere die Form der Schuld- und Haftungsgeschäfte», Scientia Verlag, Aalen, 1969). Los realistas aceptan sin ninguna vacilación la plena capacidad para delinquir, tanto civil como penalmente, de las personas jurídicas; y segundo, que la teoría de la realidad se adapta mejor a un sistema de responsabilidad por culpa, en la medida que atribuyen al ser colectivo una capacidad natural de querer.

<sup>46</sup> KAHN-FREUD: «Labour...», p. 393.

<sup>47</sup> Vid., BORDES, H: «La responsabilité des syndicats professionnels», Thèse, Toulouse, 1922, pp. 95 y ss.; BOHLER, L: «Personnalité et responsabilité civile», París, 1905; ALBERT WAHL: «De la responsabilité en matière de grève», RTDC, 1908, VII, pp. 615-655.

<sup>48</sup> TABACCO: «La responsabilità sindacale», Portomaggiore, 1930, p. 232. ARDAU: «Diritto sindacale», Milano, 1944, pp. 233 y ss.; CHIARELLI, G: «La personalità giuridica delle associazioni professionali», Padova, 1931, pp. 381 y ss.; GHEZZI: «La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacale», Milano, 1963, p. 235.

<sup>49</sup> El artículo 2 de la Ley de 27 de abril de 1909 señalaba que: «los que para formar, mantener o impedir las coligaciones patronales u obreras, las huelgas de obreros o los paros de patronos, emplearen violencias o amenazas, o ejercieren coacciones bastantes para compeler y forzar el ánimo de obreros o patronos en el ejercicio libre y legal de su industria o trabajo, cuando el hecho no constituya delito más grave con arreglo al Código

y jurisprudencial no dudan en afirmar la responsabilidad del sujeto sindical, la escasa importancia del patrimonio sindical, la función del sindicato y, el fundamento de dicha responsabilidad (la culpa), llevan a su casi imposible articulación en la práctica, de ahí, que las soluciones jurisprudenciales se inclinen, en la mayor parte de los casos, por eludir la responsabilidad de la organización sindical en favor de la responsabilidad individual de sus miembros o representantes.

El juez francés <sup>50</sup>, italiano o español <sup>51</sup>, al que se le plantea un pleito contra un sindicato al que se le exige responsabilidad extracontractual por los daños causados a terceros como consecuencia de una huelga, se encuentra con el dilema de condenar o bien al sindicato o solamente a los administradores o dirigentes sindicales que convocaron el paro. Pues bien, como la responsabilidad del sindicato por los daños derivados de la huelga es una responsabilidad por culpa lo que, sin duda, plantea numerosos problemas de imputación, opta por condenar tanto a los dirigentes o administradores del sindicato que promovieron el conflicto así, como a aquellos trabajadores o afiliados que tuvieron una participación destacada en el mismo. La responsabilidad del sindicato individualiza y se individualiza en personas concretas: los líderes sindicales. Se trata pues, de una responsabilidad alternativa que excluye la del sindicato por la de las personas físicas autoras materiales del acto. Lo que sucede, en resumidas cuentas, es que esta solución jurisprudencial, que resulta extremadamente incoherente e inadecuada con el reconocimiento de la responsabilidad de la persona jurídica, no constituye sino una «salida por la puerta falsa» hacia la irresponsabilidad sindical que encontrará su traducción positiva en el Derecho inglés.

En efecto, el legislador británico, lejos de asumir las consecuencias derivadas de la aplicación del «common law» que por parte de los Tribunales se venía realizando en materia de responsabilidad sindical, no duda en introducir un sistema de inmu-

---

Penal, serán castigados con la pena de arresto mayor o multa de 125 pesetas»; y el artículo 3 establecía lo siguiente: «Se tendrá por jefes o promovedores de una huelga o paro, para los efectos de esta Ley y la Conciliación y Arbitraje, a quienes, por ejercer cargo en Asociación y Corporación interesada, o participar en ella los hubieren acordado; a quienes de viva voz o por escrito exhortaren o estimularen a los obreros o patronos, y a quienes, usando o atribuyéndose representación colectiva, los proclamaren o notificasen».

<sup>50</sup> *Vid.*, entre otras, Cass. civ., 29 de junio de 1887; Limoges, 10 de junio 1902, S.1903, 2.233, D. 1906; Bourges, 19 de junio de 1894, Sir. 95. 2. 197; la huelga de los electricistas de 9 de septiembre de 1908; Nancy, 14 de mayo de 1891, Sir. 93. 1. 20; Trib. Limoges 29 de noviembre de 1901.

<sup>51</sup> *Vid.*, las Sentencias de 6 y 11 de mayo de 1919 y las de 11 y 29 octubre de 1920 Alcubilla, Diccionario de la Administración española, año 1919, Apéndice de jurisprudencia civil, pp. 598-599.



nidad <sup>52</sup>. El Derecho inglés que fuera en su día el primero en enfrentarse al hecho sindical será pues, pionero a la hora de ofrecer una solución en materia de responsabilidad sindical: la irresponsabilidad. Nos encontramos así, que un sistema liberal como el británico se muestra claramente generoso con el sindicato, sujeto de derecho que frente al resto de las corporaciones y personas jurídicas va a gozar de una exención de responsabilidad en atención a su objeto y fines sociales. La irresponsabilidad sindical constituye, por tanto, en el Derecho inglés una concesión graciosa y unilateral del Estado liberal que, hace que el sindicato pase a ostentar una posición de privilegio que quiebra los principios de «liberté, égalité, fraternité» sobre los que aquél se asienta.

Por consiguiente, la responsabilidad sindical no corre paralela al derecho común; en atención a las declaraciones de los textos legislativos, de las decisiones judiciales y de los diferentes documentos obrantes, estamos en condiciones de afirmar que la responsabilidad del sindicato en la sociedad liberal constituye una ruptura en la configuración dogmática del sistema de responsabilidad civil.

## 2. LA CRISIS DE LA RESPONSABILIDAD POR CULPA: LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA

### 2.1 La responsabilidad objetiva como regla en Derecho común

La concepción de la responsabilidad basada en la culpa positivada por las grandes obras legislativas del siglo XIX experimentó un cambio importante en el último tercio del siglo XIX y primera mitad del siglo XX. No obstante, debemos señalar que en este momento no se produce un simple cambio en materia de responsabilidad civil sino que asistimos a una auténtica transformación del Derecho privado <sup>53</sup>; a una completa alteración de los presupuestos que en su día estuvieron presentes en la Codificación.

En primer lugar, el individualismo jurídico, piedra angular del derecho civil decimonónico, así como los derechos subjetivos,

<sup>52</sup> La "Trade Disputes Act". Promulgada en el año 1906 (TDA), esta ley se caracteriza por establecer las bases de un sistema de inmunidades que no hace sino afirmar la irresponsabilidad de los sindicatos ingleses por los daños derivados de actos ilícitos civiles causados con ocasión o en apoyo de un conflicto de trabajo («in contemplation or furtherance of a trade dispute»)

<sup>53</sup> Vid., DUGUIT, L.: «Les transformations générales de Droit privé depuis le Code Napoléon», París, 1912, Traducción de C. García Posada, 1987; RIPERT, G.: «Aspects juridiques du capitalisme moderne», 12 edic, París, 1951, pp. 16 y ss.

máxima expresión de aquél e inspiradores de las reglas contenidas en los Códigos, entran en una profunda crisis <sup>54</sup>. Los autores de la codificación, excesivamente teóricos, se preocuparon simplemente de llevar a cabo declaraciones de derechos abstractas olvidándose de un gran número de personas para las que el reconocimiento de esos derechos, especialmente los económicos, existían tan sólo como posibilidad legal pero, en ningún caso, como derecho concreto.

En segundo lugar, el instituto de la responsabilidad civil sufrirá un giro de ciento ochenta grados. Dos son las razones fundamentales: por un lado, la responsabilidad por culpa entraña una elevada concesión a la libertad y al sentido moral del hombre, pero en ningún caso, satisface las exigencias sociales y de justicia distributiva que la nueva sociedad demanda <sup>55</sup>. En este sentido, la libertad pieza clave de todo el sistema jurídico se verá relegada a un segundo plano; ahora el valor a considerar es el de la seguridad. Y, por otro lado, el aumento cuantitativo y cualitativo de los peligros de daño origina la necesidad de una mayor protección de los particulares contra los riesgos que el desarrollo de la técnica y las actividades organizadas llevan consigo <sup>56</sup>.

El criterio de la culpa, que se revelaba idóneo para la imputación de daños en una sociedad donde era factible la identificación del autor material, se muestra insuficiente y funcionalmente inválido respecto a la responsabilidad de aquellos daños que no son provocados por acciones individuales sino por actividades organizadas. El daño ha dejado de ser un hecho ocasional y se ha convertido en un suceso que «acompaña ordinariamente al actuar humano, quedando, por lo tanto, sustraído a la tradicional configuración del elemento de la voluntad desde el momento que se trata de daños que deben acaecer. Las modalidades de verificación de este suceso inevitable hacen vanos los criterios utilizados para imputar la acción dañosa a un sujeto determinado, en la

---

<sup>54</sup> MICHOD: «La théorie de la personnalité morale et son application en droit français», LGDJ, París, 1932, tomo I, p. 70, apuesta en este sentido por un nuevo concepto de derecho subjetivo: «le droit subjectif est une puissance attribuée à une volonté pour le Droit objectif, une faculté de vouloir reconue par le Droit»; en el mismo sentido DUGUIT: «La personnalité et les droits subjectifs de l'Etat», París, 1910, p. 271 señala que: «le mot droit subjectif doit d'ailleurs être évité et remplacé par le terme de situation juridique subjective qui a l'avantage de ne pas éveiller l'idée de rapport entre deux sujets».

<sup>55</sup> Señala, en este sentido, HERNÁNDEZ GIL, A: «Derecho de Obligaciones», Madrid, 1960, p. 258, que de la misma manera que «en las relaciones contractuales la falta de una rigurosa posición de igualdad impide la vigencia de un sistema fundado exclusivamente en la libertad, así, también la responsabilidad civil en general no puede quedar ligada por modo exclusivo a los postulados de la libertad y la responsabilidad moral rigurosamente individual y subjetiva».

<sup>56</sup> MAZEAUD, H.: «Leçons de droit civil», París, 1966, p. 307.

medida que el daño vinculado a datos industriales y técnicos ha pasado a ser anónimo»<sup>57</sup>.

Iniciada la segunda fase de la revolución industrial y consolidada así, la vida empresarial, no es ya necesario limitar su responsabilidad y protegerla de los costes que de los daños de su actividad se puedan derivar, en tanto que ahora se muestra capaz de hacerlos frente<sup>58</sup>; cuando el público comienza a convencerse de que tiene derecho a protegerse de aquellos riesgos que acontecen en la vida cotidiana (por medio de un sistema de seguridad social) y cuando se pone de manifiesto que la industria no requiere ser subsidiada de aquella manera (a través del sistema de la responsabilidad limitada) sino que puede asumir y resarcir todos aquellos daños derivados de su actividad social, sólo a partir de ese momento se crean las condiciones favorables para hablar de una teoría de la responsabilidad sin culpa<sup>59</sup>.

No es de extrañar así, que el primer giro en la materia se introduzca por parte de la jurisprudencia a finales del siglo XIX<sup>60</sup> y en los primeros años del siglo XX en materia de accidentes de trabajo<sup>61</sup> mediante el juego de la inversión de la carga de la prueba. En efecto, si las empresas industriales sólo se limitan a considerar la relación del patrono con el obrero, sólo podrá producirse a cargo del patrono una responsabilidad por culpa. Pero, en las relaciones industriales modernas las empresas adquieren un carácter social; así, cuando un accidente se produce en el trabajo, el patrono no puede justificarse probando que ha habido culpa o torpeza por parte del obrero. La cuestión debe ahora centrarse en analizar cuál de los dos elementos –el elemento capital o trabajo– debe soportar los riesgos de la empresa, o si los riesgos deben ser soportados por los dos. Como el capital tiene todo el beneficio de la empresa, se entiende que es él quien debe soportar los

<sup>57</sup> RODOTA: «Il problema...», p. 22.

<sup>58</sup> LEVI, G.: «Responsabilità civile e responsabilità oggettiva», Milano, 1986, p. 15, que afirma: «con la rivoluzione industriale non è più necessario proteggere le imprese dai costi aggiuntivi dovuti ai danni propagati, poiché è causa del grado di evoluzione raggiunti, essi in realtà sono sopportabili».

<sup>59</sup> *Id.*, GREGORY: «Trespass to negligence to absolute liability», Virginia, 1961, p. 350.

<sup>60</sup> Hay que tener en cuenta, como clave de esa transformación de la responsabilidad civil, dos importantes sentencias de nuestro Tribunal Supremo anteriores al propio Código civil: la Sentencia de 30 de mayo de 1865, y la de 9 de abril de 1866, en las que el Tribunal prescinde de la culpa a la hora de imputar responsabilidades; *vid.*, en este sentido, CAVANILLAS MÚGICA, S: «La transformación de la responsabilidad civil en la Jurisprudencia», Aranzadi, Pamplona, 1987.

<sup>61</sup> La Ley de Accidentes de Trabajo sería proclamada en Francia en 1868 por Julio Farve y consagrada en el Congreso Internacional de Bruselas en 1897; Alemania la acogió en 1884, Austria en 1887, Noruega en 1894, Inglaterra en 1897, Francia, Italia y Dinamarca en 1897, y España en 1900.

riesgos, haciendo así predominar la idea de riesgo sobre la de explotación<sup>62</sup>.

La doctrina opta por aplicar la teoría de la responsabilidad contractual del trabajador accidentado para librar al trabajador de la prueba de la culpa sobre la base de que el acreedor perjudicado no está obligado a probar la culpa del propio deudor<sup>63</sup>. Esta teoría será la que dará paso, posteriormente, a una concepción de la responsabilidad propiamente sin culpa a través de los esquemas de la teoría del riesgo. La responsabilidad por riesgo<sup>64</sup> como fuente del deber de indemnizar entraría pues, a regir plenamente en la esfera del Derecho del Trabajo rompiendo así, en cierta medida, con el régimen de responsabilidad por culpa del Derecho común.

Pero, el criterio de la culpa se mostraba ineficaz no sólo desde el punto de vista social, donde la clase trabajadora aparece desprotegida frente a unas fuerzas productivas organizadas y respaldadas jurídicamente por un sistema basado en la culpa como criterio único para fundamentar la responsabilidad del patrono, sino que también se revelaba como un criterio insuficiente desde el punto de vista económico si atendemos a la distribución económica del riesgo de daño<sup>65</sup>. En este sentido, se ha puesto de manifiesto como la consolidación de los sindicatos, que van a hacer de la huelga un instrumento normal y frecuente de reivindicación, la inestabilidad monetaria y la intervención pública en la economía<sup>66</sup>, en tanto que factores que operaban en el contexto social expuesto, llevarán al instituto resarcitorio, de cara a una mayor seguridad en el tráfico jurídico, a una nueva concepción doctrinal capaz de conectar la responsabilidad al mero hecho del incumplimiento o del daño<sup>67</sup> en tanto que las exigencias de justicia y equidad en la nueva sociedad industrial quedaban del todo insatisfechas acudiendo al principio tradicional de la culpa.

<sup>62</sup> *Vid.*, en este sentido, RIPERT: «La regle morale dans les obligations civiles», París, 3.ª edic., 1937, p. 204.

<sup>63</sup> En este sentido, CHIRONI: «La culpa extracontractual», pp. 225 y ss.

<sup>64</sup> Junto al Derecho del Trabajo –accidentes de trabajo– otro de los primeros sectores en que se introduce la responsabilidad por riesgo será en materia de vehículos de motor.

<sup>65</sup> *Vid.*, en este sentido, JORDANO FRAGA: «La responsabilidad...», que afirma que la responsabilidad por culpa no resulta la más idónea para realizar una distribución óptima de los recursos económicos ya que «no ejerce sobre el empresario una presión económica adecuada para impulsar el desarrollo tecnológico, el empresario no se siente presionado a adoptar las medidas que requiere el interés general. El sistema de la culpa es más lento y costoso procesalmente y aumenta la litigiosidad. Tampoco consiente la traslación del daño».

<sup>66</sup> JORDANO FRAGA: «La responsabilidad...», p. 57.

<sup>67</sup> OSSORIO, A: «El hecho, generador de obligaciones» (Contribución al estudio de la responsabilidad sin culpa), Revista General de Legislación y Jurisprudencia, tomo 164, p. 265, afirma que: «Estamos ante una nueva y fecundísima matriz de obligaciones: el hecho. Mejor dicho, ciertos hechos que proviniendo no de la voluntad humana, sino de la fuerza de las cosas, hacen que el patrimonio de un sujeto dañe a otro sujeto o a su patrimonio».

Será pues, en este contexto, con la realidad social, política y económica descrita, con un claro ascenso de las clases no capitalistas resultado del fuerte y creciente movimiento obrero, liderado y organizado por los sindicatos de clase, donde opere un giro copernicano del sistema jurídico, en general, y del instituto resarcitorio, en particular <sup>68</sup>.

El desarrollo industrial, la vigencia de un amplio sistema de seguros y un mayor sentido de la solidaridad social <sup>69</sup>, provocan una fractura del sistema de responsabilidad hasta ese momento basado en la culpa, que será progresivamente sustituido por criterios de responsabilidad asentados sobre bases más amplias capaces de dar respuesta a nuevos aspectos de la realidad. El sistema sancionador basado en la idea de una conducta voluntaria dañosa dejaba pues, de ser un esquema válido.

## 2.2 La responsabilidad sindical: ¿una excepción al régimen común de responsabilidad objetiva?

En un contexto como el expuesto, donde las situaciones de riesgo se han multiplicado, la culpa aparece, lógicamente, como un criterio de responsabilidad anacrónico y como claro exponente de una política jurídica perjudicial para el dañado; se impone pues, el hacer realidad los principios de solidaridad social y justicia distributiva que proclaman los textos constitucionales <sup>70</sup> en favor de aquellos miembros del cuerpo social que reciben los efectos perniciosos del progreso de referencia.

El paso del Estado Liberal de Derecho al Estado Social de Derecho, y la lógica conexión individuo-sociedad, llevarían a una revisión definitiva de los principios liberales sobre los que se asienta el instituto resarcitorio. Los elementos constitutivos del sistema jurídico individualista y metafísico de la Declaración de Derechos, del Código de Napoleón, y de la mayoría de las legislaciones modernas se verán sustituidos por una construcción jurídica de orden realista

<sup>68</sup> Vid., RIPERT, G: «Le régime démocratique et le droit civil moderne», 2.<sup>a</sup> edic, París, 1948, p. 304.

<sup>69</sup> En este sentido, LEVI: «Responsabilità civile...», Milano, 1986, p. 51; TUNC: «Introduction à les problèmes contemporains de la responsabilité civile délictuelle», en *Rev. inter. dr. priv.*, 1967, p. 765; BONET RAMÓN, F.: «Perspectivas...», p. 37; CAVANILLAS MÚGICA, S.: «La transformación de la responsabilidad civil en la Jurisprudencia», Aranzadi, Pamplona, 1987, p. 38.

<sup>70</sup> Este principio de solidaridad social se encuentra recogido con carácter general en el artículo 2 de la Constitución italiana que establece que «La Repubblica riconosce e garantisce e diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali, ove si svolge la sua personalità, e rechie di l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale».

y socialista <sup>71</sup> penetrada por el Derecho público y por un contenido social <sup>72</sup>. La visión socialista que invade la Europa de fin de siglo política y económicamente dará paso a un nuevo modo de entender los conceptos capitales del Derecho. Así, y por lo que interesa a nuestro estudio estamos ante una nueva valoración del derecho resarcitorio y de la personalidad jurídica.

En primer lugar, y por lo que a la responsabilidad civil se refiere, hemos de decir que, esencialmente, el cambio afecta, por un lado, a la función que hasta el momento el instituto resarcitorio se había dado en cumplir; y por otro, a la aparición de nuevos criterios de imputación del daño al margen de la culpa. Efectivamente, frente al sistema propio de la codificación donde la responsabilidad jurídica era esencialmente una responsabilidad moral, en este momento la responsabilidad pasa a tener un carácter estrictamente técnico.

Hemos visto, como el Derecho de Daños en el derecho codificado respondía al criterio subjetivo de la culpa, lo que significaba que únicamente parecía estar interesado en castigar con una sanción jurídica un comportamiento moralmente reprobable. Esta referencia a la moral y a la conciencia individual constituía un claro intento de salvaguarda de la libertad de obrar del hombre, de ahí, que aparezca como justo el hacer recaer el peso del resarcimiento del daño sobre aquel que ha tenido un comportamiento culpable.

El principio del «laissez-faire», que hacía del individuo el centro del pensamiento liberal, rechazaba la posibilidad de declarar a un sujeto responsable, cuando los daños por él ocasionados no derivan de su actuación libre <sup>73</sup> y culpable, por lo que, la responsabilidad por culpa parecía cumplir una función de carácter esencialmente moral dirigida a garantizar la libertad del individuo, cuestión que entra en directa contradicción con el carácter social que inspira a la nueva sociedad contemporánea. Por tanto, en la medida que desa-

---

<sup>71</sup> Vid., DUGUIT, L.: «Las transformaciones...», pp. 36 y ss., que señala que: «estamos en presencia de un sistema realista, porque descansa en el hecho de la función social observado y comprobado directamente; y socialista, por que descansa en las condiciones mismas de la vida social. La regla jurídica, que se impone a los hombres, no tiene por fundamento el respeto a la protección de derechos individuales que no existen (...), descansa en el fundamento de la estructura social»; en el mismo sentido, SAVATER, R.: «Vers la socialisation de la responsabilité et des risques individuels», D.H., 1931, p. 9.

<sup>72</sup> Vid., CASTÁN TOBEÑAS: «Derecho civil español común y foral», tomo I, volumen I, Ed. Reus, 14.ª edic, Madrid, 1986, donde señala que el Derecho civil hasta el último tercio del siglo XIX no es otra cosa que la influencia romanista con su individualismo característico. Sólo a finales del siglo adquiere el Derecho civil su significado actual, cuando con leyes especiales, sin precedentes, ensancha su campo a impulso de las nuevas necesidades económicas y sociales; TORRALBA SORIANO, V: «El Derecho civil desde la codificación hasta el tiempo presente», Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1975, pp. 337-351.

<sup>73</sup> Vid., LARENZ, K.: «Derecho de obligaciones», *op. cit.*, p. 279.

parece cualquier tipo de paralelismo o identidad entre la responsabilidad jurídica y la responsabilidad moral, el fin último de la responsabilidad deja de ser esencialmente una sanción jurídica para convertirse en mera obligación de resarcimiento del daño causado. El instituto resarcitorio deja así, de girar en torno a la libertad del individuo y a su sentido moral para pasar a hacerlo en favor de su seguridad y la solidaridad <sup>74</sup>.

En segundo lugar, la responsabilidad civil deja de tener como punto de referencia sustancial al autor culpable del daño. Así, si el elemento central del sistema había sido, hasta ahora, el comportamiento culpable del que ha causado un daño, cede a partir de este momento a favor del daño injustamente sufrido por la víctima. La responsabilidad civil pasa a ser así, contemplada por los distintos sistemas normativos atendiendo a la posición jurídica de la víctima que ha sufrido el daño, de ahí, que la responsabilidad civil llegue a trascender «los diversos ordenamientos parciales así, como las especiales posiciones de los sujetos sobre los cuales recae la obligación de reparar el daño» <sup>75</sup>.

Y, en tercer lugar, la transformación del instituto de la responsabilidad viene determinada por la aparición de nuevos criterios de imputación del daño agrupados bajo la noción de riesgo: riesgo, equidad, sacrificio. Por tanto, pese a aceptar la culpa como uno de los criterios de imputación de responsabilidad, se considera que no es ni el único ni sobre todo el más importante.

Pues bien, esta evolución de la responsabilidad basada en el criterio de la culpa hacia una responsabilidad objetiva tiene especial transcendencia en materia de personas jurídicas. En efecto, como expusimos en el apartado relativo a la responsabilidad por culpa este criterio planteaba serias dificultades a la hora de tratar de justificar el resarcimiento de los daños causados por una persona jurídica. En este sentido, veíamos como los partidarios de la doctrina de la culpa se veían abocados a negar el resarcimiento de esos daños o a recurrir a la explicaciones más forzadas como, la que consistía en comprender dichos supuestos en el ámbito de las presunciones de culpa; o como la que en el caso del sindicato, simplemente, a la exención de responsabilidad por la vía indirecta de la imputación de las correspondientes responsabilidades individuales (trabajadores, afiliados, o dirigentes sindicales).

Un ente moral no puede ser culpable, afirmaba la dogmática antigua, de ahí, apuntan los nuevos teóricos, que el fundamento de

---

<sup>74</sup> Vid., en este sentido RODOTA: «Il problema della responsabilità civile», Milano, 1967, pp. 91 y ss.; LEVI, G: «Responsabilità civile...», Milano, 1986, pp. 50 y ss.

<sup>75</sup> LEGUINA VILLA, J: «La responsabilidad civil de la Administración pública», Tecnos, Madrid, 2.<sup>a</sup> edic., 1983, *op. cit.*, p. 117.

su responsabilidad tenga que ser, esencialmente, objetivo <sup>76</sup>. Será pues, la necesidad de evitar que la persona jurídica pudiera quedar al margen de un sistema de responsabilidad basado en una idea subjetiva o de culpa lo que llevaría a muchos autores, a introducir la noción de riesgo como criterio de responsabilidad <sup>77</sup>. No se trata tanto pues, de saber quién es el sujeto culpable como cuál es el patrimonio que debe en definitiva soportar el riesgo que conlleva la actividad del grupo <sup>78</sup>. Se produce así, un cambio de valoración del ordenamiento jurídico respecto a los daños causados por las personas físicas y aquellos otros ocasionados como consecuencia de la actividad de un grupo social organizado <sup>79</sup>. En la doctrina de la responsabilidad objetiva o por riesgo la responsabilidad pasa a ser determinada no sobre la base de la culpa intencional o negligencia del sujeto, sino por el incumplimiento mismo. El daño debe ser en cualquier caso indemnizado, con lo que «la indemnización adquiere el aspecto de un verdadero imperativo social» <sup>80</sup>.

Nos encontramos así, que pese a que los Códigos civiles siguen anclados en la idea de culpa o negligencia como base de la responsabilidad civil, la jurisprudencia ha desarrollado una doctrina fuertemente objetivadora de la responsabilidad. Esta tendencia es general y apreciable en toda la jurisprudencia civil sobre responsabilidad <sup>81</sup> pero, se hace aun más manifiesta, cuando participa una persona jurídica en la producción de los daños. La responsabilidad se identifica en este momento más con la necesidad de indemnizar a las víctimas de los daños que con la de observar la culpabilidad de quien los produce. Asistimos pues, a la desaparición del tradicional carácter punitivo o retributivo de la responsabilidad civil para pasar a poner el acento en su aspecto esencialmente reparador. La responsabilidad sin culpa u objetiva tiende a consagrar la idea de que no quede ningún daño sin reparar. El deber de responder está en el daño mismo

<sup>76</sup> RODOTA: «El problema...», pp. 20 y ss.

<sup>77</sup> No obstante, como manifiestan algunos autores hay supuestos en que la responsabilidad sólo es reconducible a la culpa.  *Vid.*, STARK, B: «Essaie d'une théorie générale de la Responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée», París, 1947, pp. 253 y ss., que entiende que en el supuesto de las asociaciones de carácter no lucrativo, quiebra la relación beneficio-riesgo, en la medida que de la actividad de estas personas jurídicas no se deriva ningún beneficio; y MICHOD: «La Théorie de la Personnalité Morale», que señala que en ciertos supuestos, como en el de abuso de derecho, sólo cabe hablar de responsabilidad de la persona jurídica si se prueba la concurrencia de culpa o dolo de sus representantes.

<sup>78</sup> No obstante, como señala STARCK: «Essai d'une théorie...», p. 256, esta solución «est pleine d'inconvénients pour les cas où de la personne morale est faible ou inexistant (associations déclarées, syndicats)».

<sup>79</sup> DUGUIT, L.: «Las transformaciones generales...»,  *op. cit.*, p. 342.

<sup>80</sup> Díez-PICAZO, L.: «La responsabilidad civil hoy», ADC, 1979, p. 732.

<sup>81</sup> CAVANILLAS MÚGICA: «Las transformaciones de la responsabilidad civil en la jurisprudencia», Aranzadi, Pamplona, 1987.



no en el sujeto que lo causa. La responsabilidad es objetiva, no subjetiva. ¿Significa esto que la responsabilidad de las personas jurídicas y, por tanto, del sindicato es en este momento una responsabilidad objetiva? ¿La responsabilidad del sindicato es una responsabilidad por riesgo sin referencia alguna a la culpabilidad del sujeto sindical o por el contrario exige la comisión de un ilícito por el sujeto llamado a responder?

Como veíamos, en el apartado relativo a la responsabilidad por culpa, existe una imposibilidad física y jurídica de la culpa de las personas jurídicas. Alejada del ámbito civil la ficción jurídica que suponen las personas morales <sup>82</sup> deja de invocarse, en exclusiva, el principio de culpabilidad que exige un elemento volitivo del que la persona jurídica carece para dar paso a otros criterios de imputación, como el del riesgo, como fundamento de su responsabilidad <sup>83</sup>; aplicando la idea de riesgo, de garantía, en definitiva, de responsabilidad objetiva a las personas morales <sup>84</sup>, nos encontramos con que éstas están llamadas a responder de todos aquellos actos llevados a cabo por las personas que actúan en su nombre y representación –siempre y cuando se desarrollen en la esfera de sus competencias– <sup>85</sup> sin entrar a considerar si en aquéllas concurre o no culpa.

La noción de garantía aparece así, como fundamento de la responsabilidad de la persona jurídica que no deja de constituir tanto

<sup>82</sup> En efecto, serán autores como SALEILLES: «De la personnalité juridique. Histoire et Théorie», París, Rousseau, 1910; y MICHOD: «La théorie de la personnalité morale et son application en droit français», LGDJ, París, 1932, en Francia; y FERRARA: «La teoría de la persona jurídica», traducción de Ovejero y Maury, Madrid, 1927, en Italia, los que teniendo en cuenta la elaboración de Gierke, a la que califican de poco satisfactoria por su «simplicidad y plasticidad», los que llevarán a cabo una formulación más formalista de la persona jurídica. En este sentido FERRARA: «La persona...» p. 385, no duda en proclamar la responsabilidad civil de las personas jurídicas calificándolas de responsabilidad objetiva, aunque eso sí, señalando como elemento de esa responsabilidad, la culpa: las personas jurídicas son capaces de querer y obrar, «no en el sentido místico de una voluntad superior del ser colectivo, sino en el sentido práctico de la voluntad de todos los asociados, de ahí, que se encuentren expuestas a errar, a incurrir en culpa, a originar daños, y en consecuencia, deban soportar la consiguiente responsabilidad por sus actos». Por su parte SALEILLES: «De la personnalité...», p. 604, tampoco vacila en afirmar la responsabilidad civil de las personas jurídicas por actos ilícitos pues, entiende que en ningún caso puede negarse la existencia en la persona jurídica de una voluntad jurídica, ya que «la esencia del derecho no exige que lo realice una voluntad propia de su titular; basta que por su naturaleza, éste sea capaz de procurar su realización, y una asociación, una fundación, puede realizar el derecho en su beneficio, es decir, en provecho del fin que representa, desde el momento en que está organizada para obrar jurídicamente».

<sup>83</sup> COULOMBEL, P: «Le particularisme de la condition juridique des personnes morales en droit privé», Thèse, Langres, 1950, p. 317.

<sup>84</sup> La teoría que configura a la propia persona jurídica como garantía sería formulada por STARCK: «Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée», París, 1947; «Domaine et fondement de la responsabilité sans faute», RTD civ., 1958, pp. 487-497.

<sup>85</sup> FERRARA: «Teoría...», p. 826.

en Derecho privado como en Derecho público sino «une responsabilité indirecte pour le fait d'autrui»<sup>86</sup>. De lo expuesto, se deduce que la evolución del Derecho de Daños hacia un concepto más objetivo y social de la responsabilidad civil simplifica notablemente el problema respecto a la persona jurídica, de tal modo, que desde los principios hoy vigentes en la materia podemos afirmar la responsabilidad directa de la persona jurídica.

Un sistema de responsabilidad civil como el expuesto, en claro proceso de objetivación y de alejamiento del principio de culpabilidad, diluye cualquier tipo de duda en torno a la responsabilidad de la persona jurídica, en general y, del sujeto sindical, en particular; en un sistema donde la responsabilidad no se plantea ya en términos de imputación personal sino de imputación patrimonial, es el conjunto de elementos patrimoniales puestos al servicio de la consecución del fin social y, administrados por los órganos de la persona jurídica, el que va a soportar las responsabilidades en que incurran los sujetos componentes de los órganos en el desempeño de las actividades propias del ente, exonerándose tales sujetos de responder con su patrimonio particular. De lo que se trata, en definitiva, es de llegar a la responsabilidad no a través de la culpabilidad, como es lo ordinario, sino a través de la capacidad de soportar la sanción: “de la evidente incapacidad de las personas jurídicas para ser culpables en sentido estricto no debe deducirse su impunidad sino algo muy diferente: que no hay que exigirles tal culpabilidad”<sup>87</sup>. Este es el caso, por ejemplo de la Administración Pública, que responde de manera objetiva y directa por los daños causados a los administrados<sup>88</sup>.

“...la responsabilidad de la Administración es objetiva. No está fundada en la idea de ilicitud o culpa como ocurre en el Código Civil (art. 1902) y también, básicamente, en el otro gran sistema de responsabilidad administrativa organizado sobre bases diferentes de las civiles, como es el francés. En la regulación española para que la Administración quede obligada a reparar, basta con que se produzca una lesión en los bienes y derechos de los particulares que sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”<sup>89</sup>.

<sup>86</sup> Vid., GUYENOT: «La responsabilité des personnes...», p. 179 y ss.

<sup>87</sup> NIETO, A: «Derecho Administrativo Sancionador», 2.ª edic. ampliada, Tecnos, Madrid, 1994, *op. cit.*, p. 360.

<sup>88</sup> Vid., EISENMAN, M: «Sur le degré d'originalité du régime de la responsabilité extracontractuelle des personnes publiques», J.C.P. ed.G, 1949, I, p. 751; CORNU, G: «Étude comparée...», pp. 255 y ss., que afirma que «la faute n'est jamais le fondement de la responsabilité en Droit public».

<sup>89</sup> MUÑOZ MACHADO: «La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones Públicas», Civitas, 1992, *op. cit.*, p. 75; LEGUINA VILLA: «La responsabilidad civil de la Administración Pública», Madrid, 2.ª edic., 1983.

Pero, ¿y en el caso del sindicato? ¿Podemos hablar de una responsabilidad sindical de carácter objetivo? Existe, tanto en derecho español, como en Derecho comparado <sup>90</sup> –salvo en el caso inglés <sup>91</sup>–, una tendencia generalizada a la aplicación del criterio de la culpabilidad en materia de responsabilidad sindical. La razón es clara: en primer lugar, la incorporación de una responsabilidad de carácter objetivo conduciría quizás a una concepción demasiado amplia de la responsabilidad de la organización sindical e, indudablemente, a la total asfixia de su actividad. Y, en segundo lugar, partiendo del carácter esencialmente sancionador de la responsabilidad sindical, nos encontramos con que conforme a la STC 246/1990 de 19 de diciembre <sup>92</sup>, «en el mundo

<sup>90</sup> No existe en Derecho francés una regulación específica en materia de responsabilidad del sindicato por los daños derivados de su actividad propiamente sindical una vez declarada inconstitucional la Ley 82-915 (Conseil Constitutionnel en una decisión de 22 de octubre de 1982), relativa al desarrollo de las instituciones representativas de personal, que en su artículo 8 establecía la irresponsabilidad sindical por los daños derivados de conflicto colectivo, y tras decaer la Proposición de Ley núm. 171, de 11 de mayo de 1993. No obstante, con carácter general, la Corte de Casación ha señalado sustancialmente tres requisitos para que el sindicato incurra en responsabilidad civil: a) la existencia de una “faute” personal del sindicato que, en ningún caso, es una culpa pre-sunta (Cass. Soc., 9 de noviembre de 1982, D. 1983, pp. 531-534; Dr. ouvrier 1983, p. 275, asunto Dubigeon-Normandie, en la que se afirmaba la ausencia de responsabilidad sindical «au motif qu’aucune faute en relation avec le dommage n’était établie à l’encontre des syndicats»); b) la participación del sindicato en los actos ilícitos dañosos será, en todo caso, una participación activa (Cass. Soc., 23 de junio de 1988, Dr. ouvrier 1988, pp. 446-447: «un syndicat même s’il a appelé à la grève, ne peut être automatiquement tenu pour responsable des dommages causés par des actes abusifs (...) le comportement exclusivement passif ne permettait pas de rechercher la responsabilité du syndicat»; Cass. Soc., 9 de noviembre de 1982, Dr. ouvrier 1983, p. 275; Dr. Soc 1983, p. 176, en el asunto Trailor); c) y la “faute” de la organización sindical será una “faute qualifiée” en la medida que la responsabilidad sindical sólo se pondrá en marcha en caso de participación del sindicato en hechos constitutivos de delitos penales o no comprendidos «en el ejercicio normal del derecho de huelga» (Cass. Soc., 31 de mayo de 1978, Bull. civ. I, núm. 213: «el sindicato sólo responde de los actos llevados a cabo por sus órganos o por sus representantes, actuaciones que en cualquier caso serán de participación en la comisión de un delito o un cuasidelito en nombre de la organización a la que representan»; Cass. Soc., 9 de noviembre de 1982, Dr. ouvrier 1983, p. 275; Dr. Soc 1983, p. 176). Por tanto, la responsabilidad sindical en Derecho francés es una responsabilidad por culpa y por comisión.

<sup>91</sup> La responsabilidad de los sindicatos ingleses se ha convertido, por medio del conocido trámite de las presunciones legales de la culpa, en una responsabilidad objetiva. Actualmente, el sistema de inmunidades se contiene en la “TULRCA 1992” que mantiene a grandes rasgos el régimen de la responsabilidad sindical objetiva.

<sup>92</sup> Frente al ámbito civil, en el que la responsabilidad de las personas jurídico-privadas y jurídico-públicas acusa una tendencia objetivadora, nos encontramos con que en el ámbito administrativo sancionador la responsabilidad de las personas jurídicas es, como ha manifestado el Tribunal Constitucional en la Sentencia 246/1991, de 19 de diciembre una responsabilidad por culpa: “Todo ello, sin embargo, no impide que nuestro Derecho Administrativo admita la responsabilidad directa de las personas jurídicas, reconociéndoles, pues, capacidad infractora. Esto no significa, en absoluto, que para el caso de las infracciones administrativas cometidas por personas jurídicas se haya suprimido el elemento subjetivo de la culpa, sino simplemente que ese principio se ha de aplicar de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas. Esta

de las sanciones no puede existir responsabilidad sin culpa". La responsabilidad sindical es pues, una responsabilidad de carácter sancionador y no reparador; es, por tanto, una responsabilidad por culpa.

Y es que, si la responsabilidad sindical fuera una responsabilidad objetiva o sin culpa, para que el sindicato quedase obligado a reparar, bastaría con que se produjera una lesión en los bienes y derechos de los particulares que fuera consecuencia de la actividad sindical; se buscaría así, una justa indemnización que se aplicaría al riesgo derivado de la acción sindical. Se estaría apostando por una comprensión flexible y abierta de la actividad sindical en favor del reconocimiento de una indemnización a los perjudicados. Parafraseando a Hauriou, podríamos decir: que «el sindicato actúe sí, pero que pague». Un sindicato objetivamente responsable sería, sin duda, un sindicato con «las manos atadas».

La culpa se revela, en cierta medida, como elemento moderador de la responsabilidad sindical. En la responsabilidad objetiva detectada una causa capaz de producir el daño (la causa directa e inmediata del daño) <sup>93</sup> se declara el deber de reparación de la totalidad de la lesión producida. La conclusión tiene un carácter terrible: dirigirse contra el sindicato en el supuesto de todo daño derivado de la acción sindical. No obstante, hemos de señalar, que si bien la responsabilidad sindical por culpa es la respuesta que aporta el Derecho continental en la materia, ésta dista mucho de ser la solución que ofrece al respecto el Derecho británico, donde la responsabilidad de las «unions» pasa a ser, frente al sistema de inmunidad expuesto anteriormente, una responsabilidad prácticamente objetiva.

---

construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden estos sujetos. Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir. Capacidad de infracción y, por ende, reprochabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido por una norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz y por el riesgo que, en consecuencia, debe asumir la persona jurídica que está sujeta al cumplimiento de dicha norma». Por tanto, el TC rechaza la idea de que en el mundo de las sanciones pueda existir responsabilidad sin culpa y objetiva; se admite, como señala BLANCA LOZANO: «La responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito sancionador administrativo (A propósito de la STC 246/1991, de 19 de diciembre)», RAP, núm. 129, 1992, pp. 211-239, *op. cit.*, p. 229, que «la capacidad de acción y de culpa de las personas jurídicas, y, desde esta construcción de la culpabilidad, el principio de responsabilidad personal o personalidad de las penas no resulta quebrantado».

<sup>93</sup> PANTALEÓN: «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», en el libro conmemorativo del Centenario del Código Civil, 1889-1989, Ramón Areces, Madrid, 1990, t. II, pp. 1561-1591.

### III. SIGNIFICADO DE LA RESPONSABILIDAD SINDICAL

#### 1. LA FUNCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

La noción de responsabilidad <sup>94</sup>, tanto si tenemos en cuenta sus caracteres como las diferentes acepciones <sup>95</sup> que se refieren a los diversos campos de la realidad, expresa, como señala Bonet Ramón, un momento esencial de la naturaleza del hombre: «condicionamiento de su libertad de obrar, que se actúa, para impedir que se transforme en abuso» <sup>96</sup>. No obstante, la responsabilidad va a asumir diverso sentido y contenido según los valores y las leyes que en cada momento se tomen en consideración, si bien en todos ellos, parece delinearse una imagen bastante precisa de la naturaleza y substrato reales de la responsabilidad, «en la imputación al sujeto agente del evento lesivo, y en la correlativa sujeción a los efectos establecidos para responder con una adecuada reacción al delito» <sup>97</sup>.

En el origen, ni la costumbre, ni la ley, se preocupaban de los daños causados a los particulares. El problema quedaba pues, al margen del derecho; la libertad de cada individuo no tenía otro límite que la fuerza de sus semejantes. No obstante, poco a poco y por la fuerza de la costumbre el talión se convierte en una regla; la víctima tiene el derecho de venganza: «la venganza, la pena y la sanción constituyen el basamento del principio del Talió» <sup>98</sup>.

En los sistemas primitivos, la venganza privada se fijaba, pues, en el daño causado, en la injusticia cometida. No obstante, hay que tener en cuenta, que el Talió no significa en ningún caso la venganza

<sup>94</sup> Vid., RODOTA: «Il problema della responsabilità civile», pp. 71 y ss., señala: «Ordinariamente, per responsabilità civile la sossezione ad un obbligo, la sottoposizione ad una sanzione, l'obbligo di risarcire un danno, il vicolo a sopportare le conseguenze che sono ricongiunte dal diritto all'atto proprio casualmente compiuto... Dire, quindi, che una persona è responsabile tutte le volte che sopporta definitivamente un danno».

<sup>95</sup> Vid., PELLEGRINI, voz «Responsabilità», en Nuovo Digesto italiano, Vol. XI, 1939, pp. 438 y ss.

<sup>96</sup> BONET RAMÓN, F: «Perspectivas de la responsabilidad civil. Estudio de Derecho comparado», Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1975, *op.cit.*, p. 31.

<sup>97</sup> SCOGNAMIGLIO, R: «Responsabilità civile», en Novissimo Digesto italiano, tomo XV, 1957, p. 633: «nell'imputazione al soggetto agente dell'evento lesivo, e la sua correlativa soggezione agli effetti intesi a realizzare un'adeguata reazione al torto»; Stark, M: «Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile...», donde señala que «la véritable raison de la responsabilité est dans le "dommage causé sans droit" en violation des droit de la victime».

<sup>98</sup> ALBERT HERMANN POST: «Grundriss der ethnologischen Jurisprudenz», tomo II, Leipzig, 1895, & 59, pág. 238, citado por MARTÍNEZ SARRIÓN: «Las raíces...», afirma que «Eine solche Talion ist naturgemäss nur bei bestimmten Rechtsbrüchen tatsächlich möglich».

za o la represalia sin medida. El Talión trata de llevar a cabo la restauración del orden controvertido por medio del equivalente de acción y reacción<sup>99</sup>. Esto nos pone de manifiesto, que el Talión, pese a tener una clara función sancionadora mediante la concreción y fijación de los daños causados y, en esa medida, de la pena, también trata de cubrir una función correctora: la coercibilidad para compeler a la composición. El daño causado era por sí mismo razón de responsabilidad para el causante en forma de venganza y composición<sup>100</sup>.

La función correctora del Talión sería recogida por los romanos en la Ley de las XII Tablas, donde esa función de composición se constituye ya, claramente como criterio sancionador. La idea de resarcimiento y pena aparecen, así, claramente identificadas; la composición desempeña pues, el papel de la pena.

Será la «Lex Aquilia»<sup>101</sup>, con la que se inicia un proceso de reglamentación de los casos de daños en las cosas, la que introduzca una obligación de reparar el daño causado<sup>102</sup>, con lo que la función de represalia, primero, y de composición después en la pena, va a ser sustituida ahora, por una función compensatoria. La Lex Aquilia, obligando a la composición, se preocupa de fijar su entidad en determinados supuestos.

Pero, la Lex Aquilia no es únicamente una disposición prefigurada para remediar los daños producidos al margen de una relación contractual y como consecuencia de las relaciones de convivencia. El daño contemplado por la Ley Aquilia presupone un comportamiento antijurídico (*damnum iniuria datum*); y el concepto de «iniura» en las fuentes es la manifestación de una conducta culposa. La «iniuria» implica culpabilidad en el agente<sup>103</sup>.

<sup>99</sup> Éxodo (21, 23-25), Levítico (24, 19-20) y Deuteronomio (19, 21) recogen la fórmula: «*vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura, cuchillada por cuchillada, hachazo por hachazo*». Esta fórmula venía a expresar el principio de una compensación proporcionada. La necesidad de mantener el equilibrio aritmético sería defendida por Aristóteles, «*in geometrica enim proportione evenit ut, quo modo utrumque cum utroque, sit totum cum toto comparetur*», que sentaría así, el principio de «proporcionalidad geométrica».

<sup>100</sup> CHIRONI, G. P.: «La culpa en el Derecho civil moderno. La culpa extracontractual», Madrid, 1905, p. 37.

<sup>101</sup> JÖRS-KUNKEL: «Derecho Privado Romano», Labor, 2.<sup>a</sup> edic., 1937, p. 249 señala la incertidumbre existente en torno a la fecha de que data la Lex Aquilia, remitiéndose a la Paraphrasis atribuida a Teófilo, que la sitúa en el año 286 a. de J.C, 468 de la fundación de Roma: «*Plebes enim Romana, tempore discordiae inter plebem ac senatum. Aquilio (Tribunus plebis hic erat) praesentem legem ferente, contenta fuit verbo plurimi in capite primo*». En el mismo sentido, IGLESIAS, J.: «Derecho Romano», p. 424.

<sup>102</sup> D.9.2.2. Gaius, libro septimo ad edictum provinciale. *Lege Aquilia capite primo cavetur: «Qui servum servamve alienamve, quadrupedemvel pecudem, iniuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto. (Et infra deinde cavetur: ut adversus ingrantem in duplo actio esset)*».

<sup>103</sup> *Vid.*, nota núm 29; IGLESIAS, J.: «Derecho Romano», p. 426; MARTÍNEZ SARRIÓN: «Las raíces...», pp. 206 y ss.

La Lex Aquilia, no se limita pues, a convertir la venganza en compensación pecuniaria, sino que introduce la responsabilidad moral como circunstancia indispensable para que nazca la obligación de indemnizar; la represalia pasa a ser sustituida por la satisfacción moral. La culpa aquiliana aparece así, como consecuencia jurídica del «neminem laedere»<sup>104</sup>. De la lesión del deber de no proceder «iniura» surge la obligación de resarcir el daño; con anterioridad a esa obligación de resarcimiento sólo existe una norma, y el deber de observarla; y a cargo de todos, subsiste el deber de no producir daño violentando esa norma: «neminem laedere». Esta regla del «alterum non laedere», en tanto que regla de convivencia humana en el Derecho romano, sería recogida por la conciencia cristiana del jurista medieval hasta el punto de transformarla en una regla positiva de conducta con un claro contenido religioso<sup>105</sup>.

Esto significa, que con independencia de la «función» que se le asigne a la responsabilidad civil –punitiva, de resarcimiento o compensatoria– lo que parece claro es que el axiomático principio sobre el que la misma se asienta, el principio del «alterum non laedere» tiene un claro fundamento moral. En este sentido, se manifiesta Ripert quien señala que la responsabilidad civil viene a ser «la consagración por el derecho de la magna regla moral que prohíbe causar daño a un tercero por actos ilegítimos o cuando el perjuicio puede ser evitado. Se comete la falta cuando se actúa mal; si esta mala conducta no causa daño a nadie, la moral solamente la repudia; pero si origina un perjuicio hay que repararlo»<sup>106</sup>.

El instituto de la responsabilidad parece tener pues, desde sus orígenes, como fin último el restablecer o compensar, con cargo a la masa de los bienes y derechos del sujeto responsable, el equilibrio patrimonial o moral que hubiera sido perturbado conforme a la infracción del principio general de no causar perjuicio a nadie<sup>107</sup>. El no causar daño a los demás fue y sigue siendo, por tanto, la regla más importante de las que gobiernan la convivencia

<sup>104</sup> Sobre la formulación ulpiana del «alterum non laedere», vid. CALASSO, F: «Alterum non laedere. L'Esperienza storica», Enciclopedia del Diritto, II, 1958, p. 93.

<sup>105</sup> Vid., en este sentido, CALASSO, F: «Alterum...», p. 95, que se refiere al Decreto de Graciano (Decretum, I, dist. I), como exponente de la moralización del precepto «alterum non laedere» convertido en un principio de derecho natural: «ius natural, quod in lege et evangelio consistit, quo quisque iubetur aliis facere, quod sibi vult fieri, et prohibetur aliis inferre, quod sibi nolit fieri».

<sup>106</sup> RIPERT: «La regle morale dans les obligations civiles» & 112 ss., p. 188, y «Le régime démocratique et le droit civil moderne» p. 305: «Je voudrais essayer de retrouver dans quelle mesure le devoir morale de ne pas nuire à autrui se trouve consacré dans la théorie de la responsabilité civile...».

<sup>107</sup> SAVATIER: «Du droit civile du droit public», LGDJ, 1945, p. 82, afirma que: «responsabilité morale et responsabilité civile toutes deux ont à leur origine un même principe: la liberté humaine, et plus loin, la responsabilité civile est à la fois l'expansion et la sanction de la liberté humaine».

humana <sup>108</sup>. Hasta tal punto sigue hoy en vigor aquel principio, que los romanos sellaron con la expresión «alterum non laedere» y, que perpetuaron en la Ley 10,1, Dig. 1, Tit. 1 como una de las tres máximas de comportamiento social, junto al vivir honesto y dar a cada uno lo suyo, que el artículo 1902 de nuestro Código civil lo ha elevado a rango de ley general de la responsabilidad civil, y lo propio, se encuentra establecido en los Códigos civiles de nuestro entorno cultural <sup>109</sup>.

No obstante, a pesar de la plasmación del principio «alterum non laedere» <sup>110</sup> como principio general en los Códigos de inspiración francesa, hay que tener en cuenta que no basta la protección de un interés general para poder deducir la protección directa del correspondiente interés individual, pues el ordenamiento jurídico no protege a todos y cada uno de los intereses individuales sino en cuanto corresponden al interés general <sup>111</sup>; como tampoco, es suficiente la existencia de una protección de carácter ético o por parte de la costumbre: el interés ha de estar jurídicamente tutelado, es decir, el interés ha de estar protegido por la norma jurídica. Afirma, en este sentido, De Cupis, «que la generalidad que haya podido alcanzar el principio consiste tan sólo en que la responsabilidad está unida tan sólo a un interés jurídicamente tutelado», lo que significa que el fundamento del resarcimiento del daño se encuentra en la tutela jurídica del interés lesionado y no en máximas de carácter moral que conllevarían una total incertidumbre en el ejercicio de derechos y una ampliación de la esfera de la responsabilidad hasta límites insospechados <sup>112</sup>.

La responsabilidad civil aparece, pues, como efecto jurídico derivado de la vulneración de todo interés humano jurídicamente

---

<sup>108</sup> Vid., en este sentido, LARENZ, K: «Derecho de Obligaciones», Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, p. 190, que señala la importancia que tiene para el ser humano, «el respeto a la persona del otro y a la comunidad...; el que infringe las leyes de la moral o del ordenamiento jurídico, y mediante esta violación daña a otro está obligado conforme a la moral y al Derecho natural a reparar el daño causado».

<sup>109</sup> Artículos 1382 y 1383 del Código civil francés, 1151 y 1152 del abrogado de Italia de 1865, 823 del BGB, 41 y ss. del Código federal de las obligaciones suizo y 2043 del Texto legal en vigor italiano. Asimismo, en el Derecho anglosajón, el denominado «Derecho de daños» (Law of Torts) encuentra su fundamento en el principio «alterum non laedere» (to hurt nobody by word of deed).

<sup>110</sup> En torno al significado del principio «alterum non laedere» y a su interpretación como principio general o norma particular protectora de un determinado interés jurídico, vid. PUGLIATTI, S: «Alterum non laedere. Il diritto positivo e le doctrine moderne», Enciclopedia del Diritto, 1958, II, pp. 98-108; MAIORCA, C: «Colpa civile.», p. 541.

<sup>111</sup> Vid. DE CUPIS, A: «El Daño. Teoría General de la Responsabilidad civil», Barcelona, 1975, pp. 142 y 143.

<sup>112</sup> RODOTA: «Il problema...», p. 195, repudia la construcción del principio del «neminem laedere» como síntesis de preexistentes deberes jurídicos. Asimismo, afirma (pp. 112 y 113) que no le interesa comprobar si existe un deber impuesto a un sujeto frente a otro, sino simplemente si tal situación es objeto de cualquier forma de protección legislativa.



tutelado. En sede de responsabilidad civil, es evidente, que para todos los casos en que se pretenda exigirla, sea conforme a un contrato previo o sin convenio que le anteceda, es requisito «sine qua non» que antes se haya infringido el principio de Derecho «alterum non laedere». La violación de este principio, ético y moral hecho derecho positivo, confiere a la víctima del daño la posibilidad jurídica de entablar ante los Tribunales la acción resarcitoria correspondiente.

Por tanto, la responsabilidad civil proporciona el derecho a exigir la indemnización o reparación de los perjuicios producidos en el patrimonio de los interesados como consecuencia del incumplimiento de un deber jurídico preexistente: el deber de no causar daño a nadie. La responsabilidad civil viene a ser así, para el titular o titulares de los derechos de crédito, concretos o abstractos, preestablecidos o a establecer, la real garantía de la efectividad de la prestación a la que puedan tener derecho <sup>113</sup>. Así pues, podemos hablar de una función de garantía genérica de la responsabilidad civil, garantía que unas veces vendrá referida a un derecho de crédito –responsabilidad contractual <sup>114</sup>– y otras a la esfera jurídica de la personalidad <sup>115</sup> –responsabilidad extracontractual.

Ahora bien, el tratar de privilegiar el aspecto garantista frente al carácter sancionatorio o de resarcimiento en materia de responsabilidad tiene no pocas repercusiones a la hora de aplicar las distintas reglas existentes en materia de responsabilidad civil <sup>116</sup>.

<sup>113</sup> En este sentido algunos autores, han pretendido fundar la obligación de resarcimiento, no sobre la culpa, sino sobre el concepto de garantía. *Vid.*, STARK: «Essai d'une théorie generale de la responsabilité civile...», París, 1947, pp. 258 y ss.

<sup>114</sup> JORDANO FRAGA, F: «La Responsabilidad Contractual», Civitas, 1.<sup>a</sup> edic., Madrid, 1987, p. 34, afirma que «resulta natural que al hablar de la función de la responsabilidad contractual se ponga de manifiesto, como contenido primario de la misma, el de garantizar la posición del acreedor, de tal forma que cuando la realización coactiva de su pretensión no sea posible, se le resarza de las pérdidas sufridas por el incumplimiento. En este mismo sentido se manifiesta BETTI en su obra: «Teoria generale delle obbligazioni», Milano, 1953, partes I y II, y en su monografía «La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi, Milano, 2.<sup>a</sup> edic., 1955, p. 98, en la que señala «que la “obligatio” no tiene carácter positivo, no constituye una exigencia para recabar la cooperación ajena, sino que actúa negativamente, como un estado de limitación a la autonomía personal en ventaja o beneficio de otro», de ahí, que «para el acreedor la obligación es, en el ámbito de la persona, lo que la prenda en el ámbito de la cosa: Garantía real ésta, garantía personal aquélla»; así, tenemos, que «la obligación es desde el lado activo un derecho de garantía; del pasivo una situación de responsabilidad».

<sup>115</sup> *Vid.*, LÓPEZ JAOISTE, J. J.: «Transformaciones y paradojas de la responsabilidad extracontractual», Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1994, pp. 19 y ss., que mantiene la función de la responsabilidad extracontractual como garantía genérica de la esfera jurídica de la personalidad. Afirma este autor que, «la responsabilidad extracontractual se dirige a establecer la dimensión relacional de las personas, pero, al ser esa dimensión impronta de su dignidad, las correspondientes acciones civiles ostentan fundamento propio, sin supeditación de principio. Son cauce de mutuo respeto y de la paz social».

<sup>116</sup> *Vid.*, en este sentido, LARENZ, K: «Derecho de Obligaciones», Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, p. 283, que lleva a cabo una distinción entre el princi-

Hablar de responsabilidad como mecanismo de garantía y no como mecanismo de sanción, supone hablar ante todo de una función compensatoria de la responsabilidad civil. Planteada la cuestión en estos términos, tenemos que no se trata tanto de imputar a una persona un hecho dañoso como de determinar cual será en último término el patrimonio que habrá de soportar sus consecuencias dañosas; más que de una imputación personal se tratará de una imputación patrimonial: se responde porque se debe, no porque se realice un comportamiento reprobable. Así pues, no se tratará tanto de llevar a cabo el enjuiciamiento de un acto o de castigar una conducta <sup>117</sup> como de realizar una protección de la esfera jurídica menoscabada.

La responsabilidad civil parece cobrar un nuevo sentido, ya que de basarse exclusivamente en la idea de falta <sup>118</sup>, en tanto reproche moral, pasa a fundarse en otras circunstancias –mera causalidad, riesgo creado, lucro obtenido, equidad, etc.– ligadas, esencialmente, al principio de solidaridad social. La idea de solidaridad social se constituye pues, en el nuevo motor que habrá de impulsar una institución tan antigua como la responsabilidad civil <sup>119</sup>.

---

pio de culpabilidad y la obligación de garantía, en tanto en cuanto criterio predominante respectivamente en el Derecho alemán y en el Derecho inglés, señala que: «el principio de culpabilidad es menos riguroso en comparación con la obligación de garantía, y corresponde en mayor medida, a un ordenamiento jurídico que tenga en cuenta la “buena fe” y la “equidad”. El deber de garantía corresponde al “strictum jus” y con ello por entero a un ordenamiento jurídico que se apoya en supuestos de hecho sencillos, en resultados claros (“un hombre una palabra”) y supone un arma peligrosa en manos del acreedor».

<sup>117</sup> PANTALEÓN: «El sistema de responsabilidad contractual», ADC, julio-sep 1991, pp. 1019-1091, *op. cit.*, p. 1020: «La función de la responsabilidad contractual es puramente indemnizatoria. No tiene una función preventivo-punitiva; no trata de castigar los incumplimientos para así desincentivarlos».

<sup>118</sup> Como hemos visto, la idea de «faute» o de «culpa» aparece ligada a la concepción del Derecho como facultad o prerrogativa propia de las ideas individualistas del Derecho romano y de la Revolución francesa, y presentes en la concepción de los Códigos civiles del siglo pasado; y será a partir del momento en que se abandone esa ideología liberal, y se tome conciencia, a la luz de la ideología socialista, de la existencia de la sociedad, cuando se asigne al Derecho una clara función social. El paso de un Estado liberal a un Estado social y democrático conlleva una nueva concepción del Derecho privado, del Derecho civil, y de la responsabilidad civil por culpa. *Vid.*, en este sentido, CASTÁN TOBEÑAS, J: «Hacia un nuevo Derecho civil», Reus, 1.ª edic., 1933, pp. 45 y ss.; GIERKE: «La función social del Derecho privado», Madrid, Editorial española, 1904, pág. 45; y VALLS GOMBAU, J. F: «La extensión de la culpa extracontractual hacia un carácter social», *Revista Jurídica de Cataluña*, enero-marzo de 1980, núm. 1, pp. 99 y ss.

<sup>119</sup> En torno a la idea de solidaridad social como nuevo principio «regulativo del Derecho civil del porvenir», *vid.* CASTÁN TOBEÑAS, J: «Hacia un nuevo Derecho civil», pp. 48 y ss., donde afirma que, «no es que la solidaridad fuese un principio desconocido hasta hoy, ni que hasta ahora el Derecho haya estado separado de los ideales y de los intereses sociales. Pero se ha de reconocer que, tradicionalmente, se ha venido exaltando en el Derecho el aspecto de facultad o prerrogativa, más que la nota de función (...)»; DUGUIT, L: «Les transformations générales ...», que considera la idea de solidaridad social como principio de reparación; se manifiesta en contra RIPERT: «La règle morale...», pp. 202 y ss., quien considera que sólo se podría extraer de la solidaridad un princi-

Las exigencias sociales y económicas de una sociedad tan compleja como la del siglo xx, hacen que junto al viejo principio general de *neminem laedere* cobre sentido otro principio romano, el *suum cuique tribuere* que hoy se traduce en el principio de solidaridad. El derecho de daños pasa así, de la delimitación negativa del derecho a imponer, por vía de ese principio de solidaridad social, la determinación no sólo de lo que no se debe hacer sino también de lo que se debe hacer.

La responsabilidad civil pierde en el momento presente el significado sancionador y compensatorio propio de otros momentos<sup>120</sup> y se reconduce, básicamente, a una idea: la de solidaridad<sup>121</sup>. Será la idea de solidaridad humana, frente al individualismo ya caduco de otras épocas que va penetrando poco a poco en el derecho, y la consideración del estado de la víctima<sup>122</sup> lo que llevará a muchos autores a revisar la concepción clásica y tradicional tanto de la responsabilidad civil como penal<sup>123</sup>. El Derecho civil deja de primar así, el aspecto más negativo del Derecho, el *alterum non laedere* y, en consecuencia, el carácter de penalidad y reparación de la responsabilidad civil, y pasa a reafirmar el aspecto afirmativo del mismo, el *suum cuique tribuere* y, por tanto, el carácter social de los daños y perjuicios.

pio de responsabilidad deformando totalmente la misma. Esta idea de solidaridad social no es extraña en la doctrina legal que la ha tenido en cuenta en varias ocasiones. Así, *vid.*, entre otras, la Sentencia de 10 de julio de 1969, en el cual este principio, impone «a cuantos participan en el tráfico la eliminación o reducción del resultado lesivo ante una situación de emergencia, aunque para ello haya de realizar maniobras anormales para impedir el daño»; la Sentencia de 13 de marzo de 1973, la Sentencia de 27 de mayo de 1978, o la Sentencia de 13 de diciembre de 1971, todas ellas basadas en el principio de solidaridad social.

<sup>120</sup> *Vid.*, al respecto, STARCK, B: «Essai d'une théorie générale...», p. 376 señala: «abolition constante des peines, disparition de la culpabilité dans la responsabilité civile, que l'on prétend donc condamner aujourd'hui les théories qui voudraient maintenir à la responsabilité civile une fonction pénale»; GARCÍA DE ENTERRÍA: «Potestad expropiatoria y garantía patrimonial en la nueva Ley de Expropiación forzosa», Anuario de Derecho Civil, 1955, p. 1125.

<sup>121</sup> *Vid.*, RODOTA: «Il problema de la responsabilità civile», Milano, 1967, pp. 101 y ss.

<sup>122</sup> Hay que tener en cuenta, en este punto, la importancia del seguro, como garantía de los derechos del tercero víctima del daño. *Vid.*, DíEZ-PICAZO: «La responsabilidad civil hoy», Anuario de Derecho Civil, octubre-diciembre de 1979, pp. 736 y ss.; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R: «La responsabilidad civil», Deusto, Bilbao, 1989, p. 37.

<sup>123</sup> Hay que señalar, que en el Derecho penal moderno se ha producido, siguiendo un proceso paralelo al Derecho civil, el surgimiento de nuevas tendencias doctrinales en materia de responsabilidad: GIMBERNAT: «¿Qué es la imputación objetiva?», Estudios Penales y Criminólogos, X, Santiago de Compostela, 1987, 169; «Delitos cualificados por el resultado y causalidad», Ramón Areces, Madrid, 1990; GÓMEZ BENÍTEZ: «Causalidad, imputación y cualificación por el resultado», Ministerio de Justicia, Madrid, 1988; TORIO LÓPEZ: «Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva», ADPCP, t. XXXIX, fasc. I, enero-abril, 1986; LAURRARI: «Notas preliminares para una discusión sobre la imputación objetiva», t. XLI, fasc. III, septiembre-diciembre, 1986.

## 2. LA FUNCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SINDICAL

La evolución de la responsabilidad, determinada por la aparición de nuevos criterios de imputación, provoca una diversificación de las funciones que la responsabilidad civil cumple: «unas veces prevalece la sanción, otras se trata de adosar a quien ejerce una actividad generadora del riesgo de un daño las consecuencias negativas de la misma en tanto inseparables de las ventajas que de dicho ejercicio obtiene, y a veces se hace de la responsabilidad civil un instrumento de control de determinadas actividades empresariales»<sup>124</sup>.

No obstante, y pese a que, evidentemente, la responsabilidad civil cumple una función preventiva, retributiva, y resarcitoria, hemos visto como se ha ido produciendo la desaparición del aspecto retributivo o aflictivo del deber de resarcimiento en favor de su aspecto estrictamente reparador. Por tanto, partiendo del presupuesto de que la responsabilidad civil pone hoy su acento en el aspecto garantista y no en el de pena privada<sup>125</sup>, la cuestión que se suscita a renglón seguido es la siguiente: ¿en el supuesto de responsabilidad civil de una organización sindical se hace prevalecer también el aspecto indemnizatorio de la responsabilidad civil o por el contrario se acentúa su carácter sancionatorio? ¿La responsabilidad sindical cumple una función resarcitoria y preventiva o por el contrario una mera función punitiva? ¿La responsabilidad de la organización sindical pone su acento en la víctima del daño o por el contrario lo hace en el autor del daño? En definitiva, ¿constituye la responsabilidad civil un instrumento de control de la actividad sindical?

El recurso a la responsabilidad civil en materia de conflictos colectivos ha llevado a algunos autores a hablar de una auténtica distorsión del sistema de relaciones laborales y, de una alteración de la propia finalidad de aquélla, en la medida que la responsabilidad sindical parece poner el acento en el aspecto de pena y no de reparación propio de la responsabilidad común. En efecto, la finalidad resarcitoria propia del instituto de la responsabilidad civil parece desaparecer al aplicarse al sindicato, en la medida que la sanción o el castigo del ejercicio abusivo o ilegal de la libertad sindical prevalece sobre la reparación del daño injustamente causado en el patrimonio del tercero. Y, para reforzar nuestra tesis sirvan los siguientes argumentos.

<sup>124</sup> JORDANO FRAGA: «La responsabilidad...», p. 60.

<sup>125</sup> *Vid.*, en este sentido, STARCK: «Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile...», pp. 354 y ss.

De un lado, es preciso poner de relieve que el Derecho civil es un Derecho que se ocupa ante todo de relaciones de carácter individual; en el Derecho civil las partes concurren en un plano de igualdad y equilibrio, pero, no es un derecho capaz de hacer frente a relaciones de carácter colectivo <sup>126</sup>. Los Códigos civiles decimonónicos, al igual que el common law inglés, descansan sobre principios individualistas y postulados de igualdad jurídica formal lo que supone, que el derecho común no entra en ningún caso a considerar los desequilibrios de poder que derivan de las relaciones sociales ordinarias revelándose, por tanto, incapaz de dar solución a las situaciones que desde el mundo sindical se van a suscitar. Por esta razón, cuando un fenómeno de carácter colectivo —la acción sindical— es analizado a la luz de los esquemas individualistas propios del derecho común el sistema, indudablemente, se resiente <sup>127</sup>.

Y es que, ¿acaso no constituye un verdadero despropósito resolver la responsabilidad sindical al calor de los esquemas conceptuales y los principios esencialmente individualistas que inspiran el sistema de la responsabilidad civil?, ¿por qué no tener en cuenta el elemento colectivo en materia resarcitoria? En verdad nos encontramos con que, hoy por hoy, a una cuestión derivada de las relaciones colectivas de trabajo, en definitiva, del ámbito del derecho sindical le tratan de ser aplicados una serie de principios de derecho común opuestos a la propia naturaleza del conflicto <sup>128</sup>.

De otro lado, hemos de tener en cuenta, que la finalidad esencialmente reparadora de la responsabilidad civil parece verse alterada en el supuesto de la responsabilidad de las organizaciones sin-

<sup>126</sup> *Vid.*, en este sentido, KAHN-FREUD, O: «Labour and the Law», Sweet and Maxwell, London, 1977, p. 1, afirma: «However, the common law knows nothing of a balance of collective forces. It is (and this is its strength and its weakness) inspired by the belief in the equality (real or fictitious) of individuals, it operates between individuals and not otherwise»; RIDALL: «The Law of Industrial Relations», London, 1981, pp. 704 y ss., señala que «The answer of the common law was generally in the negative, not because all the judges were hostile to trade unions, but because the phenomena of collective action did not and could generally coincide with the concept of legality established in the common law»; LYON-CAEN: «Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail», RTDC, 1974, pp. 229-248, *op. cit.*, p. 231 señala: «le langage du droit civil dans les conflits du travail, véhicule un part-pris favorable à l'une des parties, et est donc un facteur de déséquilibre».

<sup>127</sup> *Vid.*, LYON-CAEN, G: «Du rôle des principes...»; «Essai sur la singularité du droit français des lites de travail», Etudes offertes à A. BRUN, p. 337, núm. 12; COUTURIER, G: «Les techniques civilistes et le droit du travail», D., 1975, Chr. XXIV, pp. 151-158; DUPEYROUX, J. J.: «Avant-propos droit civil et droit du travail: l'impasse», Dr.Soc., 1988, pp. 371-373.

<sup>128</sup> *Vid.*, KAHN-FREUD: «Labour and the...»; LYON-CAEN, G: «Du rôle des principes...», p. 232, que señala que «une étrange relation dialectique s'établit entre la législation du travail, fondée en opposition aux principes généraux du Droit civil, et les principes généraux du Droit civil appelés en refort pour faire triompher une certaine interprétation de cette même législation du travail».

dicales <sup>129</sup>. A este respecto, podemos considerar que son, esencialmente, tres las razones que nos pueden llevar a rechazar el carácter reparador de la responsabilidad sindical en favor del represivo <sup>130</sup>.

En primer lugar, hemos de advertir, sobre los nulos deseos de la víctima de una real reparación y salvaguarda de sus intereses; en segundo lugar, los escasos recursos económicos de las organizaciones sindicales y la inembargabilidad –total o parcial– del patrimonio sindical <sup>131</sup>; y finalmente, hemos de señalar, la posibilidad de que la acción de responsabilidad civil contra el sujeto sindical puede poner en cuestión los intereses y la existencia de la propia organización sindical.

Es un hecho que, con carácter general, la responsabilidad pecuniaria de los sindicatos pocas veces queda comprometida, de ahí, que la mayoría de las acciones de responsabilidad civil que se han planteado en derecho comparado <sup>132</sup> tanto contra los trabajadores huelguistas como contra las organizaciones sindicales han ido dirigidas, no tanto a obtener una indemnización de los daños y perjuicios producidos –función reparadora–, como a tratar de disuadir a los trabajadores y a las organizaciones sindicales de ejercer el dere-

<sup>129</sup> *Vid.*, SARAMITO, F, Dr. ouvrier, 1984, p. 119, en su comentario a la Sentencia Fontaine, Cass. Soc., de 8 de diciembre de 1983, afirma que en el supuesto de la responsabilidad sindical por huelga se corre el riesgo de «un détournement de la finalité des règles de la responsabilité civile en leur faisant jouer un rôle de répression et non de réparation».

<sup>130</sup> SARAMITO, notas a la Sentencia del asunto Fontaine, Cass. Soc. 8 de diciembre de 1983, Dr. ouvrier 1984, p. 199; LYON-CAEN, G: «Le grand silence des travailleurs», Dr. Soc., 1981, p. 141.

<sup>131</sup> Así, el artículo 5.3 de la LOLS señala que «las cuotas sindicales no podrán ser objeto de embargo». En el mismo sentido, el artículo L.411-12 del Code du Travail declara inembargables: «Les immeubles et objets nécessaires à leur réunions, à leur bibliothèques et à leurs cours d'instruction professionnelle». Asimismo, el artículo L.411-15 señala que son inembargables «dans les limites déterminés par le Code de la mutualité, les fonds de caisse spéciales de secours mutuel et de retraite». En el caso británico, si bien es cierto que no existe esta inembargabilidad parcial del patrimonio sindical, hay que señalar que la “Employment Act 1982” section 16, limita económicamente la responsabilidad de las organizaciones sindicales atendiendo a su grado de afiliación, y por tanto, indirectamente, al patrimonio con el que aquellas puedan contar: 10.000 libras para los sindicatos con menos de 5.000 afiliados, 50.000 libras para aquellos que tengan entre 5.000 y 24.999, 125.000 libras entre 25.000 y 99.000 afiliados, y 250.000 libras a partir de 100.000 afiliados.

<sup>132</sup> En este sentido hay que tener en cuenta, entre otros, el asunto Taff Vale Railway Company v. Amalgamated Society of Railway Servants (1901) A.C.426, Rookes v. Barnard (1964) A.C.1129, Stratford v. Lindley (1965) A.C.269, Heaton Transport (St.Helen) Ltd. v. Transport & General Workers' Union (1973) A.C.15, en el ámbito del Derecho británico; y el asunto Dubigeon-Normandie, Cass. Soc., 9 de noviembre de 1982, D.1983, p. 531-534, Dr. ouvrier 1983, p. 275, comentada por F. SARAMITO; el asunto Traylor, Cour de Cassation 9 de noviembre de 1982, Dr. ouvrier, 1983, p. 275, Dr. Soc., 1983, p. 176.; el asunto Renault, Cour D'Angers, 22 de octubre de 1980, Dr. Soc., 1980, pp. 547-448, en el Derecho francés. En el Derecho alemán, hay que tener en cuenta, BAG, Sentencia de 31 de octubre de 1958, NJW, 1959, p. 356; BAG, Sentencia de 5 de marzo de 1985, DB, p. 1695, en las que las condenas recaídas sobre los sindicatos nunca llegaron a pagarse, si bien, afectaron a la acción sindical de aquel momento concreto.

cho de huelga en aquellos supuestos en que pueda haber más que dudas sobre su legalidad –función represora–<sup>133</sup>.

Por otro lado, la escasa importancia del patrimonio sindical hacen que el instituto de la responsabilidad sindical se vea más como una sanción disfrazada que como real mecanismo de reparación de los daños y perjuicios<sup>134</sup>. Con carácter general, y aunque no se facilitan cifras, es innegable que salvo en supuestos específicos como el alemán (DGB, Confederación Alemana de Sindicatos) los recursos económicos de que disponen los sindicatos y, de manera, ciertamente acusada los españoles, son muy limitados<sup>135</sup>.

Podría pensarse que este planteamiento es «ideal» en el sentido de que no refleja exactamente la realidad. Así, podría alegarse en contra la existencia de un importante patrimonio sindical. No obstante, y a pesar de que en algunos casos, como el español, los sindicatos participan de los Presupuestos Generales del Estado<sup>136</sup>, hemos de tener en cuenta, que estas subvenciones estatales no alteran en mucho el bajo volumen presupuestario y, por ende, la escasa movilidad y capacidad económica de las organizaciones sindicales que, con carácter general, viven sumidas en una situación de endeudamiento con las entidades crediticias, con los proveedores y con la seguridad social<sup>137</sup>.

<sup>133</sup> RAY, J. E.: «La responsabilité civile du syndicat et de ses délégués à l'occasion d'un conflit du travail», *Dr. Soc.*, 1987, p. 426; DAVIES/FREEDLAND: «Labour Legislation and Public Policy», Oxford, 1993, pp. 442 y ss., en la que el autor se refiere a la responsabilidad sindical como instrumento que ha contribuido en el Reino Unido a «reducing trade union power». En este sentido el autor transcribe las palabras de un miembro del Gobierno de Mrs. Thatcher, que a propósito de la “Employment Act 1982” señalaba «I wanted to hold some shots in my locker, so that the unions would know that if they continued to abuse their power, tougher measures would follow», *op.cit.*p.469.

<sup>134</sup> VINEY, G: «Responsabilité civile et relations collectives de travail», *Dr. Soc.*, 1988, pp. 416-425.

<sup>135</sup> Al respecto, KAHN-FREUD: «Labour...», p. 471.

<sup>136</sup> El Estado español, subvenciona a los sindicatos desde 1982. Estas subvenciones están en relación con la devolución del Patrimonio Sindical incautado a los sindicatos bajo el régimen franquista y acumulado en el sindicato vertical. Las subvenciones estatales se establecieron sobre la base de un Acuerdo sobre Patrimonio Sindical que alcanzó el Gobierno de la UCD y las dos grandes centrales sindicales (UGT y CC.OO) en 1981 en Madrid. En virtud de este acuerdo las primeras subvenciones estatales se hicieron bajo la reserva de que dichos importes se realizaban a cuenta de cualquier futura liquidación del patrimonio sindical acumulado: “En los proyectos de Presupuestos Generales del Estado para cada uno de los años 1982, 1983, 1984 se consignará una partida de 800 millones de pesetas en concepto a la consolidación sindical». Pues bien, transcurrido ese plazo de tres años el Estado pasó a conceder subvenciones a los sindicatos sin vincularlas a la devolución del Patrimonio Sindical; desde entonces dichas partidas se asientan en el Presupuesto del Estado como actividades de carácter socio-cultural. Al margen de estas subvenciones el Estado paga, tanto a nivel central como de Comunidades Autónomas, cantidades a los sindicatos representativos por las funciones que asumen como tal en las instituciones públicas.

<sup>137</sup> Existe una absoluta imposibilidad de acceso a los presupuestos de las distintas organizaciones sindicales. Este hecho impide aportar, como sería de desear, el estado de la cuestión en cifras. En este sentido, resulta de gran utilidad el estudio realizado por ILSE

La imposible autofinanciación de las organizaciones sindicales, determinada por su escaso grado de afiliación las aboca, sin duda, a una situación de debilidad y de dependencia económica que encuentra en las subvenciones estatales y en los créditos bancarios sus fuentes más significativas de expresión. Podemos decir pues, que pese a que los sindicatos juegan un papel muy importante en el sistema económico, es decir, son instituciones fundamentales para el funcionamiento de la economía nacional y, más concretamente, del mercado de trabajo<sup>138</sup>; su “poder económico” interno, es decir, el patrimonio sindical, en contra de lo que en muchos casos se pueda pensar y, salvo la excepción ya apuntada del caso alemán, es muy limitado, de ahí, su también limitada capacidad de reparación sindical<sup>139</sup>.

Por tanto, esta cuestionada capacidad de reparación sindical, que entendemos que en ningún caso puede ser argumento de una posible «irresponsabilidad sindical», nos permite cuanto menos dudar del carácter resarcitorio de la responsabilidad civil, como finalidad esencial y primaria en el ámbito sindical. La ausencia del carácter necesario que tiene en este caso la reparación del daño para la víctima, el carácter simbólico<sup>140</sup>, en muchos casos, de las sumas reclamadas y, la escasez de bienes sindicales e inembargabilidad parcial de patrimonio sindical nos hacen presumir que, por muchas vueltas y revueltas que se dé al tema, éste toma una dirección determinada y esa no es otra que la que acaba de apuntarse: el buscar en el sindicato un sujeto responsable, responsabilidad que tiene un carácter no tanto reparador como sancionador. En suma, con carácter general, las acciones de responsabilidad no persiguen tanto la sujeción del patrimonio sindical como garantía de la esfera jurídica del sujeto dañado –el empresario o la organización empresarial– como la de intentar presionar y sancionar la actividad de las organizaciones sindicales.

---

MARIE FÜHRER: «Los sindicatos en España. De la lucha de clases a estrategias de cooperación», CES, Madrid, 1996, pp. 180-196, donde la autora pone de manifiesto, aportando los números existentes en la materia, la débil situación económica de los sindicatos españoles en la comparación europea, situación que, por otra parte, tuvimos ocasión de confirmar respecto del sindicato U.G.T. en relación con el escándalo de la PSV.

<sup>138</sup> *Vid.*, en este sentido, MARTÍN NAVARRO, J. L.: «El papel económico de los sindicatos», Relaciones Laborales, núm. 21, 1996, pp. 26-44.

<sup>139</sup> *Vid.*, DURAND, P: «Dans quelle mesure un syndicat peut-il s'affranchir de l'insaisissabilité de ses biens?», Dr. Soc., 1985, p. 219.

<sup>140</sup> Hay que tener en cuenta, en este sentido, Cour d'Angers 22 de octubre de 1980, Dr. Soc 1980, pp. 547-548, el asunto Renault, en el que el Tribunal a Cour d'Angers condenaba al sindicato C.G.T al pago simbólico de un franco «por haber preconizado y deliberadamente organizado toda una serie de procedimientos ilícitos dirigidos a desorganizar la actividad productiva», cometiendo así, una falta grave y un abuso de derecho que comprometía la responsabilidad del sindicato».



De esta forma y, si como expusimos en el apartado anterior: primero, el fin último de la responsabilidad civil era la reparación económica de aquellos daños y perjuicios que de una actuación ilícita se hubieran podido derivar; y segundo, la protección acordada por el ordenamiento a los derechos patrimoniales era organizada desde el punto de vista del sujeto dañado y no desde el de aquel que ha causado el daño; tenemos como resultado que en el caso de la responsabilidad sindical ambas premisas decaen, pues la finalidad garantista de la responsabilidad civil se ve frustrada como consecuencia de la escasa solvencia económica del sindicato y de que la protección patrimonial de la que goza la víctima del daño pasan a ocupar un segundo plano, siendo el autor del daño y su actividad las que ocupan toda la atención en materia de responsabilidad sindical.

Y es que, si la responsabilidad sindical no parece pues, cumplir como función la de protección de la víctima o de protección contra el perjuicio que aquélla pueda sufrir, de ahí, que parezca más orientada a sancionar ilicitudes o comportamientos sindicales que a reparar los daños derivados de la acción sindical. Si la responsabilidad no puede ir, en ningún caso, orientada a castigar personalidades; si no cabe determinar la responsabilidad en función del sujeto que actúa sino única y exclusivamente en atención a su conducta y al resultado dañoso derivado de aquélla, nos encontramos con que el sistema presenta algunas variaciones en el ámbito sindical. En materia de responsabilidad sindical la sanción parece estar conectada no tanto al resultado lesivo o al daño como a la acción sindical y al sujeto artífice de la misma; la responsabilidad sindical trataría, simple y llanamente, de castigar los incumplimientos para así desincentivarlos.

No obstante, si bien es cierto que, en ningún caso, este orden de consideraciones nos puede llevar a afirmar la inmunidad sindical en materia de responsabilidad, no lo es menos que sí nos lleva a cuestionarla en cuanto técnica jurídica de resarcimiento patrimonial del dañado; cualquier intento de presentar la responsabilidad civil del sindicato como algo, en última instancia, puramente técnico debe ser cuestionado <sup>141</sup>. Entendemos, por ello, que una concepción puramente civilista de la responsabilidad sindical, pese a responder a la técnica jurídica más depurada, constituye una clara distorsión del sistema de relaciones jurídico-laborales al tiempo que conduce a soluciones dudosas analizadas bajo el plano de la equidad.

Ahora bien, la afirmación de que la responsabilidad civil de la organización sindical tiene una función preventivo-punitiva

---

<sup>141</sup> *Vid.*, en este sentido: KAHN-FREUD: «Labour...», p. 428.

requiere, además de recordar, que la obligación indemnizatoria que nace de ella es personalísima, es decir, que responde al criterio subjetivo de la culpa, que dicha responsabilidad no es asegurable; cuestión distinta sería el caso en que la posible responsabilidad civil de la organización sindical gozara de una garantía real. Nos referimos, sin duda, a la existencia de un Fondo de Garantía por daños derivados de la actividad sindical y, esencialmente, por daños derivados de la huelga; es decir, un sistema asegurador de la responsabilidad sindical despejaría cualquier duda sobre su función (resarcitoria).

En efecto, la presencia del seguro en el Derecho de daños es altamente significativa. Esto hace que, hoy por hoy, el seguro de responsabilidad civil que, teóricamente, aparece como garantía del asegurado, haya venido a significar en la práctica la razón de su «descargo». En este sentido, la existencia de un Fondo de Garantía por daños en el ámbito de la responsabilidad sindical similar al que opera en materia de accidentes de circulación o de accidentes de trabajo, mantendría el principio de la responsabilidad y mitigaría e incluso suprimiría sus consecuencias.

No obstante, hemos de tener en cuenta, que la adopción de una medida de este tipo no está ausente de objeciones. La primera responde a una cuestión de carácter técnico: la financiación del Fondo de Garantía Sindical. En este sentido, básicamente son dos los procedimientos de cara a la fijación de la cotización sindical: uno de carácter estático y otro de carácter dinámico. Por lo que al primero de ellos se refiere, hemos de decir que se basa, esencialmente, en la participación tanto de los interlocutores sociales como del propio Estado; por el contrario, en el segundo, la fijación de la cotización sindical puede operar conforme a un sistema ascendente, es decir, en función del criterio de la representatividad sindical, del número de afiliados al sindicato, de la conflictividad en el sector, etc.; o en función de un criterio descendente, es decir, en atención a la presencia del sindicato en la empresa, al número de huelgas convocadas en el sector, etc. La elección de uno u otro criterio contribuiría a paliar en mayor o en menor grado la conflictividad laboral, al tiempo que incentivaría la negociación.

El segundo inconveniente es de carácter socio-psicológico; es decir, la existencia de un Fondo que garantice el resarcimiento por daños derivados de la acción sindical conduciría, sin ninguna duda, a una situación de normalización legal y judicial y a un cierto grado de banalización de la responsabilidad sindical <sup>142</sup>.

---

<sup>142</sup> Vid., en este sentido, GOINEAU, J: «La responsabilité civile des grévistes et des syndicats», Dr. Soc., 1988, p. 706.

De cualquier modo, parece evidente que el seguro, que ha venido a ser el paradigma articulador de la dinámica del Derecho de daños, es otro de los paradigmas del que se ha prescindido a la hora de esbozar las pautas, el modelo de construcción y la filosofía de la responsabilidad sindical. Una vez más la responsabilidad sindical se aparta de las directrices del derecho común.

Así pues, teniendo en cuenta lo expuesto, podemos concluir que el fin último de la acción de responsabilidad parece ser no tanto la reparación íntegra del perjuicio causado o la indemnización del daño sufrido, como la sanción o condena de la actividad sindical <sup>143</sup> por lo que, en realidad, la acción de responsabilidad sindical queda reducida a un nuevo instrumento de presión, un nuevo medio de lucha en manos del poder económico y empresarial. La responsabilidad civil de los trabajadores, de sus representantes legales, y ahora, la del sindicato, nos sitúan así, ante un nuevo mecanismo sancionatorio en el ámbito laboral <sup>144</sup>.

---

<sup>143</sup> *Vid.*, al respecto, HUGUENEY, L: «L'idée de peine privée en droit contemporain», Thèse, Dijon, 1904, núm. 227, p. 274 señala que: «la sanction normale d'un droit de puissance, à la différence de celle d'un droit de créance, consiste en une peine et non en une indemnité».

<sup>144</sup> *Vid.* en este sentido, SAINT-JOURS, Y: «Les options économiques de la jurisprudence sociale», D., 1987, Chron, pp. 178-182, p. 182, afirma que: «on assiste au plan juridique à une offensive patronale destinée à les frapper "à la caisse" et à saper le moral des militants syndicaux»; MAIRE, E: «Les procès d'intimidation financière», Action juridique, núm. 41, p. 15.

## La transmisión de la propiedad en el nuevo código civil de la Federación Rusa

MAURICI PÉREZ SIMEÓN  
Universitat Pompeu Fabra (Barcelona)

La introducción del libre mercado en la Federación Rusa a principios de los años noventa dejó obsoleta gran parte de la legislación civil vigente en tiempos de la Unión Soviética. El legislador ruso se apresuró a aprobar numerosas normas que perseguían, por un lado, la implantación del sistema de mercado en Rusia en todas las esferas de la producción y distribución de bienes <sup>1</sup> y, por otro lado, el fomento del comercio exterior y la atracción de inversores foráneos. Para lograr este segundo objetivo, se pretendía crear un marco legal que transmitiera confianza a los capitalistas extranjeros que comenzaban a aventurarse en el complejo mundo de los negocios en la Rusia post-soviética.

Muchas de estas normas sólo han tenido vigencia sobre el papel, ya que la Administración y el Poder Judicial rusos no han alcanzado todavía una eficacia suficiente como para permitir su aplicación general en la práctica <sup>2</sup>. De todas formas en los últimos cuatro o

---

<sup>1</sup> De entre las importantes leyes de la transición política y económica que se aprobaron los años 1990 y 1991 en el Soviet Supremo de la República Socialista Federativa Soviética Rusa (RSFSR) destacan la Ley de 22 de noviembre de 1990 «Sobre las explotaciones agrícolas y ganaderas», la Ley de 24 de diciembre de 1990 «Sobre la propiedad en la RSFSR», la Ley de 25 de diciembre de 1990 «Sobre las empresas y la actividad empresarial», la Ley de 4 de junio de 1991 «Sobre la privatización del fondo de viviendas en la RSFSR» y la Ley de 3 de julio de 1991 «Sobre la privatización de las empresas estatales y municipales en la RSFSR».

De entre las leyes posteriores a la desaparición de la RSFSR destacan la Ley de 23 de diciembre de 1992 «Sobre el derecho de los ciudadanos de la Federación Rusa a obtener en propiedad privada y a vender porciones de tierra para llevar a cabo agricultura privada doméstica de complemento, horticultura (jardinería) y para la construcción de una vivienda individual.» y la Ley de 24 de diciembre de 1992 «Sobre las bases de la política federal de la vivienda».

<sup>2</sup> Cfr. ROGGMANN, H. *Grundzüge und Entwicklung des Zivilrechts der Russischen Föderation - Zum ZGB RF (Erster Teil) von 1994, en idem / BERGMANN, W. Zivilgesetzbuch der Russischen Föderation (Erster Teil) von 1994*, Berlin, 1997, pp. 26 y ss.

cinco años se nota un progresivo interés de las élites económicas y culturales rusas por el estudio del Derecho.

En el marco de este Derecho de la «nueva Rusia» destaca el nuevo Código Civil (en adelante G. K., las iniciales en ruso de гражданский кодекс [*grashdánskii kódeks*]<sup>3</sup>), que ha sido aprobado en tres partes. La transmisión de la propiedad, que es el tema que ahora nos ocupa, se encuentra regulada en la primera parte del Código (aprobada el 21 de octubre de 1994 por la Duma)<sup>4</sup>, concretamente en los artículos 211, 218, 223 y s., 234 y 302. La mayor parte de estos artículos se encuentra en la segunda sección (раздел [*rasdiél*]), que lleva la rúbrica «Право собственности и другие вещные права» («El derecho de propiedad y los demás derechos reales») y más precisamente en el capítulo 14, en el que se regula la adquisición del derecho de propiedad.

Hasta la entrada en vigor del nuevo código, esta materia se encontraba regulada por la Ley de la República Socialista Federativa Soviética Rusa (RSFSR) «Sobre la propiedad en la RSFSR», aprobada por el Soviet Supremo de la RSFSR el 24 de diciembre de 1990, en vigor desde el 1 de enero de 1991 y por los «Principios de la legislación civil de la URSS y de las Repúblicas» aprobados por el Soviet Supremo de la URSS el 31 de mayo de 1991 y en vigor, en la Federación Rusa, desde el 3 de agosto de 1992.

En todas las materias no reguladas por estas normas, seguía vigente, de forma supletoria, el Código Civil de la RSFSR aprobado el 11 de junio de 1964<sup>5</sup>, que desarrollaba los principios generales fijados en la Ley de la URSS de 8 de diciembre de 1961<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Hemos optado por transcribir las expresiones rusas más importantes con caracteres latinos para que el lector no rusófono pueda pronunciarlas. La transcripción es aproximada y no pretende tanto ajustarse a cánones filológicos estrictos como permitir a un hispanohablante pronunciar las palabras rusas aceptablemente bien. Por otro lado, hemos tenido que adaptar la ortografía de las citas de juristas pre-soviéticos a las normas modernas porque el procesador de textos no tenía las letras desaparecidas con la reforma ortográfica. Al citar traducciones de obras rusas en distintos idiomas se ha mantenido la transcripción original del nombre de los autores.

<sup>4</sup> La primera parte del Código fue redactada en un tiempo muy breve (dos años y medio) por una comisión formada por una decena de juristas dirigidos por el Prof. Dr. C. C. Алексеев [*S. S. Aleksieiev*] y asesorada por expertos extranjeros, especialmente de Estados Unidos, de Holanda y de Alemania. Fue especialmente importante la contribución la Fundación alemana «Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit». Cfr. *Wirtschaft und Recht in Osteuropa (WiRO)* 3 (1994) pp. 32, 104, 367 y ss. Sobre el proceso de codificación cfr. BERGMANN, W. *Der kurze, aber schwierige Weg zum neuen Zivilgesetzbuch für die Russische Föderation* en ROGGMANN, H./BERGMANN, W. *Zivilgesetzbuch der Russischen Föderation (Erster Teil) von 1994*, Berlin, 1997, pp. 39 y ss.

<sup>5</sup> No me ha sido posible acceder al texto original en ruso de este Código. Sólo he podido encontrar la traducción al inglés de A. K. R. KIRALFY en *The Soviet Codes of Law* (editado por W. B. Simon), Alphen aan den Rijn (Holanda)/Rockville (Maryland, EEUU), 1980, pp. 387 y ss.

<sup>6</sup> Desde la revolución de 1917 las Repúblicas Federadas en la URSS tuvieron competencia para aprobar códigos civiles y los órganos centrales de la URSS se limitaron a

Por lo que respecta a la transmisión de la propiedad, la legislación de los años noventa ha seguido en la misma línea que el Código de 1964. Más que reformar la regulación anterior se ha querido completar las numerosas lagunas del texto soviético para acercarlo a los standards de las codificaciones occidentales<sup>7</sup>. Esta continuidad no debe hacernos perder de vista que las normas reguladoras de la transmisión de la propiedad han adquirido en la actualidad una importancia práctica mucho mayor de la que tenían en la economía soviética. La reforma radical de las reglas que determinan bienes susceptibles de ser objeto de dominio confiere a las normas sobre la transmisión de la propiedad (y a los errores o incoherencias que estas normas puedan contener) una gran trascendencia<sup>8</sup>.

La normativa del nuevo Código civil sobre la transmisión de la propiedad parte, al igual que ya lo hacía el Código de 1964, de la distinción entre bienes inmuebles y bienes muebles. A los inmuebles se equiparan los bienes muebles que deben ser inscritos en un registro estatal. Nuestro estudio deberá partir, por consiguiente, de esta distinción<sup>9</sup>.

---

fijar las directivas generales que debían tenerse en cuenta. Vid. SIMON, W. B. en la introducción a *The Soviet Codes of Law* cit. pp. XXVII y ss. y GEILKE, G. *Einführung in das Sowjetrecht*, 2.<sup>a</sup> ed., Darmstadt, 1983, pp. 43 y ss.

El primer Código civil de la RSFSR se aprobó el 11 de noviembre 1921 y entró en vigor el 1 de enero de 1923. Este Código recogía los principios de la Nueva Política Económica (N.E.P.). Sólo he podido tener acceso a la traducción al inglés de GSOVSKI, V. en *Soviet Civil Law. Private Rights and their Background under the Soviet Regime*, vol. 2, Ann Arbor (Mich., EEUU), 1948 pp. 14 y ss. Puede encontrarse un resumen (extremadamente superficial) del contenido de este Código en español en SANTA PINTER, J. J. *Sistema del Derecho soviético*, Buenos Aires, 1957, pp. 55 y ss.

En la época de Stalin se intentó unificar el Derecho civil de la URSS pero no se llegó a aprobar ningún código con vigencia general. El vigésimo Congreso del P.C.U.S. propició un abandono de esta política centralista y en febrero de 1957 una Ley de la URSS atribuyó expresamente a las Repúblicas Federadas la competencia para dotarse de códigos (vid. NAPOLITANO, T. *Istituzioni di diritto sovietico. I presupposti e gli ordinamenti*, Turín, 1974, pp. 285 y ss.). El 8 de diciembre de 1961 se promulgaron los «Principios de Legislación Civil y los Principios de Proceso Civil de la URSS y de las Repúblicas de la Unión» (sólo he podido tener acceso a la traducción inglesa de A.K.R. KIRALFY en *Law in Eastern Europe* (editado por Z. SZIRMAI) núm. 7 (Miscellanea. Articles and Texts), Leiden, 1963, pp. 263 y ss.). Menos de tres años después se promulgó el Código civil de la RSFSR

<sup>7</sup> La idea de «reforma total» que se había tomado en consideración al principio de los trabajos preparatorios fue abandonada muy pronto porque se era consciente de que faltaba tiempo y personas cualificadas para redactar el texto y, sobre todo, para aplicarlo. Cfr. BERGMANN, W. *Der kurze...* cit. pp. 42 y ss.

<sup>8</sup> Las mismas reglas pueden tener una trascendencia práctica completamente distinta en función del sistema en el que se encuentren enmarcadas y de las coordenadas espacio-temporales en las que se aplican. Por eso sólo a través de una contextualización de las reglas objeto de estudio puede entenderse realmente la evolución del Derecho. Cfr. MIQUEL, J. *Die Begründung des Kindesverhältnisses durch natürliche Abstammung im Recht der europäischen Länder: Eine Untersuchung zur rechtsvergleichenden Methode* en *Toward Comparative Law in the 21<sup>st</sup> Century 1998* (separata) pp. 210 y ss.

<sup>9</sup> La sistemática del presente trabajo refleja la adoptada por J. MIQUEL para el estudio de la transmisión de la propiedad en Derecho romano en *Derecho Privado Romano*, Madrid, 1992, pp. 180 y ss.; 200 y ss. La normativa del Código civil ruso tiene una notable

## 1. TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD DE COSAS MUEBLES QUE NO DEBAN SER INSCRITAS EN UN REGISTRO ESTATAL

Para los bienes muebles que no tienen que ser inscritos en un registro estatal, la transmisión del derecho de propiedad requiere, como regla general, la entrega *ex iusta causa* de la cosa realizada por quien tiene *potestas alienandi*<sup>10</sup>.

### 1.1 Entrega

El artículo 223.1 G. K. prescribe que, en general, la entrega es imprescindible para la transmisión de la propiedad. Sólo en dos casos no es necesaria: a) las partes pueden pactar una transmisión de la propiedad *mero consensu*; b) la ley puede prescribir para ciertos casos excepcionales una transmisión de la propiedad independiente de toda entrega.<sup>11</sup> Este es el caso, por ejemplo, de los inmuebles y de los bienes muebles que por ley deben ser inscritos en un registro estatal (*vid. infra* p. 995)<sup>12</sup>:

---

influencia romanística, que se debe, por un lado, a la importancia que tuvo la tradición romanística en la literatura jurídica del Imperio zarista y, por otro, a la influencia que ejercieron sobre él los códigos civiles occidentales. Esta influencia hace que la sistemática del Prof. MIQUEL resulte especialmente adecuada para el enfoque de los problemas del nuevo Derecho ruso.

<sup>10</sup> Antes de la revolución soviética (*vid.* ТЮТЮМОВ, И. М. [Tjutiumov, I.M.] Гражданское Право, Iuriev, 1922, p. 151), la mayor parte de juristas rusos, influidos sobre todo por las Pandectas de Windscheid, abogaban en favor de que en Rusia el momento decisivo para la transmisión de la propiedad fuera la entrega. La jurisprudencia, sin embargo, consideraba decisivo el momento del acuerdo de voluntades, excepto algunos casos (p. ej. las compraventas de cosa genérica, la venta a crédito, etc...). La codificación soviética impuso la *traditio* como el momento decisivo para la transmisión de la propiedad. Acerca de la influencia de la ciencia jurídica alemana en la Universidad rusa del siglo XIX (y en especial sobre el Russisches Seminar en Berlín) cfr. AVENARIUS, M. *Das russische Seminar für Römisches Recht in Berlin (1887-1896)* en *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1998, p. 893 ff.

<sup>11</sup> Una de las características del nuevo Código civil ruso es la inclusión muy frecuente de expresiones del tipo «...sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales». La razón de ser de estas frases es, posiblemente, que ante el caos legislativo de la Rusia post-soviética y la precipitación con la que tuvo que redactarse el Código, el legislador desea evitar que pueda alegarse el nuevo Código para defender la derogación de una norma especial anterior en la que quizás no se pensó al redactar las normas generales. El Código civil se entiende en Rusia como el marco general de las relaciones civiles y mercantiles y no como una norma que sustituya al ingente número de disposiciones especiales en vigor en Rusia. Esta técnica legislativa impide que el Código cumpla la función que todos los inversores extranjeros esperaban de él: la simplificación y la sistematización del marco legal en el que operan las empresas y los particulares.

<sup>12</sup> El artículo 223.1 G. K. coincide casi completamente con el artículo 135.1 del Código civil de 1964. En el nuevo Código ha desaparecido la referencia al derecho de administración operacional de las organizaciones estatales soviéticas. Vid. también artículo 50.2 de los «Principios de legislación civil» (cfr. *supra* p. 982).

<p>Статья 223. Момент возникновения права собственности у приобретателя по договору</p> <p>1. Право собственности у приобретателя вещи по договору возникает с момента ее передачи если иное не предусмотрено законом или договором.</p>	<p>Art. 223. Momento en que surge el derecho de propiedad del adquirente por contrato</p> <p>1. El derecho de propiedad del adquirente de una cosa por contrato surge desde el momento de su tradición (<i>pieredácha</i>), si no se ha previsto lo contrario en la ley o en el contrato.</p>
--	---

El concepto de tradición del Código se encuentra desarrollado en el artículo 224 G. K.:<sup>13</sup>

<p>Статья 224. Передача вещи</p> <p>1. Передачей признается вручение вещи приобретателю, а равно сдача перевозчику для отправки приобретателю или сдача в организацию связи за пересылки приобретателю вещей, отчужденных без обязательства доставки.</p> <p>Вещь считается врученной приобретателю с момента ее фактического поступления во владение приобретателя или указанного им лица.</p>	<p>Art. 224. Tradición de la cosa</p> <p>1. Se considera tradición (<i>pieredácha</i>) la entrega (<i>vruchéñie</i>) de la cosa al adquirente, así como la entrega (<i>sdácha</i>) de las cosas enajenadas sin obligación de hacérselas llegar al adquirente hecha al transportista para su traslado al adquirente o a una organización de correos para su envío al adquirente.</p> <p>Una cosa se considera entregada al adquirente desde el momento en el que efectivamente entre en posesión del adquirente o de la persona designada por él.</p>
---	--

El Código utiliza en el artículo 224 tres palabras distintas para referirse a la entrega:

- 1) *передача (pieredácha)*, que significa literalmente *traditio* (*пере* = *trans* y *дача* = *datio* [del verbo *давать-дать*, «dar»]).
- 2) *вручение (vruchéñie)*, literal y etimológicamente «entrega en mano» (*в* = *en* *рука* = *mano*), como en inglés «to hand over»<sup>14</sup>.
- 3) *сдача (sdácha)*. El prefijo *с* (equivalente aquí al prefijo latino *ab*) delante de *дача (datio)*, transmite la idea de que la entrega es definitiva, i.e., que no se espera del adquirente que devuelva

<sup>13</sup> El tenor del artículo 224.1 G. K. equivale al del antiguo artículo 136. Los párrafos 2 y 3 son nuevos. El nuevo Código ha eliminado el artículo 137 que se ocupaba de las cosas que sólo podían ser adquiridas previo permiso especial del Estado soviético (armas, aeroplanos, venenos, metales preciosos, divisas y títulos valor extranjeros, etc...).

<sup>14</sup> Vid. traducción de A. K. R. KIRALFY en *The Soviet Codes of Law* cit. p. 428.



la cosa entregada. Aquí se utiliza en el sentido de entregar una cosa en correos para que se remita a alguien <sup>15</sup>.

Aunque el término *вручение* (*vruchéñie*) etimológicamente recuerde a la *traditio* prototípica, en ruso moderno los términos *передача* (*pieredácha*), *вручение* (*vruchéñie*) y *сдача* (*sdácha*) tienen un significado muy próximo en este contexto, a pesar de que el término técnico para designar la tradición sea siempre *передача* (*pieredácha*). La definición del artículo 224.1 y 2 G. K. no se centra en determinar qué actos se consideraran *traditiones*, sino que se preocupa por fijar qué personas pueden recibir la cosa para que se considere entregada a efectos de transmisión de la propiedad.

La regla general es que la cosa debe ser recibida por el adquirente o por la persona designada por él <sup>16</sup>. Si la cosa han sido enajenada sin obligación de hacerla llegar al adquirente, la recepción de la cosa hecha por el transportista o por una organización de correos tendrá valor de *traditio*. A efectos de transmisión de la propiedad es indiferente para el Código que los costes del transporte hayan sido asumidos por el tradente o por el *accipiens*: si el vendedor, por ejemplo, se compromete sólo a mandar por correo la mercancía, aunque pague el franqueo, el bien será propiedad del adquirente desde el momento en el que la empresa de correos se haga cargo de él.

Este artículo tiene una gran importancia en Rusia porque el artículo 211 G. K. prescribe que:

<p>Статья 211. Риск случайной гибели имущества</p> <p>Риск случайной гибели или случайного повреждения имущества несет его собственник, если иное не предусмотрено законом или договором.</p>	<p>Art. 211 G. K. Riesgo de desaparición fortuita de un bien</p> <p>El propietario de un bien asume el riesgo de su desaparición fortuita y de su deterioro fortuito, si no se ha previsto lo contrario en la ley o en el contrato.</p>
---	---

Además, en sede de compraventa, no se aplica el principio romano *periculum est emptoris*. El artículo 459.1 G. K. prescribe que el riesgo de pérdida o deterioro fortuitos de la cosa se transmitirá al comprador «...с момента, когда в соответствии с законом или договором продавец считается исполнившим свою обязанность по передаче товара

<sup>15</sup> A. K. R. KIRALFY (en *The Soviet Codes of Law* cit. p. 428) traduce el verbo como «to post».

<sup>16</sup> La persona designada no tiene por qué ser un mandatario del adquirente. Puede ser un tercero a favor del cual se ha contratado (*vid.* art. 313 G. K.).

покупателю.» («...desde el momento en que, de acuerdo con la ley o con el contrato, se considere que el vendedor ha cumplido su obligación de entregar la mercancía al comprador.»). Según el artículo 458 G. K. este momento será, si no se ha previsto otra cosa en el contrato:

a) Si la cosa han sido enajenada con obligación de hacerla llegar al adquirente, la entrega de la cosa al comprador o a la persona designada por él.

b) Si la cosa debe entregarse en el lugar en que se encuentra, la puesta a disposición del comprador.

c) Si la cosa ha sido enajenada sin obligación de hacerla llegar al adquirente, la entrega al transportista o a una organización de correos.

Sólo en la venta de cosas que se encuentren en tránsito el comprador asume el riesgo de pérdida o de deterioro fortuito de la cosa ocurrida durante su transporte desde el momento de la perfección del contrato de compraventa (artículo 459.2 *in pr.* G. K.), siempre que ni el contrato ni los usos del comercio prevean algo distinto.

En la segunda frase del artículo 224.1 G. K. se determina que el momento de perfección de la entrega será aquél en el que el *accipiens* efectivamente entró en posesión de la cosa. Este artículo permite considerar cumplido el requisito de la entrega en los casos en los que el adquirente se ha hecho con la cosa sin colaboración del tradente (p. ej. A vende a B un bien que un tercero tiene en depósito. Si el comprador obtiene el bien en cuestión del depositario sin que el vendedor tenga conocimiento de ello, se considerará entregada la cosa y, en su caso, transmitida la propiedad).

El Código se concentra en el problema de determinar qué personas pueden recibir la cosa para que se considere que la *traditio* tiene eficacia transmisiva del dominio. Sólo encontramos una norma en el Código referida al acto mismo que constituye la tradición, concretamente en el párrafo 2 del artículo 224 G. K. en el que se regula la llamada *traditio brevi manu*.

Статья 224.2 Если к моменту заключения договора об отчуждении вещи она уже находится во владении приобретателя, вещь признается переданной ему с этого момента.	Artículo 224.2. G. K. Si en el momento de la perfección de un contrato de enajenación de una cosa, ésta ya se encuentra en posesión del adquirente, la cosa se considera entregada desde ese mismo momento.
---	---

Por último, en el párrafo 3 hay una referencia al objeto de la entrega: en el caso de títulos valor que representan mercancías: la entrega del título equivale a la de las mercancías.

Статья 224.3 К передаче вещи приравнивается передача коносамента или иного товарораспорядительного документа на нее.	Art. 224.3 A la entrega de una cosa se equipara la entrega del conocimiento de embarque o de otro documento de tráfico de mercancías que se refiera a ella.
--	---

En la transmisión *mero consensu*, permitida en el artículo 223 G.K., el consenso es un surrogado de la entrega. El consenso al que se refiere el artículo es un consenso referido a la transmisión del dominio y, por lo tanto, es algo distinto del acuerdo de voluntades que constituye la justa causa. Sin embargo, la eficacia transmisiva del consenso depende de la existencia y validez de la justa causa. En otras palabras: la sustitución de la entrega por un acuerdo de voluntades no afecta a la causalidad de la transmisión del dominio.

Esta transmisión por mero consenso presenta un grave problema: su falta de publicidad. El adquirente por consenso transmisivo del dominio queda en una posición muy vulnerable porque el tradente mantiene la apariencia de dominio y puede enajenar de nuevo la cosa. La segunda enajenación, hecha mediante una entrega material del objeto, será *a non domino* pero el nuevo *accipiens*, si se cumplen los requisitos del artículo 302 G. K. (vid. *infra* p. 990), devendrá propietario. Si el segundo *accipiens* hubiera adquirido por mero consenso, el artículo 302 G. K. no sería de aplicación, ya que simplemente impide al propietario reivindicar la cosa del adquirente de buena fe pero no concede a éste una acción reivindicatoria contra el propietario. Tampoco podría usucapir el adquirente de buena fe porque no sería poseedor.

Por todo esto, no es en absoluto recomendable hacer uso de esta transmisión consensual permitida por el Código si somos los adquirentes (a no ser que retrasemos el pago hasta la entrega material del bien) ya que, si somos los primeros en adquirir, corremos el riesgo de que el tradente vuelva a enajenar y, si somos los segundos, asumimos el riesgo de que el tradente no esté en posesión del bien ni llegue nunca a poseerlo, en cuyo caso no nos podremos beneficiar del artículo 302 G.K.

## 1.2 *Iusta causa*

Para que la entrega tenga eficacia transmisiva de la propiedad, el Código requiere la existencia de una justa causa (способ [spósob]<sup>17</sup> o основание [asnovániie] ) válida y eficaz<sup>18</sup>:

<p>Статья 218.2 Право собственности на имущество, которое имеет собственника, может быть приобретено другим лицом на основании договора купли-продажи, мены, дарения или иной сделки об отчуждении этого имущества.</p>	<p>Art. 218.2 El derecho de propiedad privada de un bien<sup>19</sup> que tiene propietario puede ser adquirido por otra persona por razón de un contrato de compraventa, de permuta, de donación o de otro negocio de enajenación de ese bien<sup>20</sup>.</p>
---	--

No queda totalmente claro en el Código si el *accipiens* de una cosa sin *iusta causa* (o con una justa causa inválida) puede usucapir o no. El artículo 234 G. K. exige que el usucapiente haya actuado добросовестно (*dabrasóviestna*) i.e. de buena fe). El término добросовестный приобретатель (*dabrasóviestnii priebrietá-tell*), adquirente de buena fe viene definido en el artículo 302 G. K. como la persona que no sabía y que no podía saber que el tradente no tenía *potestas alienandi* sobre la cosa entregada. Esta definición de buena fe debe aplicarse, en nuestra opinión, también en el artículo 234 G. K. y, por lo tanto, debe negarse a quien ha recibido una cosa sin *iusta causa* (o con una viciada) la posibilidad de adquirir la propiedad de esa cosa por usucapición. Así pues, en el Código civil de la Federación Rusa, al igual que en las Instituciones de Gayo (y en la opinión mayoritaria de los juristas romanos clásicos),<sup>21</sup> la usu-

<sup>17</sup> Aunque en los diccionarios figuren entre sus acepciones la de «modo, manera», no debe confundirse el способ [spósob] con el «modo» en el sentido en el que se utiliza el término en la expresión «título y modo», ya que el término ruso se refiere precisamente al título y no al modo.

<sup>18</sup> A principios de siglo, algunos juristas como ТЮТЮМОВ, И. М. (*Tiutiumov, I. M.*) (op. cit. p. 161 n.1), que eran grandes admiradores del Derecho alemán, intentaron introducir en Rusia una *traditio* abstracta parecida a la del § 929 del BGB. Este intento no fructificó, sin embargo, en los códigos soviéticos y tampoco ha sido tenido en cuenta en el nuevo Código civil.

<sup>19</sup> El término имущество (*imúschestva*) se utiliza, a veces, con el sentido de «patrimonio» (vid. p. ej. art. 252 G.K.) mientras que, en otros contextos, como el del presente artículo, se refiere a una sola cosa y debe ser traducida como «bien».

<sup>20</sup> Estas son las justas causas que la doctrina llama «justas causas comunes» o «justas causas comunes a todos los ciudadanos» (vid. СУХАНОВ, Е. А. (*Sujanov, Ie. A.*) et alt. *Гражданское Право* vol.1, Moscú, 1994, p. 204). Por contraposición a éstas se citan las «justas causas especiales», que son aquéllas que permiten adquirir sólo al Estado (confiscación, requisito, cobro de impuestos, etc...).

<sup>21</sup> Vid. J. MIQUEL, *Derecho Privado Romano* cit. pp. 186 y ss.; pp. 200 y ss.

capción serviría tan sólo para sanar la falta de *potestas alienandi*, no la ausencia de justa causa.<sup>22</sup>

### 1.3 *Potestas alienandi* del tradente

Como ocurre en muchos otros códigos, el G. K. se ocupa de este requisito sobre todo regulando qué ocurre si no se cumple y cómo puede sanarse el incumplimiento mediante la usucapión. El G. K. regula los tipos de usucapión, una privilegiada y otra ordinaria.

#### a) *Usucapión privilegiada*

El artículo 302 del G. K. permite que el adquirente *a non domino* de cosas muebles (que no deban ser objeto de inscripción en un registro estatal) quede protegido frente a la reivindicatoria del propietario si se cumplen determinados requisitos:<sup>23</sup>

<p>Статья 302. Истребование имущества от добросовестного приобретателя</p> <p>1. Если имущество возмезно приобретено у лица, которое не имело права его отчуждать, о чем приобретатель не знал и не мог знать (добросовестный приобретатель), то собственник вправе истребовать это имущество от приобретателя в случае когда имущество утеряно собственником или лицом, которому имущество было передано собственником во владение, либо похищено у того или другого, либо выбыло</p>	<p>Art. 302 G. K. Reivindicación de bienes de un adquirente de buena fe</p> <p>1. Si un bien fue adquirido a título oneroso por una persona que no tenía derecho a enajenarlo, cosa que el adquirente no sabía ni podía saber (adquirente de buena fe), entonces el propietario tiene derecho a reivindicar este bien del adquirente sólo si el bien hubiera sido perdido por el propietario o por la persona a la que el propietario había entregado su posesión, o hubiera sido sustraído de uno u otro, o, de cualquier forma hubiera salido de su posesión en contra de su voluntad.</p>
--	--

<sup>22</sup> Además, el artículo 167 G. K. prescribe que los negocios jurídicos nulos no tienen ninguna eficacia jurídica. Cfr. SOLOTYCH, S. *Das Zivilgesetzbuch der Russischen Föderation - Erster Teil - Textübersetzung mit Einführung*, Baden-Baden, 1996, p. 56. Según Solotych, los casos de disposición de *res extra commercium* se reconducen en Derecho ruso a la nulidad de los negocios transmisivos, de forma que no la extracomercialidad de las cosas transmitidas no puede tratarse, a diferencia de lo que ocurría en el Derecho romano, en el marco de la usucapión.

<sup>23</sup> Desde principios de nuestro siglo, algunos juristas (*vid. p. ej.* ТРЕПИЦЫНЕ, И. Н. (*triepitzyn, I. N.*) *Приобретение движимостей в собственность от лиц, не имеющих права на их отчуждение*, San Petersburgo, 1907, pp. 24 y ss.), influidos por los códigos suizo y alemán, se habían declarado partidarios de dejar inaplicable en Rusia el principio romano *nemo ad alterum plus iuris transferre potest*, vigente en la época. La derogación definitiva de la regla llegará con las codificaciones soviéticas.

El tenor del actual artículo 302 recoge, esencialmente, el contenido del artículo 60 del Código de 1922 (cfr. GSOVSKI, V. *Soviet Civil Law...* cit. vol. 2, p. 72.) que, a su vez, ya había sido incorporado con pocos cambios al Código de 1964 (art. 152). La regulación del

<p>из их владения иным путем помимо их воли.</p> <p>2. Если имущество приобретено безвозно у лица, которое не имело права его отчуждать, собственник вправе истребовать имущество во всех случаях.</p> <p>3. Деньги, а также ценные бумаги на предъявителя не могут быть истребованы от добросовестного приобретателя.</p>	<p>2. Si el bien fue adquirido a título gratuito de una persona que no tenía derecho a enajenarlo, el propietario puede reclamarlo en todo caso.</p> <p>3. El dinero y los títulos valor al portador no pueden ser reivindicados del adquirente de buena fe.</p>
--	--

Dejando aparte el caso del dinero y el de los títulos al portador, el propietario no puede reivindicar del adquirente a *non domino* después de la entrega sólo si:

a) Tiene buena fe (i.e. desconoce que el tradente no es propietario y no tenía obligación de saberlo).

b) El propietario (o la persona a quien éste había entregado el bien) perdió voluntariamente la posesión de la cosa entregada (i.e. no fue perdida, ni robada, etc...) <sup>24</sup>.

El artículo 302 G. K. será aplicable, por ejemplo, a quien adquiere la cosa de un comodatario, depositario, arrendatario, etc... creyendole dueño o también a quien recibe la cosa de una persona que adquirió del verdadero dueño pero que no llegó a ser propietario por vicios en la *iusta causa* (p. ej. A, un incapaz, vende y entrega la cosa a B. B la vende y la entrega a su vez a C. A no podrá reivindicar la cosa de C.) <sup>25</sup>.

El artículo 302 G. K. no convierte al adquirente de buena fe inmediatamente en propietario. Lo sitúa simplemente en una posición de irreivindicabilidad hasta que complete la usucapión <sup>26</sup>. Nótese que el artículo habla siempre de «propietario» para referirse

---

nuevo Código se diferencia de la soviética en que se ha eliminado la excepción a la aplicabilidad de este artículo a las ventas judiciales y se ha añadido el tercer párrafo del artículo 302, que recoge el contenido del artículo 153 del Código de 1964. Vid. también artículo 54.1 de los «Principios de legislación civil» (cfr. *supra* p. 982).

<sup>24</sup> El Tribunal Supremo de la RSFSR, en el caso de un ex-marido que vendió un coche del que era copropietario junto con su ex-esposa, consideró que el coche había salido del patrimonio de la mujer de acuerdo con su voluntad, porque accedió en el convenio de divorcio a que el marido utilizara el coche (Бюллетень Верховного Суда РСФСР 1980 núm. 11. C. 9. Caso citado en Суханов, Е. А. (*Sujanov, Ie. A.*) et alt. *Гражданское...* cit. p. 304).

<sup>25</sup> M. G. MASEVICH (en Sadikov, O. N. [editor] *Soviet Civil Law*, N.Y., 1988, p. 58) habla de una presunción *iuris et de iure* de que el propietario actuó imprudentemente al entregar la cosa en comodato, depósito, etc... Es una forma poco ortodoxa de exponer que la no legitimación activa a la reivindicación se fundamenta en que el transmitente fue depositario de la confianza del propietario.

<sup>26</sup> El Código de 1964 no preveía un límite temporal para la situación de irreivindicabilidad, de forma que, si se tomaba literalmente el tenor del antiguo artículo 152 (equivalente al

al dueño inicial y no al adquirente de buena fe. Por eso podemos hablar de una «usucapación privilegiada»<sup>27</sup>.

El adquirente del artículo 302 G. K. cumple todos los requisitos de la usucapación: posee públicamente, en concepto de dueño, y además podrá poseer ininterrumpidamente porque el propietario no puede reivindicar eficazmente.

El Código no especifica si la buena fe se requiere sólo en el momento inicial (como en Derecho romano) o durante toda la usucapación (criterio que regía en Derecho canónico y que ha sido incorporado a la mayoría de los códigos occidentales). El Derecho histórico ruso no es de ninguna ayuda porque la usucapación del Derecho ruso anterior a la codificación no requería ni la buena fe ni justo título<sup>28</sup>. El tenor del artículo 234.1pr G. K. (vid. *infra* p. 996) parece indicar que la *bona fides* debe persistir durante todo el tiempo en toda usucapación, pero pienso que una interpretación teleológica del

---

actual 302) y si se tenía en cuenta que el Código de 1964 no permitía la usucapación (vid. *infra* n. 29), no había más remedio que admitir que la propiedad permanecía eternamente separada de la posesión protegida frente a la reivindicatoria. Así, si A era propietario de un coche y su hijo, que lo había recibido en comodato, lo vendía a B, adquirente de buena fe, A seguía siendo propietario y podía transmitir el dominio *inter vivos* (mediante una tradición consensual) y *mortis causa*. B tenía una posesión protegida frente a A y frente a cualquiera de los subsiguientes propietarios, pero nunca podía adquirir el dominio. Por consiguiente, sólo podría transmitir *inter vivos* y *mortis causa* su posesión protegida frente a la reivindicatoria.

La literatura jurídica rusa no ha visto el problema ni ha propuesto soluciones (vid. p. ej. СУХАНОВ, Э. А. (*Sujanov, E. A.*) et alt. *Гражданское... cit.* p. 304, que habla de la situación del adquirente de buena fe como «vindicación limitada» (ограниченная виндикация). En el mismo sentido, vid. también ГАВРИЛОВ, Э. П. (*Gavrilov, E. P.*) en АРГУНОВ, В. Н. (*Argunov, V. N.*) et alt. *Правые основы нотариальной деятельности*, Moscú, 1994. p. 128). Otros, sin embargo, no tienen problemas en calificar al adquirente de buena fe como propietario, a pesar del tenor del artículo. Vid. p. ej. GENKIN, D. M., *Sowjetisches Recht*, Berlin, 1953, p. 395.

En el marco del Código de 1964 es muy difícil encontrar una forma de limitar temporalmente la situación de posesión protegida frente a la reivindicatoria. En el nuevo Código, sin embargo, pueden aplicarse, a mi entender, los artículos de la usucapación y, de esta forma, conseguir que la separación entre dominio y posesión irreivindicable sea sólo transitoria.

<sup>27</sup> S. SOLOTYCH (*Das neue russische ZGB aus rechtsvergleichender Sicht* en Schroeder, F. Ch. (edit.) *Die neue Kodifikationen in Russland*, Berlin, 1997, p. 34) prefiere hablar de «relatives Eigentum» (propiedad relativa): el adquirente de buena fe sería propietario frente a los terceros pero para que esa propiedad fuera oponible al transmitente tendría que completarse la usucapación.

<sup>28</sup> Vid. ТЮТЮМОВ, И. М. (*Tiutjumov, I. M.*) *op. cit.* p. 150 n.1 y n. 4. Como en otros momentos históricos y en otros lugares, esta medida nace, muy probablemente, con la finalidad de paliar el impacto económico provocado en las finzas públicas por una situación de despoblamiento y de abandono de tierras. Este mismo problema fue el que llevó a mantener la adscripción de los siervos a la tierra, una situación que prolongó hasta 1861. SETHON-WATSON, H. y RIASANOVSKY, N. V. afirman, en relación a la Rusia de principios del siglo XIX, «Certainly in parts of southern Russia where the soil was fertile, labour was plentiful, and potential profits in the grain trade with Europe were high, a landowner would do better if he could replace his serfs with paid agricultural labour and be rid of obligations to those peasants whom he did not need to employ. In other regions, where the population was scanty, serfdom provided the landowner with an assured labour supply; if it were abolished, he would have to pay more for his labour force or see it melt away.» (New Encyclopaedia Britannica, Chicago *et aliubi*, vol. 26, p. 981a).

Código permite sostener que la buena fe sólo se exigirá al inicio. Si se le exigiera durante todo el tiempo la posición de irreivindicabilidad, en muchas ocasiones la reivindicación del propietario le haría sabedor de que su adquisición había sido *a domino* y, por lo tanto, cesaría la buena fe y con ello se interrumpiría la usucapión, en contra de los efectos buscados por el Código.

Sólo se interrumpirá la usucapión si el poseedor pierde la cosa y un tercero completa la usucapión semestral de bienes hallados (*ex art. 228 G. K.*) o si la cosa va a parar al propietario, frente al cual el poseedor no puede utilizar la acción publiciana (vid. *infra* n. 31) para recuperar su posesión.

El Código no permite la publiciana contra los titulares de un derecho real u obligacional a poseer la cosa (vid. *infra* n. 31) pero, si la cosa fuere reclamada por una de estas personas con éxito (o si por otras vías obtuvieren la posesión de la cosa) la posesión *ad usucapionem* del adquirente de buena fe no se vería interrumpida por la reclamación de un *ius possidendi* por un concepto distinto del de dueño. El éxito de una de estas acciones (o incluso su mera interposición) convertirá con frecuencia al adquirente de forma sobrevenida en poseedor de mala fe, porque los actores tendrán que mencionar necesariamente al propietario al alegar un derecho real limitado o un derecho obligacional sobre la cosa. Pero dado que en este tipo de usucapión privilegiada rige el principio *mala fides superveniens non nocet*, la cesación de la buena fe no tendrá eficacia interruptora de la usucapión.

La situación del adquirente de buena fe del artículo 302 G. K. es parecida a la que tenía en Derecho romano el adquirente de una *res mancipi* por simple *traditio*, llamado propietario bonitario o pretorio. Al igual que el propietario bonitario, el adquirente de buena fe del Código ruso tendrá que recurrir a la acción publiciana (art. 234.2 G. K. vid. *infra* n. 31) para recuperar la posesión perdida, y no a la reivindicatoria, hasta que acabe el tiempo de la usucapión. Existen, no obstante, tres diferencias esenciales:

- a) La usucapión del propietario bonitario sirve para sanar un vicio de forma y no uno de titularidad.
- b) El propietario bonitario no necesita la buena fe para usucapir y el *accipiens* del 302 G. K. sí.
- c) El propietario bonitario podía reclamar con éxito la posesión frente al propietario civil, mientras que el adquirente del artículo 302 G. K. sólo puede utilizar la publiciana para recuperar la cosa de terceros.



b) *Usucapión ordinaria.*

Si el artículo 302 G. K. no es aplicable, el adquirente podrá usucapir la cosa si cumple los requisitos del artículo 234.1 G. K. Para distinguir esta usucapión, que no está blindada frente a la reivindicatoria del propietario, de la usucapión privilegiada del adquirente de buena fe del artículo 302 G.K., hablaremos aquí de «usucapión ordinaria»<sup>29</sup>:

<p>Статья 234. Приобретательная давность</p> <p>1. Лицо –гражданин или юридическое лицо– не являющееся собственником имущества, но добросовестно, открыто и непрерывно владеющее как своим собственным недвижимым имуществом в течение пятнадцати лет либо иным имуществом в течение пяти лет приобретает право собственности на это имущество (приобретательная давность)...</p>	<p>Art. 234. Prescripción adquisitiva</p> <p>1. La persona –física o jurídica– que no sea propietaria de un bien pero que haya poseído de buena fe, pública e ininterrumpidamente y como propio un bien inmueble durante quince años o cualquier otro bien durante cinco años adquiere el derecho de propiedad sobre ese bien (prescripción adquisitiva).</p>
---	---

Este artículo exige para la usucapión:

- a) Buena fe.
- b) Posesión pública, ininterrumpida y en concepto de dueño.
- c) Transcurso del tiempo (15 años para los inmuebles y 5 para los muebles). El plazo empieza a contar, según el artículo 234.4 G.K., desde el momento en que prescribe la acción reivindicatoria del propietario (regulada en el art. 301 G. K.) y las acciones de los titulares de derechos reales sobre la cosa (art. 305 G. K.)<sup>30</sup>. Esto

<sup>29</sup> La usucapión no se admitía en la Unión Soviética. Cfr., entre otros, ГЕНКИН, Д. М. (*Guenkin, D. M.*) voz «приобретательная давность» en КУДРЯВЦЕВ, П. И. (*Kudriavtzev, P. I.*) (edit.) *Юридический словарь* 2.<sup>a</sup> ed., vol. 2, Moscú, 1956, p. 251. y KIRALFY, A. K. R. voz «*possession*» en Feldbrugge, F. J. M. (edit.) *Encyclopedia of Soviet Law*, Leiden, 1973, vol. 2, p. 524. Esta institución fue introducida por el artículo 7.3 de la Ley de la RSFSR «Sobre la propiedad en la RSFSR» (cfr. *supra* p. 982), y confirmada por el artículo 50.3 de los Principios de legislación civil» (cfr. *supra* p. 982). Los plazos de la ley son los mismos que los del nuevo Código. La doctrina rusa entiende, por lo general, que el tiempo anterior a la entrada en vigor de la Ley mencionada (1 de enero de 1991) no se computa a efectos de la prescripción adquisitiva (vid. p. ej. ГАВРИЛОВ, Э. П. (*Gavrilov, E. P.*) en АРГУНОВ, В. Н. (*Argunov, V. N.*) et alt. *Правые основы...* cit. p. 110) de forma que, hasta el 1 de enero del año 2006 no se podrá completar en Rusia ninguna usucapión de inmuebles.

<sup>30</sup> La prescripción de las acciones (исковая давность) se regula en los artículos 195 y ss G. K.

implica que durante el tiempo de la usucapión propiamente dicha (i.e. una vez prescritas las acciones reales del propietario y de los demás titulares de derechos reales) las cosas son del propietario pero están en una situación de irreivindicabilidad en espera de que transcurra el tiempo fijado en el artículo 234 G. K. Esta espera en situación de irreivindicabilidad (que no debe confundirse con la usucapión privilegiada del art. 302 G. K.) no tiene, a mi entender, ningún sentido y es algo que sólo puede atribuirse a una deficiente técnica legislativa.

Durante el tiempo que dure la usucapión, el poseedor estará protegido por la acción publiciana (art. 234.2 G. K.)<sup>31</sup> y también se prevé la *accessio* y la *successio possessionis* (art. 234.3 G. K.)<sup>32</sup>.

## 2. TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD DE BIENES INMUEBLES Y DE MUEBLES QUE DEBAN SER INSCRITOS EN UN REGISTRO ESTATAL

El artículo 223.2 G. K. prescribe lo siguiente:

Статья 232,2 Г.К. В случаях, когда отчуждение имущества подлежит государственной регистрации, право собственности у приобретателя возникает с момента такой регистрации, если иное не установлено законом.	Art. 223.2 G. K. En los casos en los que la enajenación de una cosa requiere inscripción en un Registro estatal, el derecho de propiedad del adquirente surge desde el momento de esa inscripción, si la ley no establece lo contrario.
--	---

Los bienes que requieren inscripción en un Registro estatal son, en esencia, los inmuebles (art. 131.1 G. K.). El artículo 130 G. K.

<sup>31</sup> Статья 234.2 Г.К. До приобретения на имущество права собственности в силу приобретательной давности лицо, владеющее имуществом как своим собственным, имеет право на защиту своего владения против третьих лиц, не являющихся собственниками имущества а также неимеющих прав на владение им в силу иного предусмотренного законом или договором основания. (Artículo 234.2 G. K. - Hasta la adquisición del derecho de propiedad sobre un bien por usucapión, la persona que posee el bien como propio tiene derecho a que su posesión sea protegida frente a terceros, que no sean propietarios de la cosa y que no tengan un derecho a poseerla en virtud de alguna [justa] causa fundamentada en la ley o en un contrato).

<sup>32</sup> Статья 234.3 Г.К. Лицо, ссылающееся на давность владения может присоединить ко времени своего владения все время, в течение которого этим имуществом владел тот чьим правопреемником это лицо является. (Art. 234.3 G. K. La persona que haya alegado una usucapión puede sumar al tiempo de su posesión todo el tiempo a lo largo del cual poseyó ese bien aquél de quien esa persona haya adquirido su derecho). SÁNCHEZ-MORENO ELLART, C. (en conversación privada) apuntó que el término ruso правопреемник significa, literalmente, «aquél que ha tomado (o asumido) un derecho de alguien» y equivale al término *successor (universalis/particularis)* en el sentido en el que usan este término los juristas del *mos gallicus*.

considera «inmuebles» no sólo las porciones de terreno y de subsuelo, los lagos y estanques y todos los objetos unidos de forma permanente a la tierra (bosques, edificaciones, plantaciones duraderas, etc...) sino también los medios de transporte aéreos, marítimos y fluviales y los «objetos espaciales».

El Código se refiere también a determinados muebles que requieren inscripción en un registro estatal. Esta inscripción no es el registro administrativo prescriptivo para ciertos bienes (por ejemplo, los coches deben registrarse en Tráfico) sino una inscripción en un registro estatal que tenga como finalidad acreditar la titularidad del bien en cuestión<sup>33</sup>. Ninguna de las obras a las que he tenido acceso propone ningún ejemplo de mueble que deba ser inscrito en un registro de estas características y no he encontrado a nadie en Rusia que pueda desvelarme a qué bienes se refiere el Código. Quizás se refiera a los bienes muebles que el artículo 130 G. K. equipara a los inmuebles. En cualquier caso, queda fuera de toda duda que los inmuebles constituyen el conjunto de bienes inscribibles más importante y en ellos nos concentraremos.

En Rusia, los actos de enajenación de inmuebles deben formalizarse notarialmente. El otorgamiento de la escritura no tiene, sin embargo, efecto jurídico-real alguno. Será imprescindible la inscripción del negocio de disposición en el Registro de la Propiedad para que el adquirente devenga propietario.

Esto implica que sólo puede darse una usucapión de inmuebles propiamente dicha *contra tabulas* (o *sine tabulis*, si el inmueble en cuestión no ha sido inmatriculado). Ésta es precisamente la usucapión que regula el artículo 234.1 G. K. *in fine*:

Статья 234.1 Г.К. ( <i>in fine</i> ). Право собственности на недвижимое и иное имущество, подлежащее государственной регистрации, возникает у лица, приобретшего это имущество в силу приобретательной давности, с момента такой регистрации.	Art. 234.1 G. K. [ <i>in fine</i> ]. El derecho de propiedad sobre un inmueble y sobre cualquier otro bien que deba ser inscrito en un Registro público, de la persona que ha adquirido una cosa en virtud de usucapión, nace desde el momento de la inscripción en el Registro.
---	--

Los inmuebles entregados *ex iusta causa* por un no propietario pueden ser usucapidos si se cumplen todos los requisitos del artículo 234.1 *in pr*. En realidad, esta usucapión de inmuebles no conduce directamente a la adquisición del dominio, sino que tan sólo permite a quien ha usucapido inscribir en el Registro su derecho de

<sup>33</sup> Vid. СУХАНОВ, Е. А. (*Sujanov, Ie. A.*) et alt. *Гражданское...* cit. p. 207.

propiedad (o, más propiamente, el hecho de la usucapión consumada). Así pues, hasta que haya tenido lugar esta inscripción, el usucapiente no se transforma en propietario del inmueble.

El Código deja sin resolver qué ocurre si el título aportado para fundamentar la inscripción es nulo. Es de suponer que la nulidad del título implicará también la de la inscripción y que, además, el titular registral no podrá usucapir porque carece de título válido. Tampoco queda claro si el tercero de buena fe que adquiera el inmueble de este titular registral que no es propietario por falta de justa causa devendrá *ipso iure* propietario o si podrá usucapir y, hasta que complete la usucapión, quedará protegido frente a la reivindicatoria del propietario porque confió en la apariencia del Registro. Este sería el único caso de usucapión *secundum tabulas*. La jurisprudencia tendrá que completar estas lagunas con la interpretación<sup>34</sup>.

### 3. CONCLUSIONES

La normativa del nuevo Código civil de la Federación Rusa resuelve sólo parcialmente las graves incoherencias de la legislación soviética. La usucapión, por ejemplo, que se regula por primera vez en un Código ruso, resuelve algunos de los graves defectos del Código de 1964. Sin embargo, subsisten numerosas lagunas que dificultan en gran medida la comprensión global de las instituciones y, al igual que ocurría en la URSS, el Código parece con frecuencia más un manifiesto de objetivos políticos que una norma destinada a resolver los conflictos de intereses que se producen a diario en la vida social y económica de Rusia.

La prisa con la que se ha hecho el nuevo Código es el principal responsable de los defectos que presenta. Posiblemente tengamos que esperar a una estabilización de la economía y de la política en Rusia para que los estudiosos del Derecho puedan realizar con calma el estudio que debe preceder a toda codificación. Hasta entonces los Tribunales deberán intentar sacar el mayor partido posible de la normativa en vigor.

Sin embargo, la ineficacia de gran parte de los órganos jurisdiccionales rusos va a dificultar que esta interpretación correctora pueda tener lugar. Éste es un problema mucho más grave y mucho más difícil de corregir que los defectos de la codificación, ya que requiere dos presupuestos que en la Rusia actual todavía no exis-

---

<sup>34</sup> En Rusia las decisiones del Registrador son recurribles ante los Tribunales (*vid.* artículo 131.5 G. K.)

ten: voluntad política de crear un poder judicial capaz de controlar a los demás órganos del Estado e inversiones económicas a largo plazo en la formación de juristas capaces. Quizás no haya más remedio que esperar a que las nuevas generaciones remedien estos efectos retardados del desastre social, cultural y económico que fue la URSS

#### 4. APÉNDICE: DIAGRAMAS.

La regulación expuesta puede resumirse en un diagrama de flujos, que es una adaptación al Derecho del Código de la Federación Rusa del árbol lógico de J. Miquel<sup>35</sup>. Los diagramas se refieren sólo a la transmisión de la propiedad de bienes muebles que no requieren inscripción en un registro estatal porque el régimen de aplicable a las demás cosas es suficientemente simple como para hacer innecesaria su sistematización en forma de diagrama.

---

<sup>35</sup> *Derecho Privado Romano* cit. p. 205.

Diagrama 1

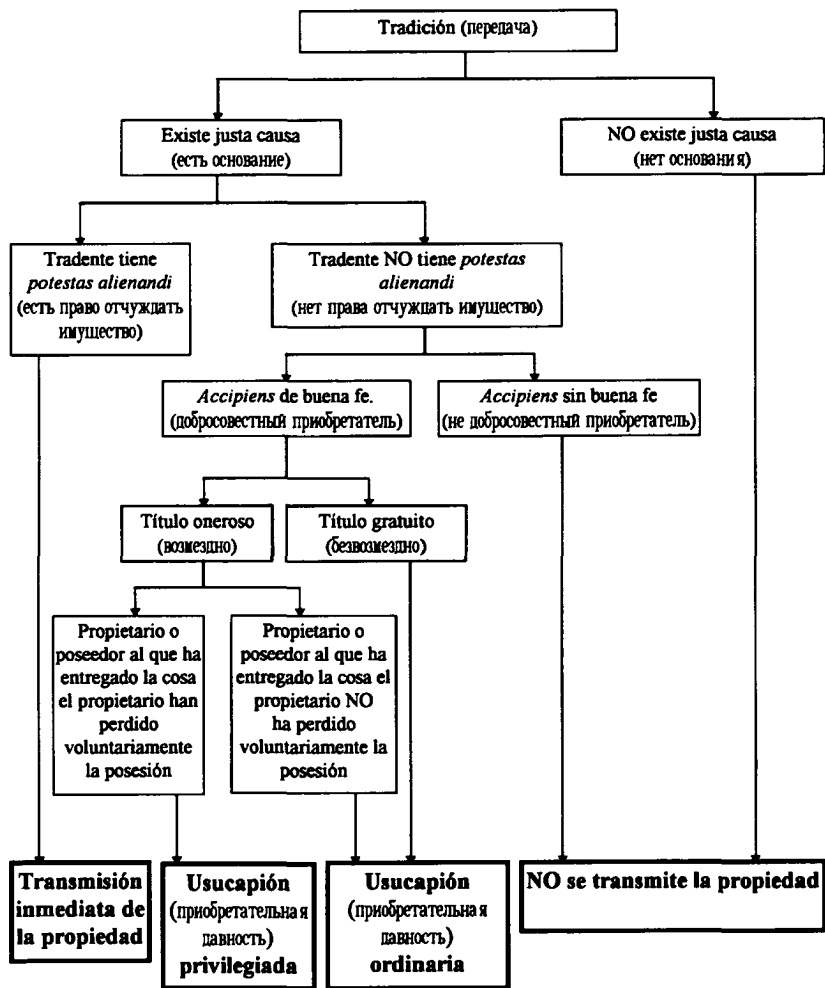
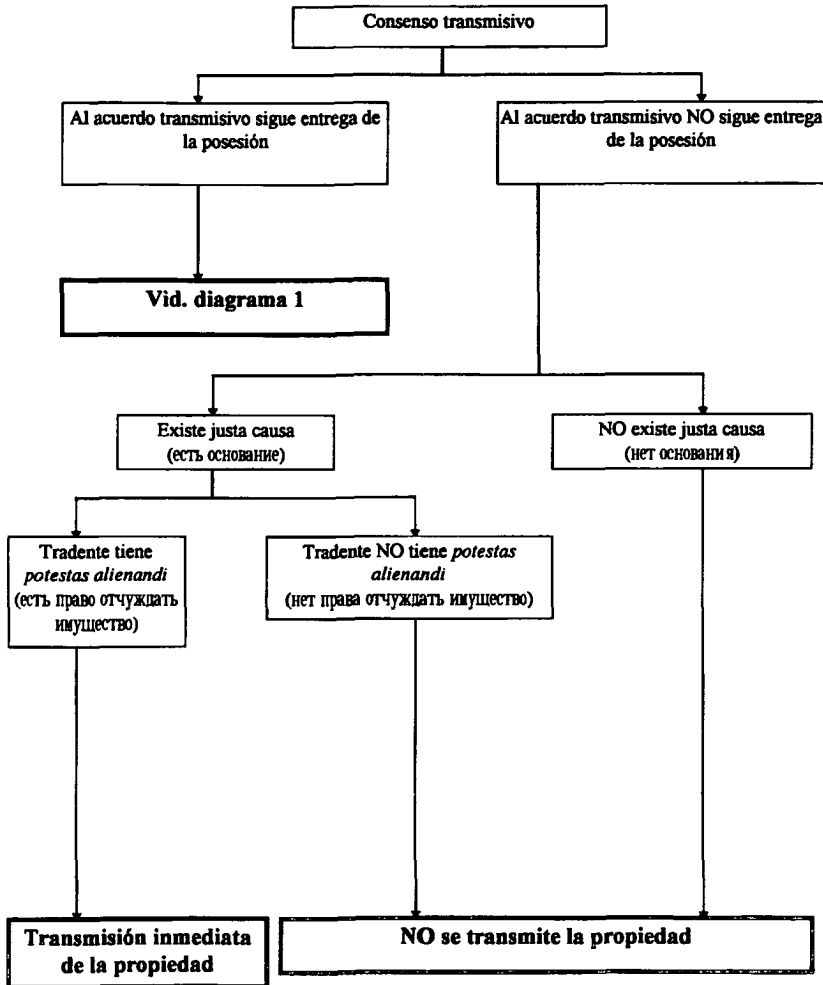


Diagrama 2



## El papel del Derecho comparado en la enseñanza del Derecho en Alemania\*

**Prof. Dr. Dr. h. c. HANS-LEO WEYERS**

Johann Wolfgang Goethe-Universität, Francfort del Meno

### I

Vamos a comenzar, en buena tradición jurídica, con definiciones. ¿Qué es?, o, por lo menos, ¿qué vamos a entender ahora por «derecho comparado»? En el fondo son dos cosas relacionadas pero distintas, que sin embargo voy a tratar juntas.

Una cosa es conocer el derecho extranjero, mejor dicho un derecho extranjero, porque nadie puede conocer todos los ordenamientos jurídicos del mundo, y casi nadie realmente conoce más que dos derechos nacionales. Conocer un derecho extranjero además del derecho nacional propio tiene un interés eminentemente práctico para cualquier profesional.

Otra cosa es el derecho comparado en sentido estricto, es decir la disciplina científica que, a base de conocimientos de varios ordenamientos jurídicos se dedica a comparar las normas de cada uno. Esta disciplina tiene mucho interés teórico, pero también práctico. Ya hablaremos de ello más tarde.

### II

Mientras tanto, y también a título de introducción, es oportuno trazar en pocas palabras el cuadro general en que se desarrolla la enseñanza universitaria de Derecho en Alemania.

---

\* Texto de una conferencia para estudiantes pronunciada en marzo de 1999 en las facultades de Derecho de Zaragoza y San Sebastián.



A. Quizás es sabido que Alemania es una federación de dieciséis estados unidos. La competencia en asuntos culturales como la enseñanza está en los estados federados. Es decir, hay dieciséis leyes sobre enseñanza universitaria, dieciséis ministros de Cultura y Ciencia, etc. Afortunadamente, esto no quiere decir que haya dieciséis regímenes radicalmente distintos de enseñanza de Derecho.

El factor de mayor importancia que impide esto, y que al mismo tiempo marca otra diferencia muy destacada con la situación en España, es que para acceder a cualquier profesión jurídica en Alemania, es necesario obtener la calificación para ser juez. Es decir, el que quiere abrir un bufete de abogado o notario tanto como el que quiere ingresar en el cuerpo de funcionarios públicos de este nivel (a más de los jueces: los fiscales, los funcionarios de Hacienda, del Ministerio del Interior, etc.) tiene que pasar por el mismo examen que los futuros jueces. Claro, una empresa privada puede emplear a quien quiera, pero prácticamente todas, a partir de un cierto nivel de actividad prevista piden este mismo diploma (de «Assessor») para el empleo.

Ahora, las condiciones para adquirir este diploma están reguladas por una ley federal («Richtergesetz» = Ley sobre los jueces). Esta ley da un marco para la formación del futuro jurista, obligatorio para las leyes de los estados federados. Lo que aquí interesa, es que prevé dos exámenes estatales, no universitarios: el primero –aun siendo estatal– después de terminada una carrera universitaria, y el segundo al final de un período de práctica que se podría calificar como «pasantía». A este último me referí al hablar de la capacidad para ser juez («Assessor»). De este segundo examen estatal («Assessor») ya no hablaremos porque tanto la formación práctica como el examen mismo se desarrollan completamente fuera de la universidad.

Todo esto significa que el único sentido práctico de la enseñanza universitaria para casi la totalidad de los estudiantes es la preparación para el primer examen del Estado («Referendar»).

Cabe añadir un detalle que no deja de ser importante. Es que en este examen actúan como examinadores cuatro personas. Dos de ellos son juristas prácticos: jueces y otros funcionarios con formación jurídica, y también abogados o notarios. Los otros dos examinadores son profesores de Universidad. Es decir: los mismos profesores que dan los cursos durante la carrera, al mismo tiempo, son nombrados como examinadores estatales.

En España será necesario insistir en que el sistema alemán de enseñanza universitaria –en derecho como en las demás facultades– no está basado en la acumulación de créditos, sino que son exclusivamente los resultados de los exámenes finales los que deci-

den sobre el éxito o fracaso de una carrera. En estos exámenes finales los candidatos tienen que demostrar en poco tiempo –tanto por escrito como oralmente– todo lo que han aprendido (o no) durante los cuatro o cinco años de la carrera.

B. Las consecuencias de todo esto para la enseñanza del Derecho comparado son muy importantes. Primero, y más importante: como el examen final está regulado por ley estatal, no es la universidad sino la legislación estatal, y para muchos detalles, es el Ministerio de Justicia (no el de Cultura y Ciencia) de cada estado, quien decide sobre las materias de las que los candidatos deben examinarse. Es decir, en última instancia son ellos los que determinan si en el examen –y en qué medida– habrá temas de Derecho comparado, y así también –seamos realistas– si los alumnos van a estudiar esta materia, si van a acudir a los cursos ofrecidos por el profesorado o no.

Ahora bien, he dicho que el marco general de los exámenes finales es regulado por una ley federal. No obstante, esta ley federal deja algunos detalles a la legislación de los estados. Uno de los detalles más importantes es la regulación de las materias optativas. Me explico: la ley federal establece, para los exámenes, un sistema de materias obligatorias como los núcleos del derecho civil, penal, procesal, etc., y al lado de esto, de materias optativas, es decir materias entre las que el candidato puede elegir una para examinarse de ella. La legislación federal deja a los estados la definición y la selección concreta, del abanico de todas estas materias posibles. Estas materias optativas suelen estar compuestas no de una sola, sino de varias disciplinas. Por ejemplo: hay una materia optativa que agrupa «Derecho de familia y de sucesiones, Derecho procesal civil y de jurisdicción voluntaria, Derecho de quiebra». Otra es: «Derecho y sociología de delincuencia juvenil, Derecho procesal penal y régimen penitenciario». Ya se ve que una materia optativa puede ser bastante larga.

Es aquí donde el Derecho comparado puede tener su sitio. Pero su aparición en las leyes estatales es un ejemplo de los efectos de una estructura federal. Pues el papel del Derecho comparado varía mucho de un estado federado a otro. Si revisamos las dieciséis leyes estatales sobre la formación de juristas que existen en Alemania, vemos, quizás no exactamente dieciséis regímenes totalmente distintos, pero ciertamente mucha variedad. Hay (algunos pocos) estados en que el Derecho comparado no figura en absoluto en el examen final (Bremen, Baviera). Curiosamente en uno de estos estados hay institutos científicos muy prestigiosos que se dedican al Derecho comparado (Baviera: de Derecho Social y de Derecho de Autor, Munich). En los otros, el Derecho comparado no es más que una disciplina entre

otras, agrupadas en una materia optativa. Lo más frecuente es encontrarlo junto con el Derecho internacional privado. Esto significa que el candidato que elige esta materia como optativa debe estar preparado tanto en Derecho internacional privado como en Derecho comparado. Entonces, los examinadores, sabiendo muy bien que el Derecho comparado es una materia muy amplia, casi siempre nos limitamos a preguntas sobre Derecho internacional privado.

Como consecuencia de todo esto, constatamos que en los exámenes estatales no son frecuentes deberes y preguntas tocando cuestiones de Derecho comparado. De mi experiencia personal diría que de cien candidatos no habrá más de tres que realmente se examinarán en Derecho comparado, y en ningún caso la nota en Derecho comparado tendrá mucha importancia para el resultado total (formado del promedio de las notas individuales).

### III

Como siempre, esta situación es producto de un proceso histórico que es interesante trazar brevemente, y me limito al Derecho civil donde las líneas son más claras. Confluyen en la situación actual del Derecho comparado en Alemania dos factores, que en el fondo son contrarios.

A. Uno es la tradición alemana de Derecho comparado. El estudio del Derecho comparado tiene antecedentes antiguos en Alemania.

1. Una causa de ello la encontramos en la historia del siglo diecinueve. Nuestro código civil, el BGB, tiene ahora casi exactamente un siglo de vigencia, porque entró en vigor el primer día del siglo ahora ya pasado, es decir el 1 de enero de 1900. Ese código fue legislado expresamente para dar a todo el país una ley uniforme sobre la materia. Se podría decir que antes los alemanes estaban obligados a practicar el Derecho comparado dentro del mismo «Imperio alemán».

Pues la historia de Alemania, contrastando muy claramente con la de Francia y también la de España, pero semejante a la de Italia, es la historia de un país dividido. En Alemania, durante la mayor parte del siglo diecinueve —como aún más en los siglos anteriores— había docenas, a principios de siglo hasta más de doscientos estados individuales (reinos, principados, ducados, condados, etc., hasta tiempos napoleónicos incluso obispados), y aún en la fase preparativa del BGB contamos más de veinte estados unidos en el

imperio alemán, con –es verdad– una clara y creciente preponderancia de Prusia que a finales de siglo ocupaba más de dos terceras partes del territorio. (Austria ya era independiente desde el derrumbe del Viejo Imperio a principios de siglo).

Como consecuencia de esto, notamos una correspondiente pluralidad de regímenes jurídicos. En Prusia encontramos el ALR (Allgemeines Landrecht), un código del siglo dieciocho inspirado de la época de la ilustración (como lo fue también el «Code civil» francés que –sea dicho aparte– a su vez tenía fuerza de ley en alguna parte occidental de Alemania hasta 1900 –huella de las guerras napoleónicas). En otras partes, regían otros códigos o cuerpos de ley consuetudinaria, algunos de ellos muy antiguos. Pero la fuente de ley más importante de todas era el Derecho romano tal como había sido elaborado por los juristas norte-italianos en la edad media y como fue recibido después por los juristas alemanes como «ratio scripta» en Alemania. Se le reconoció fuerza de norma subsidiaria en todo el territorio de Alemania. Es decir: siempre y cuando una cuestión jurídica no era resuelta por una de las leyes modernas, se aplicaba el Derecho romano, y como en algunas partes no existían estas leyes modernas, eran las vetustas reglas romanas las únicas que regulaban toda la materia del derecho civil.

Por consiguiente, los juristas alemanes del siglo diecinueve siempre tenían que operar en varios sistemas jurídicos, sea porque a falta de una regulación moderna tenían que orientarse por el derecho romano, sea porque transcendían las fronteras de su recinto regional, muchas veces bastante pequeño. De ahí que no extrañe que los protocolos sobre la redacción del proyecto de ley que finalmente fue el BGB, estén llenos, se podría decir, de estudios de Derecho comparado interno en el sentido de que se refieren a las leyes aplicables en las distintas partes del Imperio, las analizan y las aceptan o rechazan como modelos para el futuro código alemán.

2. En el siglo veinte, el estudio y la cultura del Derecho comparado en Alemania tenía otros motivos y otros objetos. En la primera mitad del siglo, el motivo más fuerte era más bien de orden teórico. Pues el Derecho comparado en cierto sentido se puede concebir como una antropología particular, es decir una rama especial de la ciencia del hombre, de la especie humana, dedicado al fenómeno típicamente humano que es el derecho. Pero ya en aquellos tiempos el crecimiento del comercio internacional daba lugar a estudios sobre la factibilidad de una ley uniforme sobre la compraventa comercial –iniciativa que decenios más tarde terminó en un convenio internacional transformado en ley nacional en muchos países, como por ejemplo en España y en la misma Alemania.

El autor de este estudio merece ser mencionado, porque no sólo escribió la obra maestra «*Recht des Warenkaufs*» (El Derecho de compraventa de mercancías), que marcó el comienzo de este proyecto. Además, se le puede llamar fundador del método moderno de Derecho comparado en Alemania, y quizás también en algún otro país. Este personaje era Ernst Rabel, nacido en Viena en 1874, a su tiempo profesor en Munich y después en Berlín. Además de muchas otras actividades, fundó el Instituto de Derecho Comparado, que tras una larga trayectoria se estableció en Hamburgo como Instituto Max Planck de Derecho Internacional Privado y de Derecho Civil Extranjero, donde todavía está, y donde quizás alguno de ustedes disfrutará algún día de su excelente biblioteca y de su ambiente de investigación. Muchos de los que hoy son profesores de Derecho comparado han comenzado su carrera allí, de asistentes.

Si queremos sintetizar la contribución más importante de Rabel al método del derecho comparado en una sola frase, podemos decir que estaba en algo que hoy casi nos parece un lugar común, a saber el insistir en la necesidad de tomar en cuenta no sólo los mismos textos de ley, ni tampoco sólo la jurisprudencia que los aplica, ni sólo el entorno jurídico de cada norma, sino del entorno social y económico en que cada norma opera. Voy a dar una pequeña prueba de ello más tarde.

Estos factores pueden explicar la tradición alemana del estudio del derecho comparado y el que aparezca en el programa de nuestros cursos.

B. Por otra parte, ya conocemos el factor que explica por qué en la actualidad la enseñanza del derecho comparado se desarrolla más bien en un cuadro restringido. Es el influjo estatal, extra-universitario en la formación del futuro jurista, que también se explica por nuestra historia.

Como he explicado antes, la carrera universitaria de un joven jurista paradójicamente no termina con un diploma universitario sino con un diploma estatal, el «Referendar». (El título de doctor, que habrá conseguido aproximadamente la sexta parte de los profesionales, tiene valor formal sólo para la carrera universitaria. Que lo obtengan no solo futuros profesores se explica por el hecho de que también da cierta reputación que es valorada por la clientela de abogados y por muchas empresas al emplear juristas).

Se ha dicho que esta situación —una carrera universitaria que no se concluye sino por un examen extra-universitario— es única en Europa. (Sea dicho aparte que no es menos única la situación de un país en que teóricamente cualquiera, nada más haber terminado sus

estudios universitarios acumulando los créditos necesarios, pueda abrir un bufete de abogado.)

La causa de esta situación también se encuentra en la historia, esta vez la de Prusia. Si pasamos por alto muchos detalles, podemos decir que todavía en la primera mitad del siglo diecinueve, en las universidades alemanas se enseñaba exclusivamente lo que nosotros solemos llamar «el Derecho común», es decir el Derecho romano en la forma recibida por los juristas medievales y sus descendientes. Esto reflejaba cada año menos la realidad jurídica en muchas partes de Alemania, sobre todo en Prusia. En Prusia ya desde 1794 era aplicable el «ALR» (Allgemeines Landrecht) y además una pluralidad de otras leyes en las regiones que Prusia seguía conquistando y anexionando continuamente. En esta situación se hizo sentir con agudeza particular la necesidad de un cuerpo de funcionarios judiciales y administrativos homogéneo y bien preparado para la práctica, y no menos de abogados que debían preparar el terreno para la actuación de los funcionarios. Así se explica que, rompiendo con todas las tradiciones, se instaló en Prusia, ya a principios del siglo diecinueve, un sistema que fundamentalmente es el mismo que tenemos hoy en todos los estados de la República Federal de Alemania. En este sistema está supeditado el acceso a prácticamente todas las profesiones jurídicas a un diploma extendido por el Estado a base de exámenes estatales. El primero de estos exámenes lógicamente era, y todavía es, concebido no como examen final, sino como examen de entrada a una fase preparativa de servicio público. Sólo el segundo es un examen final concluyendo esta fase preparativa de una carrera como funcionario público.

Oyendo esto, nos preguntamos cuál podría ser, en un sistema estatal como éste, el papel de la enseñanza universitaria, si no sería totalmente inútil, incluso una pérdida de tiempo. Pues lo interesante—incluso para nuestro tiempo— es, que los responsables prusianos no lo veían así. Opinaban que no había como el Derecho romano para aprender los mismos fundamentos y la metodología del Derecho cuyo conocimiento y maestría se consideraba condición previa para el aprendizaje del Derecho vigente. Es por eso que no se suprimió sencillamente la fase universitaria como etapa obligatoria de la formación del jurista, lo que hubiera sido muy factible y para lo cual existía ya desde siglos el ejemplo de Inglaterra. A mi parecer, esta opinión de juristas eminentemente prácticos merece toda nuestra atención, incluso para el tema del estudio de Derecho comparado que también es un objeto excelente para adquirir la soltura y habilidad necesarias para aplicar las normas del Derecho vigente.

#### IV

Volvamos a la situación en las universidades de hoy. De lo dicho se podría deducir que en la enseñanza del Derecho el Derecho comparado no puede jugar sino un papel marginal. Afortunadamente, no es así. Si los ministerios de justicia, por motivos comprensibles pero en mi opinión no válidos a largo plazo, no dan la importancia necesaria a conocimientos del Derecho extranjero y del Derecho comparado, afortunadamente muchos alumnos tienen una perspectiva más clara de su propio futuro y se dan perfectamente cuenta de que el ámbito en que ellos van a actuar como profesionales imprescindiblemente será internacional. Este interés se manifiesta en que bastantes alumnos acuden regularmente a las clases de Derecho extranjero y comparado —más que a muchas clases en materias especiales como por ejemplo el derecho de seguros—. En cuanto a los profesores, no hace falta explicarles la importancia del estudio del Derecho comparado.

A. Según la última encuesta que conozco, el escenario del Derecho comparado en el plan de estudios de las facultades alemanas de Derecho es el siguiente. Por medio, en cada facultad se dan un poco más de diez horas semanales en la materia en cada semestre, que suele durar, en invierno, catorce, y en verano, doce semanas. Pero eso es un promedio. No puede ocultar diferencias regionales importantes. Por ejemplo, en Saarbrücken y Berlín, la cifra es de 30 horas semanales, mientras que en otras universidades, no son más que dos o tres horas. Si profundizamos el análisis, vemos que cada uno de los cursos que acumulados dan estas cifras totales, normalmente son de dos o tres horas semanales. Tres cuartos de ellos son cursos normales, es decir que se dan en forma fundamentalmente de monólogo y —estamos en Alemania— no hay exámenes de ninguna forma. Casi un cuarto son seminarios —es decir, son cursos para alumnos ya avanzados en que se discuten materias especiales, a base de trabajos escritos por los participantes y presentados en las mismas sesiones por sus autores. Estos trabajos escritos son revisados y calificados con notas.

B. Si analizamos las materias tratadas en estos cursos, volvemos a ver los dos aspectos del Derecho comparado de que hablamos al principio, es decir por una parte, el estudio de los derechos extranjeros, y por otra, el Derecho comparado en sentido estricto, es decir, la misma comparación de la estructura, del «espíritu», de la historia o bien de concretas reglas o fenómenos de los varios derechos enfocados concretamente.

1. La mayor parte de cursos se dedica a lo primero, es decir a algún derecho extranjero, sobre todo al derecho civil. Los países que más se estudian son los EE.UU., Inglaterra y Francia. Serán pocas las facultades en que en un período de, digamos, dos años no haya curso de Derecho norteamericano, inglés o francés. También, en regiones limítrofes, encontramos cursos sobre el derecho de los vecinos del otro lado de la frontera. El caso más conocido será la universidad de Saarbrücken, situada inmediatamente a la frontera francesa, donde se puede hasta obtener un diploma de Derecho francés (pero desde hace poco lo mismo es posible por ejemplo en mi propia universidad de Francfort del Meno, gracias a un convenio de intercambio con la universidad de Lyon). También es notable la situación en la universidad de otro Francfort menos conocido, es decir de Francfort del Oder en la frontera oriental, donde el estudio del Derecho polaco es intenso.

2. En cuanto al Derecho comparado en sentido estricto, se dan con menos frecuencia cursos dedicados exclusivamente a él. Pero allí también el alumno que quiera tendrá bastante oportunidad de asistir en alguna etapa de su carrera. Además todo curso de Derecho extranjero también es, hasta cierto punto inevitablemente, un curso de Derecho comparado en sentido estricto, porque casi no es posible ocuparse de derechos extranjeros sin que en cada momento se compare la situación extranjera con la correspondiente en el propio derecho. Creo que esto es un mecanismo psicológico casi automático, y además es una forma muy buena de memorizar lo aprendido, tanto del Derecho extranjero como del propio.

3. En cuanto al método didáctico, se discuten algunas alternativas, sobre todo si realmente es una buena práctica dar cursos separados de Derecho extranjero, si no debieran los profesores integrar ya en sus cursos de derecho nacional suficientes informaciones sobre los ordenamientos jurídicos extranjeros. Así, se dice, los estudiantes se verían constantemente confrontados con alternativas a las soluciones adoptadas por el derecho nacional y adquirirían desde un principio una perspectiva más amplia y una actitud más independiente frente al derecho nacional. Mi opinión personal es que esto es sencillamente pedir demasiado, tanto de los profesores como de los estudiantes. Ningún profesor puede tener los conocimientos necesarios para alcanzar en serio este ideal en más que materias muy especiales, y los alumnos ya tienen bastantes dificultades en captar el sistema del Derecho nacional. Hay más: como cada orden jurídico digno de esa denominación es un sistema donde cada regla está relacionada con otras, incluso de Derecho procesal, es imprescindible para su comprensión tener presente en cada momento esta misma conexión, es decir, el sistema de cada derecho



en su totalidad. Presentar pequeños bocadillos de Derecho extranjero aquí y allá en cada curso de Derecho nacional no puede dejar de crear impresiones falsas. No quiero decir con esto que no tenga sentido estudiar las distintas soluciones que dan diversos derechos a iguales o semejantes problemas sociales o económicos, como por ejemplo la responsabilidad por el deterioro del medio ambiente o la reacción a las formas de incumplimiento de contratos, o la filiación extramatrimonial. Pero esto se hace mejor en grupos pequeños y en forma de diálogo, es decir en seminarios.

## V

Finalmente, vamos a ocuparnos de la cuestión fundamental. ¿Cuáles son los motivos de dedicar cierta parte de nuestro tiempo escaso y precioso al estudio del Derecho comparado?

Dejo al lado el motivo más puro y convincente, que es nada más que la curiosidad, la curiosidad que está al fondo de toda ciencia, este estímulo que nos pica, que en este caso nos motiva a preguntar como están las cosas al otro lado de los Pirineos, o del Océano, etc. Me limito a los motivos más reflejados, conscientes y racionales. Pues ¿para qué sirve el Derecho comparado? Sirve para mucho.

A. Tomamos primero el mero conocimiento del Derecho extranjero.

1. Siempre ha sido útil para el abogado que debe asesorar a sus clientes, y mucho más hoy en día con una clientela con más y más conexiones internacionales de toda índole y grandes bufetes especializados al servicio de esta clientela. Podríamos pasar mucho tiempo citando múltiples ejemplos, pero no será necesario. Creo que la globalización ya no sólo de los mercados, incluso del mercado de trabajo, sino de nuestra vida cotidiana, es una realidad evidente, la queramos o no.

2. También muchos jueces pueden verse obligados a informarse sobre detalles de algún derecho extranjero porque en un caso concreto el propio Derecho internacional privado ordena la aplicación no del Derecho material nacional, sino del Derecho nacional de una parte extranjera.

3. Hay más: en tiempos de la Europa comunitaria y en particular, de un legislador de hecho que ya no reside ni en Madrid ni en Berlín sino en Bruselas, los juristas europeos confrontamos un número creciente de leyes nacionales cuyo contenido es igual a través de la Europa comunitaria, porque obedece a directivas de la

Unión Europea. Citamos como ejemplos sólo la ley española sobre venta a distancia, la ley sobre condiciones generales de contrato, las reglas sobre responsabilidad por productos defectuosos...

Esta legislación nunca podría alcanzar su fin de unificar el Derecho privado en Europa, si las leyes después de su entrada en vigor se aplicaran de modo distinto en cada país. Para evitar eso, los jueces en los países de Europa, cuando apliquen e interpreten una ley de este tipo, forzosamente deberán tener en cuenta su aplicación en los otros países de Europa. Las implicaciones para la enseñanza del Derecho creo que son evidentes. Lo mismo vale, por consiguiente, para los abogados cuando preparan un pleito. (Aquí hay algunos problemas técnicos en los que no podemos entrar ahora. Pues el Tribunal Europeo en Luxemburgo sólo puede decidir sobre si el derecho nacional es conforme con la directiva. Por esta vía puede, sólo indirectamente, influir en la aplicación uniforme de las leyes uniformes).

B. Si pasamos al derecho comparado en sentido estricto, es decir a la misma comparación de derechos, su valor práctico puede parecer menos obvio, y es verdad que en la práctica de todos los días la necesidad de comparar normas de países distintos no se presenta muy a menudo. Sin embargo cabe recordar, para los enterados, que en el Derecho internacional privado el acto de «calificación» forzosamente presupone un juicio sobre la función que tiene un cierto fenómeno del Derecho extranjero aplicable y enseguida una comparación de esta función con el fenómeno que parece corresponderle en el Derecho nacional. Esto es puro Derecho comparado. También se puede pensar en una empresa internacional que piensa montar una fábrica, una sede social, o ambas, en un país o alternativamente en otro. El entorno legal que esta empresa encuentra en cada país es un factor importante de producción, incluso de coste. El comparar las ventajas y desventajas de establecerse en un país u otro requiere un estudio muy concreto de Derecho comparado. Existe ya una literatura dedicada a estos fines.

Por lo demás, el estudio del Derecho comparado tiene efectos beneficiosos no tanto inmediatos pero sí a largo y medio plazo. La utilidad de estos estudios para el foro nacional está en que muchas veces llegamos a una mejor comprensión de nuestro propio Derecho si, analizando el acceso diferente al mismo problema social que adopta el Derecho extranjero, nos damos cuenta de lo que le es propio y de sus ventajas y desventajas. Aquí también sería fácil aducir múltiples ejemplos. La prueba contundente de esta utilidad es que el legislador –que en la realidad suele ser un equipo de expertos en el Ministerio de Justicia– en muchos países, y por cier-

to en Alemania, cuando se está proyectando una nueva ley, casi siempre comienza sus deliberaciones con un análisis de la regulación relativa al mismo problema en otros países. Pues siempre se puede aprender de otros, aunque sólo fuera de sus malas experiencias, y felizmente las ideas de un legislador nunca están patentadas. Pero eso no quita que casi nunca sea aconsejable transportar sencillamente una regla, tal y como está, de un país a otro. Si algo funciona muy bien en EE.UU., no hay garantía de que funcione igualmente en España o Alemania, y mucho menos en China. Siempre hay que tomar en cuenta el entorno legal, social y económico. Pero esto ya lo hemos visto antes, y no hace más que subrayar la necesidad de una orientación suficientemente amplia de todo estudio de Derecho comparado. Y como los funcionarios de los ministerios no pueden hacer todo este trabajo a solas, siempre queda mucho que hacer para todos los que estamos interesados en el funcionamiento eficaz del legislador y capaces de contribuir con comentarios de Derecho comparado.

Finalmente, si digo legislador, estoy pensando también en el legislador de hecho, el europeo, en Bruselas. Él también debe actuar y efectivamente actúa, y con mucho más motivo que un legislador nacional, a base de análisis de Derecho comparado. Pues para los que preparan las directivas europeas buscando la mejor solución para tantos países, es imprescindible conocer el terreno en que operan, es decir las reglas ya existentes relativas a la materia. Eso, para todos nosotros, abre un campo de trabajo inmenso. Pues la unificación del Derecho civil de las naciones de Europa, que ya ha comenzado hace tiempo, continuará. Que la queramos o no, tiene la lógica de un proceso histórico.

Puede ser que cuando ese proceso haya logrado su fin, ya no exista ningún objeto para una comparación de regímenes de Derecho civil dentro de Europa. Pero esta es una perspectiva que no quita el sueño, ni aún creo que verán ustedes este fin del proceso. Además entonces, si no antes, habrá motivo de darse cuenta de que Europa no es más que una parte muy pequeña del mundo.

# CRÓNICA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA COMUNITARIAS

**SANTIAGO ÁLVAREZ GONZÁLEZ**

Catedrático de Derecho internacional privado

## I. LEGISLACIÓN

### A) NORMATIVA VIGENTE

#### ACTIVIDAD DE ENTIDADES DE CRÉDITO

1. **Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de marzo de 2000, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio. DOCE, L, núm. 126, de 26 de mayo de 2000.**

El contenido sumario de esta importante directiva es el siguiente: *Título I: Definiciones y ámbito de aplicación:* definiciones; ámbito de aplicación; prohibición de la actividad de recepción de depósitos u otros fondos reembolsables del público por empresas que no sean entidades de crédito. *Título II: Condiciones de acceso a la actividad de las entidades de crédito y su ejercicio:* autorización; capital inicial; responsables de la dirección y localización de la administración central de las entidades de crédito; accionistas y socios; programa de actividades y estructura de la organización; necesidad económica; denegación de la autorización; notificación de la autorización a la Comisión; consulta previa a las autoridades competentes de otros Estados miembros; sucursales y entidades de crédito autorizadas en otro Estado miembro; retirada de la autorización; denominación; participación cualificada en una entidad de crédito; organización y procedimientos de control interno. *Título III: Disposiciones relativas a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios:* entidades de crédito; entidades financieras; ejercicio del derecho de establecimiento; ejercicio de la libertad de prestación de servicios; poderes de las autoridades competentes del Estado miembro de acogida. *Título IV: Relaciones con terceros países:* notificación de las filiales de empresas de terceros países y de las condiciones de acceso a los mercados de estos países; sucursales de entidades de crédito que tengan su domicilio social fuera de la Comunidad; cooperación en materia de supervisión sobre una base consolidada con las autoridades competentes de terceros países. *Título V: Principios e instrumentos técnicos de supervisión prudencial:* competencia de control del Estado miembro de origen; competencias del Estado miembro de acogida; cooperación en materia de supervisión; verificación sobre el terreno de las sucursales establecidas en otro Estado miembro; intercambios de información y secreto profesional; obligación de las personas encargadas de la auditoría legal de las cuentas anuales y consolidadas; facultad sancionadora de las autoridades competentes; recurso jurisdiccional; Instrumentos técnicos de la supervisión prudencial: fondos propios, coeficiente

de solvencia, grandes riesgos, participaciones cualificadas fuera del dominio financiero. *Título VI: comité Consultivo Bancario: composición y funciones del Comité consultivo bancario; examen de las condiciones de la autorización; relaciones de observación. Título VII: Poderes de ejecución. Título VIII: Disposiciones transitorias y finales.*

#### CONSUMIDORES

### 2. **Decisión de la Comisión de 4 de mayo de 2000, por la que se crea un Comité de los consumidores.** DOCE, L, núm. 111, de 9 de mayo de 2000.

Por la presente Decisión la Comisión crea un Comité de los consumidores compuesto por representantes de organizaciones nacionales y europeas de consumidores. La Comisión podrá consultar al Comité sobre cualquier problema relacionado con la protección de los intereses de los consumidores a escala comunitaria. La Decisión se encarga fundamentalmente de señalar la composición y el modo de integrar a los distintos miembros, que lo serán por tres años renovables y sin derecho a remuneración.

#### FIRMA ELECTRÓNICA

### 3. **Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica.** DOCE, L, núm. 13, de 19 de enero de 2000.

Vid. la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un marco común para la firma electrónica, en el núm. 32 de la Crónica aparecida en el ADC, 1999, fascículo I; el Dictamen del Comité Económico y Social, en el núm. 20 de la Crónica aparecida en ADC, 1999, fascículo III; y la Posición común (CE) núm. 28/1999, aprobada por el Consejo el 28 de junio de 1999, en el núm. 32 de la Crónica anterior. Además vid. el Real Decreto-Ley 14/1999, de 18 de septiembre (BOE, núm. 224, de 18 de septiembre), convalidado el 27 de octubre y que, además, se está tramitando como Proyecto de Ley (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, 29 de octubre de 1999, núm. 188-1).

La comunicación y el comercio electrónicos requieren *firmas electrónicas* y servicios conexos de autenticación de datos. La heterogeneidad normativa en materia de reconocimiento legal de la firma electrónica y acreditación de los proveedores de servicios de certificación entre los Estados miembros podría entorpecer gravemente el uso de las comunicaciones electrónicas y el comercio electrónico. Por ello, se ha considerado preciso promover la interoperabilidad de los productos de firma electrónica; de conformidad con el artículo 14 del Tratado, el mercado interior implica un espacio sin fronteras interiores en el que está garantizada la libre circulación de mercancías. Deben satisfacerse los requisitos esenciales específicos de los productos de firma electrónica a fin de garantizar la libre circulación en el mercado interior y fomentar la confianza en la firma electrónica.

En este contexto, la firma electrónica despliega un doble orden de efectos: por una parte, es generatriz de un *mercado de nuevos servicios y produc-*

*tos relacionados* con ella o que la utilicen. La definición de dichos productos y servicios no debe limitarse a la expedición y gestión de certificados, sino incluir también cualesquier otros servicios o productos que utilicen firmas electrónicas o se sirvan de ellas, como los servicios de registro, los servicios de estampación de fecha y hora, los servicios de guías de usuarios, los de cálculo o asesoría relacionados con la firma electrónica. Los proveedores de servicios de certificación deben tener libertad para prestar sus servicios sin autorización previa. La autorización previa implica no sólo el permiso que ha de obtener el proveedor de servicios de certificación interesado en virtud de una decisión de las autoridades nacionales antes de que se le permita prestar sus servicios de certificación, sino también cualesquier otras medidas que tengan ese mismo efecto. Los servicios de certificación pueden ser prestados tanto por entidades públicas como por personas físicas o jurídicas cuando así se establezca de acuerdo con el Derecho nacional. Los Estados miembros no deben prohibir a los proveedores de servicios de certificación operar al margen de los sistemas de acreditación voluntaria; ha de velarse por que los sistemas de acreditación no supongan mengua de la competencia en el ámbito de los servicios de certificación.

Por otro lado, están los efectos derivados de la propia *utilización de la firma electrónica*. En este marco, la Directiva no pretende armonizar las legislaciones nacionales sobre contratos, en particular por lo que respecta al perfeccionamiento y eficacia de los mismos, ni tampoco otras formalidades de naturaleza no contractual relativas a la firma; por dicho motivo, las disposiciones sobre los efectos legales de la firma electrónica deberán entenderse sin perjuicio de los requisitos de forma establecidos por las legislaciones nacionales en materia de celebración de contratos, ni para las normas que determinan el lugar en que se considera celebrado un contrato. Su utilización será también de suma importancia en el sector público, por ejemplo en la contratación pública, la fiscalidad, la seguridad social, la atención sanitaria y el sistema judicial.

El articulado de la Directiva va dando respuesta a alguno de estos objetivos. La sucinta enumeración que sigue es buena prueba de ello.

De conformidad con su artículo 1, la Directiva tiene por finalidad facilitar el uso de la firma electrónica y contribuir a su reconocimiento jurídico, creando un marco jurídico para la firma electrónica y para determinados servicios de certificación con el fin de garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior. Como hemos señalado, la Directiva no regula otros aspectos relacionados con la celebración y validez de los contratos u otras obligaciones legales cuando existan requisitos de forma establecidos en las legislaciones nacionales o comunitaria, ni afectan a las normas y límites, contenidos en las legislaciones nacionales o comunitaria, que rigen el uso de documentos.

Entre las numerosas definiciones que la Directiva contempla, es preciso señalar que se entenderá por «firma electrónica», los datos en forma electrónica anejos a otros datos electrónicos o asociados de manera lógica con ellos, utilizados como medio de autenticación; por «firma electrónica avanzada»: la firma electrónica que cumple los requisitos siguientes: a) estar vinculada al firmante de manera única; b) permitir la identificación del firmante; c) haber sido creada utilizando medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control; d) estar vinculada a los datos a que se refiere de modo que cualquier cambio ulterior de los mismos sea detectable; por «firmante», la persona que está en posesión de un dispositivo de creación de firma y que actúa en

su propio nombre o en el de la entidad o persona física o jurídica a la que representa; por «proveedor de servicios de certificación», la entidad o persona física o jurídica que expide certificados o presta otros servicios en relación con la firma electrónica;

En relación con el acceso al mercado de los proveedores, los Estados miembros no condicionarán la prestación de servicios de certificación a la obtención de autorización previa; si bien podrán establecer o mantener sistemas voluntarios de acreditación destinados a mejorar los niveles de provisión de servicios de certificación. En todo caso, velarán por que se establezca un sistema adecuado que permita la supervisión de los proveedores de servicios de certificación establecidos en su territorio y siempre podrán supeditar el uso de la firma electrónica en el sector público a posibles prescripciones adicionales.

El artículo 5 de la Directiva regula los *efectos jurídicos* de la firma electrónica con varios mandatos genéricos a los Estados miembros, que habrán de procurar que la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y creada por un dispositivo seguro de creación de firma satisfaga el requisito jurídico de una firma en relación con los datos en forma electrónica del mismo modo que una firma manuscrita satisface dichos requisitos en relación con los datos en papel; y sea admisible como prueba en procedimientos judiciales. Asimismo, los Estados miembros deberán adaptar sus legislaciones para que no se niegue eficacia jurídica, ni la admisibilidad como prueba en procedimientos judiciales, a la firma electrónica por el mero hecho de que: ésta se presente en forma electrónica, o no se base en un certificado reconocido, o no se base en un certificado expedido por un proveedor de servicios de certificación acreditado, o no esté creada por un dispositivo seguro de creación de firma.

En relación a otro de los aspectos sensibles, el de la protección de los datos personales, el artículo 8 ordena el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos; debiendo velar por que los proveedores de servicios de certificación que expidan al público certificados únicamente puedan recabar datos personales directamente del titular de los datos o previo consentimiento explícito de éste, y sólo en la medida necesaria para la expedición y el mantenimiento del certificado. Los datos no podrán obtenerse o tratarse con fines distintos sin el consentimiento explícito de su titular.

## TRATADOS OMPI

### **4. Decisión del Consejo, de 16 de marzo de 2000, relativa a la aprobación en nombre de la Comunidad Europea, del Tratado de la OMPI sobre derecho de autor y del Tratado de la OMPI sobre interpretaciones o ejecuciones y fonogramas. DOCE, L, núm. 89, de 11 de abril de 2000.**

El Consejo de la Unión Europea considera que el Tratado OMPI sobre derecho de autor y el Tratado OMPI sobre interpretaciones o ejecuciones y fonogramas, adoptados en Ginebra el 20 de diciembre de 1996, contribuyen a garantizar un nivel de protección equilibrado de las obras y otras materias,

que ya ha sido objeto de regulación comunitaria a través de diversas directivas, por lo que considera pertinente la incorporación a la Comunidad de estos dos textos que se adjuntan anexos a la presente Decisión.

#### TRIBUNAL DE JUSTICIA

- 5. Modificación del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, de 16 de mayo de 2000. DOCE, L., núm. 122, de 24 de mayo de 2000.**

#### B) PROPUESTAS, PROYECTOS TRABAJOS LEGISLATIVOS

##### COMERCIO ELECTRÓNICO

- 6. Posición común (CE) núm. 22/2000, aprobada por el Consejo el 28 de febrero de 2000, con vistas a la adopción de la Directiva 2000/.../CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de ..., relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el *comercio electrónico en el mercado interior* (Directiva sobre el comercio electrónico). DOCE, C, núm. 128, de 8 de mayo de 2000.**

Vid. los núms. 17 y 17 de la Crónica anterior y el núm. 15 de la Crónica aparecida en el ADC, 1999, fascículo III.

##### COMPETENCIA

- 7. Dictamen del Comité Económico y Social sobre el «XXVIII Informe sobre la política de competencia (1998)». DOCE, C, núm. 51, de 23 de febrero de 2000.**

El XXVIII Informe sobre la política de la competencia reviste en opinión del CES una gran importancia no sólo porque denota una excepcional actividad administrativa y normativa de la Comisión, sino también porque pone de manifiesto, tanto en las acciones como en las iniciativas, la nueva orientación y el cambio que son característicos de la nueva política de competencia comunitaria. Son dos las claves de lectura de este informe de 1998: la primera es la «modernización», la segunda la «cooperación»: ambas claves son las dos líneas de fuerza de la visión prospectiva que la comisión plantea como hipótesis para una nueva política de competencia.

- 8. Dictamen del Comité Económico y Social sobre el «Reglamento de la Comisión» relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas. DOCE, C, núm. 51, de 23 de febrero de 2000.**

El Reglamento ya ha sido publicado en la serie L del DOCE. Vid. el núm. 3 de la Crónica anterior.



9. **Dictamen del Comité Económico y Social sobre el «Libro Blanco» sobre la modernización de las normas de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE. DOCE, C, núm. 51, de 23 de febrero de 2000.**

El CES considera que el Libro Blanco (del que dimos información en el núm. 11 de la Crónica aparecida en el núm. 11 del ADC, 1999, fascículo III) contempla una reforma justificada y válida, aunque señala también la existencia de riesgos que es preciso superar mediante un programa preciso de medidas preparatorias y de acompañamiento.

El CES apunta en el presente Dictamen algunas medidas concretas, necesarias e incluso de carácter prejudicial, así como una serie de sugerencias más generales, pero igualmente importantes para la puesta en marcha de la reforma. Estas medidas deberían garantizar, en concreto: la existencia de condiciones adecuadas para efectuar una descentralización eficaz; la salvaguarda de la unidad y coherencia del sistema y de la primacía del Derecho comunitario y, por último, la mayor seguridad jurídica posible.

10. **Dictamen del Comité Económico y Social sobre el «Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo» sobre la aplicación del Reglamento núm. 3932/92 de la Comisión relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 (ex apartado 3 del artículo 85) del Tratado a determinadas categorías de *acuerdos, decisiones y prácticas concertadas* en el sector de los seguros. DOCE, C, núm. 51, de 23 de febrero de 2000.**

El CES constata que este régimen responde a una necesidad y, como evidencia la diversidad de las condiciones de la oferta de seguros, no ha conducido a una pérdida de competitividad. Por este motivo, el informe debería incitar a que se continúe en la vía abierta por los reglamentos e inspirar a las autoridades nacionales, cuyo papel será, sin duda, más importante en los años venideros.

11. **Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las *ayudas estatales otorgadas en forma de garantía*. DOCE, C, núm. 71, de 11 de marzo de 2000.**

La presente comunicación explica el planteamiento de la Comisión sobre las ayudas estatales otorgadas en forma de garantía. Las garantías suelen estar vinculadas a un préstamo u otra obligación financiera contraída por un prestatario con un prestamista. No obstante, la presente comunicación abarca todos los tipos de garantía, independientemente de su fundamento jurídico y del tipo de transacción. Las garantías se pueden conceder de forma individual o dentro de un régimen de garantía. Si existe ayuda, ésta beneficiará normalmente al prestatario, aunque en ciertos casos también puede favorecer al prestamista.

12. **Proyecto de Reglamento de la Comisión sobre la aplicación del apartado 3 del artículo 81 a determinadas *categorías de acuerdos de investigación y desarrollo*. DOCE, C, núm. 118, de 27 de abril de 2000.**

Con arreglo al apartado 3 del artículo 81 del Tratado se declara inaplicable el apartado 1 del artículo 81 a los acuerdos celebrados entre dos o más empre-

sas sobre las condiciones en que aquéllas persigan: a) la investigación y desarrollo en común de productos o de procedimientos, así como la explotación en común de sus resultados; b) la explotación en común de los resultados obtenidos de la investigación y desarrollo de productos o de procedimientos, efectuadas en común en virtud de un acuerdo ratificado anteriormente por las mismas partes; c) la investigación y desarrollo en común de productos o procedimientos, con exclusión de la explotación en común de sus resultados.

Esta exención se aplicará en la medida en que los acuerdos de investigación y desarrollo contengan restricciones de la competencia comprendidas en el ámbito del artículo 81.1 del Tratado.

**13. Dictamen del Comité Económico y Social sobre el tema «Pluralismo y concentración en los medios de comunicación». DOCE, C, núm. 140, de 18 de mayo de 2000.**

Frente a los retos de la sociedad de la información ya la necesidad de garantizar los derechos fundamentales del individuo tales como la libertad de expresión y la libertad de información y de opinión, la protección de los menores de edad y de la dignidad humana, en particular la dignidad de la mujer, el Comité Económico y Social propone a las instituciones europeas que elaboren directrices que sean respetuosas con la exigencia de pluralismo respetando las diferencias de los Estados miembros. Dichas directrices podrán servir para completar el Derecho de competencia mediante un examen centrado en la dimensión social y la diversidad cultural de los medios de comunicación.

Dicha comunicación tendría como objetivo completar el Derecho de competencia insistiendo en la dimensión social y la diversidad cultural de los medios de comunicación, reforzando las garantías de pluralismo de los contenidos y programas del arco mediático e indicando, gracias a sus directrices, a los operadores de los grandes grupos de comunicación la vía que cabe seguir para preservar la diversidad y la riqueza de los contenidos accesibles al público.

#### COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

**14. Dictamen del Comité Económico y Social sobre la «Propuesta de Reglamento (CE) del Consejo» relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil. DOCE; C, núm. 117, de 26 de abril de 2000.**

Como observaciones generales, el CES se congratula por la sustitución del Convenio de Bruselas por una norma comunitaria como el proyectado reglamento, así como por la intención ya manifestada por el Reino Unido e Irlanda de aplicar este Reglamento.

El CES recalca que este reglamento no puede considerarse sino como una etapa en la creación de un verdadero espacio judicial común, que permita a los ciudadanos y las empresas poder hacer prevalecer y realizar sus deberes y sus derechos con seguridad jurídica plena.

El CES incide en la necesidad de procedimientos de recurso simples y rápidos, en la necesaria elaboración de un proyecto de título cautelar europeo, en particular en materias como reclamaciones alimentarias, retrasos de pagos,

retrasos de salarios, falta de pagos de salarios debidos a quiebra de empresas, etcétera; preconizando, también, una convergencia real de los derechos civiles y mercantiles en la Unión Europea.

El Dictamen se detiene singularmente en la adaptación del proyecto al comercio electrónico. El artículo 15 de la propuesta de Reglamento suscitó muy vivas preocupaciones entre los representantes de empresas y dio origen a una cierta polémica. Tal precepto recoge el artículo 13 del Convenio de Bruselas, que favorece la competencia del tribunal del lugar de domicilio del consumidor. La propuesta asimila una oferta de bienes y servicios en Internet a una propuesta o una publicidad según la fórmula empresa que «por cualquier medio, dirige tales actividades a dicho Estado o a varios Estados, incluido este último» (el del domicilio del consumidor).

El problema consiste en si, al proponer sus servicios por medios comerciales electrónicos, una empresa pretende o no extender deliberadamente su mercado más allá de su zona habitual de comercialización. La apertura sin límites de la oferta es una característica de la red Internet. Sin embargo, el hecho de poder ser demandado ante cualquier autoridad extranjera (de cualquier domicilio de cualquier consumidor) puede frenar el uso de Internet por las pequeñas empresas. La alternativa la expresa el CES en los siguientes términos: garantizar la mejor protección jurídica posible para sus ciudadanos, en relación con el desarrollo del comercio electrónico y sus riesgos y, a la vez, no frenar el uso de este medio de promoción para las empresas europeas (en particular las PYME).

El CES constata la falta de confianza recíproca que caracteriza las relaciones comercio/consumidores en esta nueva forma de distribución, por lo que considera prioritario que, con el apoyo de las autoridades europeas las partes interesadas establezcan mecanismos que permitan ampliar la confianza: códigos de buena conducta, «cibertribunal», recursos a la mediación, etc. Las medidas de este orden serán los mejores garantes del desarrollo efectivo del comercio electrónico y de su uso por empresas y consumidores. Esta perspectiva debe necesariamente llevarse al plano internacional.

El CES aconseja mantener el artículo 13 en su versión del Convenio de Bruselas con carácter general; sin embargo, en relación con el comercio electrónico la fórmula propuesta por el nuevo Reglamento no parece la apropiada para crear un clima de confianza entre las partes. El CES propone para este sector la fórmula de autorregulación, según la cual, sin cuestionar el acceso a la justicia, se incitarían a la instauración de dispositivos automáticos de recurso a la mediación, en particular para las pequeñas transacciones inferiores a un determinado importe, por ejemplo 2.500 euros. Las empresas deberían tener también la posibilidad, por un planteamiento activo de información a los consumidores, de limitar su ámbito de negocio a países determinados. En caso necesario podría considerarse un reglamento específico del sector que incluyera un fuerte incentivo a la medicación, dejando el recurso a la justicia como última solución.

El CES concluye su dictamen con un excursus sobre la necesidad de fomentar la solución extrajudicial de litigios en todos los ámbitos civiles y mercantiles, a través de la potenciación de los jueces de paz, tribunales de arbitraje, procedimientos de conciliación y mediación, etc.

## CONSUMIDORES

**15. Dictamen del Comité Económico y Social sobre la «Seguridad general de los productos». DOCE, C, núm. 51, de 23 de febrero de 2000.**

La Directiva sobre la seguridad general de los productos entró en vigor en junio de 1994. Esta preocupación por la seguridad se fundamentaba en el Tratado de la Unión Europea (art. 100 A) y se mantiene en el Tratado de Amsterdam (art. 153). En el artículo 16 de la Directiva sobre la seguridad general de los productos, se establece que la Comisión presentaría un informe sobre la experiencia adquirida, acompañada de propuestas adecuadas. Comoquiera que tal informe no existe hasta la fecha, el CES se propone acelerar el proceso de evaluación mediante un dictamen de iniciativa. Sus conclusiones ponen de manifiesto que una Directiva eficaz sobre la seguridad general de los productos, cuidadosamente revisada, resulta esencial para el funcionamiento adecuado y equilibrado del mercado interior. Es una medida protectora fundamental para los consumidores; al mismo tiempo resulta esencial para los productores y los proveedores, dado que proporciona un marco jurídico claro para todas las actividades mercantiles con respecto a los principios de comercio justo y competencia leal.

Es fundamental de cara a la protección de los consumidores que se lleve continuamente a cabo una revisión y, si fuera necesario, una actualización de la Directiva sobre la seguridad general de los productos. No obstante, es importante que las posibles modificaciones tengan siempre presentes las normas en vigor o en examen acerca de la responsabilidad civil relativa a los productos.

**16. Dictamen del Comité de las Regiones sobre la «Comunicación de la Comisión – Plan de acción sobre política de los consumidores 1999-2001». DOCE, C, núm. 57, de 29 de febrero de 2000.**

El Comité de las Regiones pone de manifiesto cómo la globalización de los mercados y el progreso tecnológico afectan cada vez de manera más global y continua al ámbito de los servicios y productos, así como a los métodos de comercialización. A la oferta de nuevos productos se une como hecho relevante, la circunstancia de que muchos de ellos no se producen en los Estados miembros en los que viven los consumidores ni en la propia Unión Europea. El Comité pone el acento en la necesaria protección que garantice un elevado nivel de salud y seguridad para los consumidores así como el respeto de sus intereses económicos.

## DIBUJOS Y MODELOS

**17. Dictamen del Comité Económico y Social sobre la «Propuesta modificada de Reglamento (CE) del Consejo» sobre los dibujos y modelos comunitarios. DOCE, C, núm. 75, de 15 de marzo de 2000.**

El objetivo que se pretende con esta normativa es la aplicación de un sistema de dibujos o modelos comunitarios por medio de un reglamento del Consejo y de una directiva sobre el tema. Mediante dicho reglamento sería posible crear un sistema jurídico (de dibujos o modelos comunitarios), simi-

lar a la legislación sobre las marcas comunitarias, que permitiera ofrecer protección jurídica en todos los Estados miembros a la representación de un objeto determinado, mediante la presentación de una sola solicitud.

El CES otorga una gran importancia a la entrada en vigor de la directiva sobre la protección jurídica de los dibujos y modelos y a la aplicación del reglamento adicional en el territorio de la Comunidad. La inexistencia de una legislación única en materia de protección de los dibujos y modelos es el motivo de que el registro de los modelos se haya convertido en un proceso lento y caro, ya que éste ha de seguir su curso en cada uno de los distintos países.

#### DINERO ELECTRÓNICO

18. **Posición común (CE) núm. 8/2000, aprobada por el Consejo el 29 de noviembre de 1999, con vistas a la adopción de la Directiva 2000/.../CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de..., sobre el acceso a la actividad de las entidades de *dinero electrónico* y su ejercicio así como la supervisión cautelar de dichas entidades. DOCE, C, núm. 26, de 28 de enero de 2000.**

Vid. la propuesta (DOCE, C, núm. 317, de 15 de octubre de 1998) en el núm. 31 de la Crónica aparecida en el ADC, 1999, fascículo I.

La Posición común sigue en sus líneas principales la propuesta de la Comisión. Al igual que ella, tiene por objeto establecer un equilibrio entre la necesidad de prever la integridad financiera de las entidades de dinero electrónico y la protección de los consumidores, así como la necesidad de garantizar que el desarrollo de los regímenes de dinero electrónico no sea obstaculizado por un exceso de reglamentación. En la Posición común, el balance se obtiene mediante la creación de un marco jurídico más exigente que el que propone la Comisión en algunas cuestiones y flexibilizando dicho marco en otras.

#### ETIQUETA ECOLÓGICA

19. **Posición Común (CE) núm. 6/2000, aprobada por el Consejo el 11 de noviembre de 1999, con vistas a la adopción del Reglamento (CE) núm. .../2000 del Parlamento Europeo y del Consejo de ..., relativo a un sistema comunitario revisado de concesión de *etiqueta ecológica*. DOCE, C, núm. 25, de 28 de enero de 2000.**

Vid. la Propuesta en DOCE C, núm. 117, de 12 de abril de 1997 (de la que dimos cuenta en el núm. 43 de la Crónica aparecida en ADC, 1997, fascículo III). Vid. también el Reglamento CE, núm. 331/2000 de la Comisión, de 17 de diciembre de 1999, por el que se modifica el anexo V del Reglamento (CEE) núm. 2092/91 del Consejo, sobre la producción agrícola ecológica y su indicación en productos agrarios y alimenticios. DOCE, L, núm. 48, de 19 de febrero de 2000. El objetivo del sistema comunitario de concesión de etiqueta ecológica consiste en promover productos que pueden reducir los efectos ambientales adversos en comparación con otros productos de la misma categoría, contribuyendo así a un uso eficaz de los recursos y a un elevado nivel de protección del medio ambiente.

## PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA

20. **Dictamen del Comité Económico y Social sobre la «Iniciativa de la República Federal de Alemania y de la República de Finlandia» con vistas a la adopción de un Reglamento del Consejo sobre *procedimientos de insolvencia*, presentada al Consejo, el 26 de mayo de 1999. DOCE, C, núm. 75, de 15 de marzo de 2000.**

La propuesta de Reglamento de que se trata recoge de forma textual las disposiciones del Convenio de Bruselas de 23 de noviembre de 1995 relativo a los procedimientos de insolvencia, a excepción del capítulo V, relativo a la interpretación por el Tribunal de Justicia. El objetivo de la iniciativa es acelerar la aplicación de dicho Convenio y hacer que sea directamente aplicable en los Estados miembros con el fin de mejorar los procedimientos de insolvencia que tengan repercusiones transfronterizas.

Aunque el CES considera que este texto, a pesar de las reservas que tiene, es preferible a una ausencia total de normativa sobre las quiebras con carácter internacional, destaca que sólo puede tratarse de una etapa hacia la elaboración de una normativa más completa y ambiciosa. En concreto, hay que continuar con los esfuerzos para lograr el reconocimiento de principio de unidad y universalidad de la quiebra. Es este sentido, el CES considera que el texto debería reformarse e introducir un refuerzo del procedimiento principal respecto de los procedimientos secundarios. Una orientación posible sería reforzar los poderes del síndico del procedimiento principal y prever posibilidades más amplias para lograr la suspensión de los procedimientos secundarios.

## PRODUCTOS DEFECTUOSOS

21. **Dictamen del Comité Económico y Social sobre el Libro Verde – *La responsabilidad civil por productos defectuosos*. DOCE, C, núm. 117, de 26 de abril de 2000.**

Comienza señalando el Dictamen que el Libro Verde representa la primera verdadera ocasión de evaluar el estado de aplicación de la Directiva 85/374/CE en la Unión Europea, ya que los retrasos que se han producido en las transposiciones nacionales no habían permitido esta evaluación.

Como conclusiones, estima el CES que el equilibrio coste/beneficio logrado por la Directiva de 1985 parece globalmente satisfactorio a pesar de las dificultades que plantea la comprensión de todos sus efectos. Estas dificultades se deben a los retrasos en la aplicación de la Directiva y a la evolución, no siempre similar, de los regímenes nacionales que rebasan las disposiciones comunes. Aunque no se puede descartar la posibilidad de una evolución de la Directiva europea en el futuro, debe darse la prioridad actualmente al mantenimiento del equilibrio general ya alcanzado, a una mejor observación de la aplicación de la Directiva y de la evolución de los regímenes nacionales, y a una política común de prevención más eficaz.

A tal fin, el CES recomienda a la Comisión la creación de un observatorio que pueda presentar un informe (a más tardar en el plazo de cinco años) relativo a la aplicación jurídica de la Directiva, la evolución y la jurisprudencia comparada en los Estados miembros, en particular en los ámbitos nuevos; la situación comparada en los países candidatos a la adhesión y en los países

del EEE; el impacto de esta situación jurídica y de su evolución en el funcionamiento del mercado interior.

El CES insiste también en que la Comisión impulse una política que incluya la actualización de los requisitos esenciales de seguridad mediante las directivas; la extensión y el refuerzo de las normas europeas; el desarrollo de las certificaciones y reconocimientos mutuos; el fomento de la códigos de conducta, disposiciones contractuales y campañas de promoción de la calidad y seguridad de los productos; y un mejor apoyo a las acciones de formación de todos los medios interesados.

#### PROTECCIÓN DE PERSONAS FÍSICAS Y TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES

22. **Dictamen del Comité Económico y Social sobre la «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo» sobre la *protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales* por las instituciones y los organismos de la Comunidad y sobre la libre circulación de esos datos. DOCE, C, núm. 51, de 23 de febrero de 2000.**

La propuesta de Reglamento consiste, de hecho, en la transposición a las instituciones y organismos comunitarios de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. (DOCE, L, núm. 281, de 23 de noviembre de 1995; de la que dimos cuenta en la Crónica aparecida en el núm. 1 del ADC, 1996).

El CES considera que una propuesta de esta índole representa un trabajo enorme que cabe acoger con satisfacción en vista de las importantes protecciones que propone. Sus límites hay que achacarlos a los propios de la Directiva de 1995, de la que la propuesta de Reglamento es una copia. Asimismo tiene muy en cuenta la necesidad de atender a los resultados de la evaluación prevista para el año 2001 de la aplicación de la Directiva.

#### TRATADOS OMPI

23. **Declaraciones sobre la Decisión 2000/278/CE del Consejo relativa a la aprobación, en nombre de la Comunidad Europea, del Tratado de la OMPI sobre derechos de autor y del Tratado de la OMPI sobre interpretaciones o ejecuciones y fonogramas, DOCE, C, núm. 103, de 11 de abril de 2000.**

Vid. el núm. 4 de la presente Crónica.

1. Declaración del Consejo y los Estados miembros en relación con el artículo 2:

El Consejo y los Estados miembros se informarán periódicamente del estado de los procedimientos de ratificación de los Tratados TDA y TF en los Estados miembros, de forma que el depósito de los instrumentos de celebración o de ratificación de la Comunidad y de sus Estados miembros se produzca simultáneamente. En caso de retraso importante, el Consejo y los Estados miembros estudiarán las medidas que deban adoptarse.

2. Declaración del Consejo, de la Comisión y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo en relación con el artículo 3.

Cuando las Asambleas traten cuestiones que afecten a los derechos y obligaciones de las Partes contratantes respecto de un ámbito que dependa al mismo tiempo de la competencia de los Estados miembros y de la Comunidad Europea, el Consejo, la Comisión y los Representantes de los gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo confirmarán su obligación recíproca de cooperar estrechamente con arreglo al Tratado CE y a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Con el fin de cumplir esta obligación, el Consejo y los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo se esforzarán por alcanzar una posición común adoptada de común acuerdo.

Si no se alcanzase una posición común, los Estados miembros se abstendrán de expresar opiniones que perjudiquen la consecución de los objetivos del Tratado CE.

## II. PRÁCTICA DEL TJCE Y DEL TPICE <sup>1</sup>

### APROXIMACIÓN DE LAS LEGISLACIONES

24. **STJCE de 16 de diciembre de 1999, Asunto C-94/98. *The Queen, ex parte: Rhône-Poulenc Rorer Ltd, May & Baker Ltd / The Licensing Authority established by the Medicines Act 1968 (representada por The Medicines Control Agency)*. Directiva 65/65/CEE del Consejo, de 26 de enero de 1965, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, sobre especialidades farmacéuticas. Medicamentos. Autorización de comercialización. Importación paralela.**
25. **STJCE de 23 de marzo de 2000, Asunto C-208/98. *Berliner Kindl Brauerei AG / Andreas Siepert*. Cuestión prejudicial. Aproximación de las legislaciones. Crédito al consumo. Directiva 87/102/CEE del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo. Ámbito de aplicación. Contrato de fianza. Exclusión.**
26. **STJCE de 23 de marzo de 2000, Asunto C-327/98. *Comisión de las Comunidades Europeas / República Francesa*. Incumplimiento de Estado. Directiva 93/15/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, relativa a la armonización de las disposiciones sobre la puesta en el mercado y el control de los explosivos con fines civiles.**

---

<sup>1</sup> La información que sigue ha sido obtenida a partir del Boletín de Actividades del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, preparado por la División de Prensa e Información del Tribunal de Justicia (L-2925 Luxemburgo). En ella se da cuenta de las resoluciones dictadas desde el 6 de diciembre de 1999 hasta el 12 de mayo de 2000, con exclusión de las relativas a agricultura, fiscalidad, funcionarios y política regional.



27. STJCE de 4 de abril de 2000, Asunto C-465/98. *Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln eV / Adolf Darbo AG*. Cuestión prejudicial. Etiquetado y presentación de productos alimenticios. Directiva 79/112/CEE CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1978, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios destinados al consumidor final. Confitura de fresas. Riesgo de engaño.

#### ASOCIACIÓN DE PAÍSES Y TERRITORIOS DE ULTRAMAR

28. STJCE de 8 de febrero de 2000, Asunto C-17/98. *Emesa Sugar (Free Zone) NV / Aruba*. Cuestión prejudicial. Régimen de asociación de países y territorios de Ultramar. Decisión 97/803/CE. Importaciones de azúcar. Acumulación de origen ACP/PTU. Apreciación de validez. Órgano jurisdiccional nacional. Medidas cautelares.

#### AYUDAS DE ESTADO

29. STPICE de 15 de diciembre de 1999, Asuntos acumulados T-132/96 y T-143/96. *Freistaat Sachsen, Volkswagen AG y Volkswagen Sachsen GmbH / Comisión de las Comunidades Europeas*. Ayudas de Estado. Compensación de las desventajas económicas que resultan de la división de Alemania. Grave perturbación en la economía de un Estado miembro. Desarrollo económico regional. Directrices comunitarias sobre ayudas estatales en el sector de los vehículos de motor.
30. STPICE de 16 de marzo de 2000, Asunto T-72/98. *Astilleros Zamacoña S.A. / Comisión de las Comunidades Europeas*. Ayudas de Estado. Construcción naval. Artículo 4, apartado 3, de la Directiva 90/684/CEE del Consejo. Determinación del techo de las ayudas a la producción.
31. STPICE de 10 de mayo de 2000, Asunto T-46/97. *SIC - Sociedade Independente de Comunicação, S.A. / Comisión de las Comunidades Europeas*. Financiación de cadenas públicas de televisión. Denuncia. Ayudas de Estado. Falta de incoación del procedimiento del artículo 93, apartado 2, del Tratado CE (actualmente artículo 88 CE, apartado 2). Recurso de anulación.

#### CA

32. STPICE 16 de diciembre de 1999, Asunto T-158/96. *Acciaierie di Bolzano SpA / Comisión de las Comunidades Europeas*. Tratado CECA. Recurso de anulación. Ayudas de Estado. Decisión por la que se declara la incompatibilidad de determinadas ayudas y se ordena su devolución. Ayudas no notificadas. Código de ayudas a la

**siderurgia aplicable. Derechos de defensa. Confianza legítima. Tipos de interés aplicables. Motivación.**

#### CLÁUSULA COMPROMISORIA

33. STPICE de 23 de febrero de 2000, Asuntos acumulados T-223/97 y T-17/98. *Reinder Kooyman y Petra Van Eynde-Neutens / Parlamento Europeo*. Funcionarios. Agentes auxiliares. Intérpretes auxiliares de sesión del Parlamento. Legalidad de la retención del impuesto comunitario de sus remuneraciones.

#### COMPETENCIA

34. STPICE de 13 de diciembre de 1999, Asuntos acumulados T-189/95, T-39/96 y T-123/96. *Service pour le groupement d'acquisitions (SGA) / Comisión de las Comunidades Europeas*. Competencia. Distribución de automóviles. Examen de las denuncias. Recursos por omisión, de anulación y de indemnización.
35. STPICE de 13 de diciembre de 1999, Asuntos acumulados T-190/95 y T-45/96. *Société de distribution de mécaniques et d'automobiles (Sodima) / Comisión de las Comunidades Europeas*. Competencia. Distribución de automóviles. Examen de las denuncias. Recursos por omisión, de anulación y de indemnización. Inadmisibilidad.
36. STPICE de 13 de diciembre de 1999, Asuntos acumulados T-9/96 y T-211/96. *Européenne automobile SARL / Comisión de las Comunidades Europeas*. Competencia. Distribución de automóviles. Examen de las denuncias. Recursos por omisión, de anulación y de indemnización.
37. STPICE de 15 de diciembre de 1999, Asunto T-22/97. *Kesko Oy / Comisión de las Comunidades Europeas*. Control de las operaciones de concentración. Recurso de anulación. Admisibilidad. Objeto del litigio. Competencia de la Comisión con arreglo al artículo 22, apartado 3, del Reglamento (CEE) núm. 4064/89. Efecto sobre el comercio entre Estados miembros. Creación de una posición dominante.
38. STPICE de 16 de diciembre de 1999, Asunto T-198/98. *Micro Leader Business / Comisión de las Comunidades Europeas*. Competencia. Denuncia. Desestimación. Artículos 85 y 86 del Tratado CE (actualmente, artículos 81 y 82 CE). Prohibición de importar programas de ordenador comercializados en un país tercero. Agotamiento de los derechos de autor. Directiva 91/250 CEE.
39. STJCE de 10 de febrero de 2000, Asuntos acumulados C-147/97 y C-148/97. *Deutsche Post AG / Gesellschaft für Zahlungssysteme mbH (GZS). Citicorp Kartenservice GmbH*. Cuestión prejudicial. Empresa

pública. Servicio postal. Reenvío incorporal. Convenio de la Unión Postal Universal, en la versión adoptada el 14 de diciembre de 1989. Tratamiento y distribución del correo transfronterizo. Artículo 90 del Tratado CE (actualmente, artículo 86 CE), en relación con los artículos 86 del Tratado CE (actualmente, artículo 82 CE) y 59 del Tratado CE (actualmente artículo 49 CE, tras su modificación).

40. STPICE de 17 de febrero de 2000, Asunto T-241/97. *Stork Amsterdam BV / Comisión de las Comunidades Europeas*. Competencia. Procedimiento administrativo. Examen de las denuncias. Infracción del artículo 85 del Tratado CE (actualmente, artículo 81 CE). Escrito de archivo de las actuaciones. Reapertura del procedimiento. Motivación. Obligación. Alcance. Acuerdo de cooperación. Cláusula de abastecimiento mutuo en exclusiva. Cláusula de prohibición de competencia.
41. STPICE de 15 de marzo de 2000, Asuntos acumulados T-25/95, T-26/95, T-30/95, T-31/95, T-32/95, T-34/95, T-35/95, T-36/95, T-37/95, T-38/95, T-39/95, T-42/95, T-43/95, T-44/95, T-45/95, T-46/95, T-48/95, T-50/95, T-51/95, T-52/95, T-53/95, T-54/95, T-55/95, T-56/95, T-57/95, T-58/95, T-59/95, T-60/95, T-61/95, T-62/95, T-63/95, T-64/95, T-65/95, T-68/95, T-69/95, T-70/95, T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 y T-104/95. *Cimenteries CBR SA, Cembureau - Association européenne du ciment, Fédération de l'industrie cimentière belge ASBL, Eerste Nederlandse Cementindustrie NV (ENCI), Vereniging Nederlandse Cementindustrie (VNC), Ciments luxembourgeois SA, Dyckerhoff AG, Syndicat national de l'industrie cimentière (FIC), Vicat SA, Groupe Origny SA, Ciments français SA, Heidelberger Zement AG, Lafarge Coppée SA, Aalborg Portland A/S, Alsen AG, Alsen AG, Bundesverband der Deutschen Zementindustrie eV, Unicem SpA, Fratelli Buzzi SpA, Compañía Valenciana de Cementos Portland SA, The Rugby Group plc, British Cement Association, Asland SA, Castle Cement Ltd, Hercules General Cement Company SA, Corporación Uniland SA, Agrupación de Fabricantes de Cemento de España (Oficemen), Irish Cement Ltd, Cimpor - Cimentos de Portugal SA, Secil - Companhia Geral de Cal e Cimento SA, Associação Técnica da Indústria de Cimento (ATIC), Titan Cement Company SA, Italcementi - Fabbriche Riunite Cemento SpA, Holderbank Financière Glarus AG, Hornos Ibéricos Alba SA (Hisalba), Aker RGI ASA, Scancem (publ) AB, Cementir - Cementeerie del Tirreno SpA, Blue Circle Industries plc, Enosi Tsimentoviomichanion Ellados, Tsimenta Chalkidos AE / Comisión de las Comunidades Europeas. Competencia. Artículo 85, apartado 1, del Tratado CE (actualmente artículo 81, apartado 1, CE). Mercado del cemento. Derechos de defensa. Acceso al expediente. Infracción única y continua. Acuerdo general y medidas de aplicación de éste. Imputación de una infracción. Prueba de la participación en el acuerdo general y en sus medidas de aplicación. Relaciones objetiva y subjetiva entre el acuerdo general y sus medidas de aplicación. Multa. Determinación de su importe.*

42. STJCE de 16 de marzo de 2000, Asuntos acumulados C-395/96 P y C-396/96 P. *Compagnie maritime belge transports SA, Compagnie maritime belge SA y Dafra-Lines A/S / Comisión de las Comunidades Europeas*. Competencia. Transportes marítimos internacionales. Conferencias marítimas. Reglamento (CEE) núm. 4056/86. Artículo 86 del Tratado CE (actualmente artículo 82 CE). Posición dominante colectiva. Acuerdo entre Administraciones nacionales y Conferencias marítimas que prevé un derecho exclusivo. Conferencia marítima que insiste en la aplicación del Acuerdo. Buques de lucha. Descuentos de fidelidad. Derechos de defensa. Multas. Criterios de apreciación.
43. STPICE de 22 de marzo de 2000, Asuntos acumulados T-125/97 y T-127/97. *The Coca-Cola Company, Coca-Cola Enterprises Inc. / Comisión de las Comunidades Europeas*. Competencia. Reglamento (CEE) núm. 4064/89. Decisión por la que se declara una concentración compatible con el mercado común. Recurso de anulación. Motivación. Admisibilidad.
44. STJCE de 30 de marzo de 2000, Asunto C-265/97 P. *Coöperatieve Vereniging De Verenigde Bloemenveilingen Aalsmeer BA (VBA) / Florimex BV et Vereniging van Groothandelaren in Bloemkwekerijproducten / Comisión de las Comunidades Europeas*. Recurso de casación. Competencia. Decisión de desestimar una denuncia. Compatibilidad con el artículo 2 del Reglamento núm. 26 de una cuota aplicada a los proveedores externos que grava los productos de la floricultura suministrados a mayoristas instalados en el recinto de una sociedad cooperativa de venta mediante subasta. Motivación.
45. STJCE de 30 de marzo de 2000, Asunto C-266/97 P. *Coöperatieve Vereniging De Verenigde Bloemenveilingen Aalsmeer BA (VBA) / Vereniging van Groothandelaren in Bloemkwekerijproducten (VGB), Florimex BV / Comisión de las Comunidades Europeas*. Recurso de casación. Competencia. Archivo de una denuncia al no haber respondido las denunciantes dentro del plazo señalado. Compatibilidad con el artículo 85, apartado 1, del Tratado CE de una cuota aplicada a los proveedores que han celebrado contratos sobre suministro de productos de la floricultura a empresas instaladas en el recinto de una sociedad cooperativa de venta mediante subasta. Compatibilidad con el artículo 85, apartado 1, del Tratado de una obligación de compra en exclusiva contraída por determinados mayoristas que revenden los referidos productos a minoristas en un espacio comercial específico del mismo recinto. Discriminación. Efecto sobre el comercio entre los Estados miembros. Apreciación en el marco global de un conjunto de regulaciones. Inexistencia de efecto sensible.
46. STPICE de 30 de marzo de 2000, Asunto T-513/93. *Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali / Comisión de las Comunidades Europeas*. Competencia. Agentes de aduanas. Concepto de empresa

**y de asociación de empresas. Decisión de asociación de empresas. Fijación de tarifas. Normativa estatal. Aplicabilidad del apartado 1 del artículo 85 del Tratado CE (actualmente artículo 81 CE).**

47. **STPICE de 30 de marzo de 2000, Asunto T-65/96. *Kish Glass & Co. Ltd / Comisión de las Comunidades Europeas*. Competencia. Vidrio flotado. Derechos de defensa y derechos procedimentales de la denunciante. Mercado del producto y mercado geográfico. Artículo 86 del Tratado CE (actualmente artículo 82 CE).**
48. **STJCE de 6 de abril de 2000, Asunto C-286/95 P. *Comisión de las Comunidades Europeas / Imperial Chemical Industries plc (ICI)*. Recurso de casación. Recurso de anulación. Motivos. Vicios sustanciales de forma. Falta de autenticación de una Decisión adoptada por la Junta de Comisarios. Motivo que puede ser invocado de oficio.**
49. **STJCE de 6 de abril de 2000, Asuntos acumulados C-287/95 P y C-288/95 P. *Comisión de las Comunidades Europeas / Solvay SA*. Recursos de casación. Recurso de anulación. Motivos. Vicios sustanciales de forma. Falta de autenticación de Decisiones adoptadas por la Junta de Comisarios. Motivo que puede ser invocado de oficio.**

CONVENIO RELATIVO A LA COMPETENCIA JUDICIAL/EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES

50. **STJCE de 27 de enero de 2000, Asunto C-8/98. *Dansommer A/S / Andreas Götz*. Cuestión prejudicial. Convenio de Bruselas. Artículo 16, número 1. Competencia exclusiva en materia de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles. Ámbito de aplicación: acción por daños y perjuicios relativa a la conservación deficiente y al deterioro causado a una vivienda tomada en arriendo por un particular para pasar unas semanas de vacaciones.**
51. **STJCE de 28 de marzo de 2000, Asunto C-7/98. *Dieter Krombach / André Bamberski*. Cuestión prejudicial. Convenio de Bruselas. Convenio de 27 de septiembre de 1968 sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Ejecución de resoluciones judiciales. Artículo 27.1: orden público nacional.**

CULTURA

52. **STJCE de 27 de enero de 2000, Asunto C-164/98 P. *DIR International Film Srl y otros / Comisión de las Comunidades Europeas*. Programa MEDIA. Requisitos para la concesión de préstamos. Facultad de apreciación. Motivación.**

## DERECHO DE SOCIEDADES

53. STJCE de 3 de febrero de 2000, Asunto C-293/98. *Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (Egeda) / Hostelería Asturiana SA (Hoasa)*. Cuestión prejudicial. Derechos de autor. Radiodifusión vía satélite y distribución por cable. Directiva 93/83/CEE del Consejo, de 27 de septiembre de 1993, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable: ámbito de aplicación.
54. STJCE de 23 de marzo de 2000, Asunto C-373/97. *Dionysios Diamantis / Elliniko Dimosio, Organismos Oikonomikis Anasygkrotisis Epicheiriseon AE (OAE)*. Cuestión prejudicial. Derecho de sociedades. Segunda Directiva 77/91/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1976, Segunda Directiva tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades, definidas en el párrafo segundo del artículo 58 del Tra. Sociedad anónima en dificultades financieras. Aumento del capital social por vía administrativa. Ejercicio abusivo de un derecho derivado de una disposición comunitaria.

## DERECHO INSTITUCIONAL

55. STPICE de 7 de diciembre de 1999, Asunto T-92/98. *Interporc Imund Export GmbH / Comisión de las Comunidades Europeas*. Recursos de anulación. Transparencia. Acceso a los documentos. Decisión 94/90/CECA, CE, Euratom. Denegación de una solicitud de acceso a documentos de la Comisión. Alcance, por una parte, de la excepción relativa a la protección del interés público (procedimientos judiciales) y, por otra, de la regla del autor. Motivación.
56. STJCE de 11 de enero de 2000, Asuntos acumulados C-174/98 P y C-189/98 P. *Reino de los Países Bajos / Comisión de las Comunidades Europeas et Gerard van der Wal*. Recurso de casación. Acceso a la información. Decisión 94/90/CECA, CE, Euratom de la Comisión. Alcance de la excepción relativa a la protección del interés público. Motivación insuficiente. Artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Principios de igualdad de las partes y de los derechos de defensa.
57. STPICE de 27 de enero de 2000, Asunto T-256/97. *Bureau européen des unions de consommateurs (BEUC) / Comisión de las Comunidades Europeas*. Procedimiento antidumping. Asociación de consumidores. Negativa a reconocer la condición de parte interesada. Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VI del GATT de 1994. Artículos 6, apartado 7, y 21 del Reglamento (CE) núm. 384/96.

58. STJCE de 17 de febrero de 2000, Asunto C-156/97. *Comisión de las Comunidades Europeas / Van Balkom Non-Ferro Scheiding BV*. Cláusula compromisoria. Resolución de un contrato. Derecho a la devolución de anticipos.
59. STJCE de 6 de abril de 2000, Asunto T-188/98. *Aldo Kuijer / Consejo de la Unión Europea*. Transparencia. Decisión 93/731/CE del Consejo, relativa al acceso del público a los documentos del Consejo. Desestimación de una solicitud de acceso. Protección del interés público. Relaciones internacionales. Obligación de motivación. Acceso parcial.

INVESTIGACIÓN, INFORMACIÓN, EDUCACIÓN, ESTADÍSTICAS

60. STJCE de 17 de febrero de 2000, Asunto T-183/97. *Carla Micheli, Andrea Peirano, Carlo Nike Bianchi y Marinella Abbate / Comisión de las Comunidades Europeas*. Recurso de anulación. Política comunitaria de investigación y desarrollo tecnológico. Programa MAST III. Decisión por la que se adopta la lista de propuestas de proyectos que pueden obtener una contribución comunitaria. Exclusión de un proyecto de la financiación comunitaria. Interés para ejercitar la acción. Sobreseimiento.

LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITALES

61. STJCE de 14 de marzo de 2000, Asunto C-54/99. *Association Église de scientologie de Paris, Scientology International Reserves Trust / Premier ministre*. Cuestión prejudicial. Libre circulación de capitales. Artículo 73 D, apartado 1, letra b), del Tratado CE [actualmente artículo 58 CE, apartado 1, letra b. Inversiones extranjeras directas. Autorización previa. Orden público y seguridad pública.

LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS

62. STJCE de 13 de enero de 2000, Asunto C-220/98. *Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG / Lancaster Group GmbH*. Cuestión prejudicial. Libre circulación de mercancías. Comercialización de un producto cosmético con la denominación lifting. Artículos 30 y 36 del Tratado CE (actualmente artículos 28 CE y 30 CE, tras su modificación). Directiva 76/768/CEE del Consejo, de 27 de julio de 1976, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de productos cosméticos, modificada por la Directiva 88/667/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, y por la Directiva 93/35/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993.
63. STJCE de 13 de enero de 2000, Asunto C-254/98. *Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb / TK-Heimdienst Sass GmbH*. Cuestión prejudicial. Artículo 30 del Tratado CE (actualmente artículo 28 CE, tras su modificación). Venta ambulante de productos de panadería, cárnicos y alimenticios. Limitación territorial: normativa nacional que establece que los panaderos, carniceros y comerciantes

de productos alimenticios sólo pueden practicar la venta ambulante en una determinada circunscripción administrativa.

64. STPICE de 18 de enero de 2000, Asunto T-290/97. *Mehibas Dordtse-laan BV / Comisión de las Comunidades Europeas*. Recurso de anulación. Importaciones de pollo. Artículo 13 del Reglamento (CEE) núm. 1430/79. Decisión de la Comisión por la que se niega a devolver exacciones reguladoras agrícolas. Revocación de la Decisión. Declaración sobre el expediente. Legalidad. Confianza legítima. Seguridad jurídica. Errores manifiestos de apreciación. Obligación de motivación.
65. STJCE de 23 de marzo de 2000, Asunto C-246/98. *Berendse-Koenen M.G. en Berendse H.D. Maatschap*. Cuestión prejudicial. Artículo 30 del Tratado CE (actualmente artículo 28 CE. Directiva 83/189/CEE. Prohibición de estimuladores del crecimiento. Medidas de efecto equivalente.
66. STJCE de 23 de marzo de 2000, Asuntos acumulados C-310/98 y C-406/98. *Hauptzollamt Neubrandenburg / Leszek Labis, Sagpol SC Transport Miedzynarodowy i Spedycja*. Cuestión prejudicial. Libre circulación de mercancías. Operación de tránsito externo. Circulación al amparo de un cuaderno TIR. Infracciones o irregularidades. Prueba del lugar en donde se ha cometido la infracción o la irregularidad. Plazo para aportar la prueba. Medios de prueba admisibles. Procedimiento de compensación.
67. STJCE de 28 de marzo de 2000, Asunto C-309/98. *Holz Geenen GmbH / Oberfinanzdirektion München*. Cuestión prejudicial. Arancel Aduanero Común. Partidas arancelarias. Clasificación en la Nomenclatura Combinada. Reglamento (CE) núm. 1509/97. Maderas de sección rectangular para la fabricación de marcos para ventanas.
68. STJCE de 11 de mayo de 2000, Asunto C-38/98. *Régie nationale des usines Renault SA / Maxicar SpA, Orazio Formento*. Cuestión prejudicial. Convenio de Bruselas. Ejecución de resoluciones judiciales. Derechos de propiedad intelectual sobre partes de carrocerías de vehículos automóviles. Orden público.

#### LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS

69. STJCE de 27 de enero de 2000, Asunto C-190/98. *Volker Graf / Filzmoser Maschinenbau GmbH*. Cuestión prejudicial. Libre circulación de los trabajadores. Indemnización por extinción del contrato de trabajo. Negativa a concederla en caso de extinción del contrato de trabajo por voluntad del propio trabajador, con vistas a ejercer una actividad por cuenta ajena en otro Estado miembro.
70. STJCE de 10 de febrero de 2000, Asunto C-202/97. *Fitzwilliam Executive Search Ltd / Bestuur van het Landelijk instituut sociale verzeke-*



*ringen*. Cuestión prejudicial. Seguridad Social de los trabajadores migrantes. Artículo 14, apartado 1, letra a), del Reglamento (CEE) núm. 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad. Determinación de la legislación aplicable. Trabajadores temporales desplazados en otro Estado miembro.

71. STJCE de 15 de febrero de 2000, Asunto C-34/98. *Comisión de las Comunidades Europeas / República Francesa*. Seguridad Social. Financiación. Legislación aplicable. del Reglamento (CEE) núm. 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad.
72. STJCE de 15 de febrero de 2000, Asunto C-169/98. *Comisión de las Comunidades Europeas / República Francesa*. Seguridad Social. Financiación. Legislación aplicable. del Reglamento (CEE) núm. 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad.
73. STJCE de 9 de marzo de 2000, Asunto C-355/98. *Comisión de las Comunidades Europeas / Reino de Bélgica*. Incumplimiento de Estado. Libre circulación de trabajadores. Libertad de establecimiento. Libre prestación de servicios. Actividades de vigilancia y de seguridad. Exigencia de autorización previa. Obligación para las personas jurídicas de tener su establecimiento de explotación en el territorio nacional. Obligación para los directivos y empleados de residir en el territorio nacional. Exigencia de una tarjeta de identificación expedida con arreglo a la normativa nacional.
74. STJCE de 30 de marzo de 2000, Asunto C-178/97. *Barry Banks e.a. / Théâtre royal de la Monnaie*. Cuestión prejudicial. Seguridad Social de los trabajadores migrantes. Reglamento (CEE) núm. 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad. Determinación de la legislación aplicable. Alcance del certificado E 101.

#### LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

75. STJCE de 16 de diciembre de 1999, Asunto C-239/98. *Comisión de las Comunidades Europeas / República Francesa*. Incumplimiento de Estado. No adaptación del Derecho interno a las Directivas 92/49/CEE, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo distinto del seguro de vida y 92/96/CEE del Consejo, de 10 de noviembre de

1992, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo de vida. Seguro directo distinto del seguro de vida y seguro directo de vida.

76. STJCE de 9 de marzo de 2000, Asunto C-358/98. *Comisión de las Comunidades Europeas / República Italiana*. Incumplimiento de Estado. Prestaciones de servicios de limpieza, desinfección, desinsectización, desratización y saneamiento. Empresas establecidas en otros Estados miembros. Obligación de inscribirse en un Registro.
77. STJCE de 11 de mayo de 2000, Asunto C-296/98. *Comisión de las Comunidades Europeas / República Francesa*. Incumplimiento de Estado. Directivas 92/49/CEE y 92/96/CEE. Legislación nacional que prevé la comunicación al Ministro competente, en la primera comercialización de un modelo de contrato de seguro, de las condiciones de dicho contrato.

#### MEDIO AMBIENTE Y CONSUMIDORES

78. STJCE de 21 de marzo de 2000, Asunto C-6/99. *Association Greenpeace France y otros / Ministère de l'Agriculture et de la Pêche y otros*. Cuestión prejudicial. Directiva 90/220/CEE del Consejo, de 23 de abril de 1990, sobre la liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente, en su versión modificada por la Directiva 97/35/CE de la Comisión, de 18 de junio de 1997, por la que se adapta al progreso técnico por segunda vez la Directiva 90/220. Biotecnología. Organismos modificados genéticamente. Decisión 97/98/CE. Semillas de maíz.
79. STJCE de 6 de abril de 2000, Asunto C-256/98. *Comisión de las Comunidades Europeas / República Francesa*. Incumplimiento de Estado. Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres. No adopción dentro de plazo de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas.

#### POLÍTICA COMERCIAL

80. STJCE de 15 de diciembre de 1999, Asuntos acumulados T-33/98 y T-34/98. *Petrotub SA y Republica SA / Consejo de la Unión Europea*. Derechos antidumping. Tubos sin soldadura de hierro sin alear. Acuerdo Europeo con Rumania. Valor normal. Margen de dumping. Perjuicio. Derechos procedimentales de los exportadores.
81. STJCE de 10 de febrero de 2000, Asuntos acumulados T-32/98 y T-41/98. *Gouvernement des Antilles néerlandaises / Comisión de las Comunidades Europeas*. Asociación de los países y territorios de Ultramar a la Comunidad. Reglamento (CE) núm. 2352/97. Reglamento (CE) núm. 2494/97. Recurso de anulación.

**Admisibilidad. Decisión PTU. Medida de salvaguardia. Relación de causalidad.**

82. STPICE de 30 de marzo de 2000, Asunto T-51/96. *Miwon Co. Ltd / Consejo de la Unión Europea*. Antidumping. Incumplimiento de un compromiso de precios. Perjuicio comunitario.
83. STJCE de 6 de abril de 2000, Asunto C-383/98. *The Polo/Lauren Company LP / PT. Dwidua Langgeng Pratama International Freight Forwarders*. Cuestión prejudicial. Política comercial común. Reglamento (CE) núm. 3295/94 del Consejo, de 22 de diciembre de 1994, por el que se establecen medidas dirigidas a prohibir el despacho a libre práctica, la exportación, la reexportación y la inclusión en un régimen de suspensión de las mercancías con usurpación de marca y las mercancías piratas. Prohibición del despacho a libre práctica, la exportación, la reexportación y la inclusión en un régimen de suspensión de mercancías con usurpación de marca y mercancías piratas. Aplicabilidad a mercancías en tránsito externo. Validez.

#### POLÍTICA SOCIAL

84. STJCE de 16 de diciembre de 1999, Asunto C-198/98. *G. Everson, T.J. Barrass / Secretary of State for Trade and Industry, Bell Lines Ltd, en liquidación*. Cuestión prejudicial. Política social. Protección de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario. Directiva 80/987/CEE CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario. Trabajadores que residen y ejercen su actividad por cuenta ajena en un Estado distinto de aquel del domicilio social del empresario. Fondo de garantía.
85. STJCE de 16 de diciembre de 1999, Asunto C-26/99. *Comisión de las Comunidades Europeas / Gran Ducado de Luxemburgo*. Incumplimiento de Estado. No adaptación del Derecho interno a la Directiva 95/30/CE.
86. STJCE de 16 de diciembre de 1999, Asunto C-382/98. *The Queen / Secretary of State for Social Security, ex parte: John Henry Taylor*. Cuestión prejudicial. Directiva 79/7/CEE. Igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social. Concesión de una ayuda para gastos de calefacción en invierno. Relación con la edad de jubilación.
87. STJCE de 16 de diciembre de 1999, Asunto C-47/99. *Comisión de las Comunidades Europeas / Gran Ducado de Luxemburgo*. Incumplimiento de Estado. Directiva 94/33/CE del Consejo, de 22 de junio de 1994, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo. No adaptación del Derecho interno dentro del plazo señalado.

88. STJCE de 11 de enero de 2000, Asunto C-285/98. *Tanja Kreil / Bundesrepublik Deutschland*. Cuestión prejudicial. Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. Igualdad de trato entre hombres y mujeres. Limitación del acceso de las mujeres a los puestos de trabajo militares de la Bundeswehr.
89. STJCE de 27 de enero de 2000, Asuntos acumulados T-194/97 y T-83/98. *Eugénio Branco, Ld.<sup>2</sup> / Comisión de las Comunidades Europeas*. Fondo Social Europeo. Recurso por omisión. Admisibilidad. Recurso de anulación. Decisión de suspender ayudas económicas. Certificación por el Estado miembro. Error en la apreciación de los hechos. Confianza legítima. Derechos adquiridos. Seguridad jurídica. Proporcionalidad.
90. STJCE de 3 de febrero de 2000, Asunto C-207/98. *Silke-Karin Mahlborg / Land Mecklenburg-Vorpommern*. Cuestión prejudicial. Igualdad de trato entre hombres y mujeres. Acceso al empleo: Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. Negativa a contratar a una mujer embarazada.
91. STJCE de 10 de febrero de 2000, Asunto C-50/96. *Deutsche Telekom AG / Lilli Schröder*. Cuestión prejudicial. Igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras. Artículo 119 del Tratado CE (los artículos 117 a 120 del Tratado CE han sido sustituidos por los artículos 136 CE a 143 CE). Protocolo sobre el artículo 119 del Tratado CE. Regímenes profesionales de Seguridad Social. Exclusión de los trabajadores a tiempo parcial de la participación en un régimen profesional que permite disfrutar de una pensión de jubilación complementaria. Afiliación retroactiva. Derecho a disfrutar de una pensión. Relación entre Derecho nacional y Derecho comunitario.
92. STJCE de 10 de febrero de 2000, Asuntos acumulados C-234/96 y C-235/96. *Deutsche Telekom AG / Agnes Vick. Ute Conze*. Cuestión prejudicial. Igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras. Artículo 119 del Tratado CE (los artículos 117 a 120 del Tratado CE han sido sustituidos por los artículos 136 CE a 143 CE). Protocolo sobre el artículo 119 del Tratado CE. Regímenes profesionales de Seguridad Social. Exclusión de los trabajadores a tiempo parcial de la participación en un régimen profesional que permite disfrutar de una pensión de jubilación complementaria. Afiliación retroactiva. Derecho a disfrutar de una pensión. Relación entre Derecho nacional y Derecho comunitario.

93. STJCE de 10 de febrero de 2000, Asuntos acumulados C-270/97 y C-271/97. *Deutsche Post AG / Elisabeth Sievers. Brunhilde Schrage*. Cuestión prejudicial. Igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras. Artículo 119 del Tratado CE (los artículos 117 a 120 del Tratado CE han sido sustituidos por los artículos 136 CE a 143 CE). Protocolo sobre el artículo 119 del Tratado CE. Regímenes profesionales de Seguridad Social. Exclusión de los trabajadores a tiempo parcial de la participación en un régimen profesional que permite disfrutar de una pensión de jubilación complementaria. Afiliación retroactiva. Derecho a disfrutar de una pensión. Relación entre Derecho nacional y Derecho comunitario. Interpretación conforme del Derecho nacional.
94. STJCE de 9 de marzo de 2000, Tribunal de Justicia. Asunto C-386/98. *Comisión de las Comunidades Europeas / República Italiana*. Incumplimiento de Estado. Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. Ordenación del tiempo de trabajo. No adaptación del Derecho interno.
95. STJCE de 16 de marzo de 2000, Asunto C-439/98. *Comisión de las Comunidades Europeas / República Italiana*. Incumplimiento de Estado. Directiva 95/30/CE de la Comisión, de 30 de junio de 1995, por la que se adapta al progreso técnico la Directiva 90/679/CEE del Consejo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo. Protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo.
96. STJCE de 28 de marzo de 2000, Asunto C-158/97. *Georg Badeck e.a.* Cuestión prejudicial. Igualdad de trato entre hombres y mujeres. Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. Empleos en la Administración. Medidas que fomentan la promoción de la mujer.
97. STJCE de 30 de marzo de 2000, Asunto C-236/98. *Jämställdhetsombudsmannen / Örebro läns landsting*. Cuestión prejudicial. Política social. Trabajadores y trabajadoras. Igualdad de retribuciones para un trabajo del mismo valor. Artículo 119 del Tratado CE (los artículos 117 a 120 del Tratado CE han sido sustituidos por los artículos 136 CE a 143 CE). Directiva 75/117/CEE. Comparación entre las retribuciones de una comadrona y de un ingeniero clínico. Toma en consideración de un complemento salarial y de una reducción de la jornada de trabajo por horarios incómodos.

98. STJCE de 6 de abril de 2000, Asunto C-226/98. *Birgitte Jørgensen / Foreningen af Speciallæger, Sygesikringens Forhandlingsudvalg*. Cuestión prejudicial. Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo, y Directiva 86/613/CEE del Consejo, de 11 de diciembre de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad. Igualdad de trato entre hombres y mujeres. Actividad autónoma. Supresión de consultas médicas.

## PROPIEDAD INDUSTRIAL

99. STPICE de 16 de febrero de 2000, Asunto T-122/99. *The Procter & Gamble Company / Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos)*. Marca comunitaria. Forma de pastilla de jabón. Irregularidad formal de la solicitud de registro. Motivos de denegación de registro absolutos. Examen de oficio por la Sala de Recurso. Respeto de los derechos de defensa. Signo constituido exclusivamente por la forma impuesta por la naturaleza del propio producto. Registro anterior de la marca en algunos Estados miembros.
100. STPICE de 30 de marzo de 2000, Asunto T-91/99. *Ford Motor Company / Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles) (OHMI)*. Marca comunitaria. Vocablo OPTIONS. Motivo de denegación absoluto. Falta de carácter distintivo. Artículo 7, apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 40/94. Adquisición como consecuencia del uso en una parte de la Comunidad.

## PROPIEDAD INTELECTUAL

101. STPICE de 12 de enero de 2000, Asunto T-19/99. *DKV Deutsche Krankenversicherung AG / Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI)*. Marca comunitaria. Vocablo Companyline. Motivo de denegación absoluto. Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94.

## RELACIONES EXTERIORES

102. STJCE de 10 de febrero de 2000, Cuestión prejudicial. Asunto C-340/97. *Ömer Nazli, Caglar Nazli, Melike Nazli / Stadt Nürnberg*. Acuerdo de Asociación CEE-Turquía. Libre circulación de los trabajadores. Artículos 6, apartado 1, y 14, apartado 1, de la Decisión núm. 1/80 del Consejo de Asociación. Pertenencia al mercado legal de trabajo de un Estado miembro. Trabajador turco sometido a prisión provisional y condenado posteriormente a una pena privativa de libertad cuya ejecución es suspendida. Expulsión por motivos de prevención general: incompatibilidad con la Decisión 1/80.

103. STPICE de 24 de febrero de 2000, Asunto T-145/98. *ADT Projekt Gesellschaft der Arbeitsgemeinschaft Deutscher Tierzüchter mbH / Comisión de las Comunidades Europeas*. Programa TACIS. Licitación. Irregularidades en el procedimiento de adjudicación. Recurso de anulación. Recurso de indemnización. Admisibilidad.
104. STJCE de 14 de marzo de 2000, Asuntos acumulados C-102/98 y C-211/98. *Ibrahim Kocak / Landesversicherungsanstalt Oberfranken und Mittelfranken. Ramazan Örs / Bundesknappschaft*. Cuestión prejudicial. Acuerdo de Asociación CEE-Turquía. Decisión del Consejo de Asociación. Seguridad Social. Principio de no discriminación por razón de la nacionalidad. Efecto directo. Alcance. Legislación de un Estado miembro relativa a la determinación de la fecha de nacimiento para la constitución de un número de Seguridad Social y la concesión de una pensión de jubilación.
105. STJCE de 16 de marzo de 2000, Asunto C-329/97. *Sezgin Ergat / Stadt Ulm*. Cuestión prejudicial. Acuerdo de Asociación CEE-Turquía. Libre circulación de los trabajadores. Artículo 7, párrafo primero, de la Decisión núm. 1/80 del Consejo de Asociación. Miembro de la familia de un trabajador turco. Prórroga del permiso de residencia. Concepto de residencia legal. Solicitud de renovación de un permiso de residencia temporal presentada tras su expiración.
106. STJCE de 11 de mayo de 2000, Asunto C-37/98. *The Queen / Secretary of State for the Home Department, ex parte: Abdulnasir Savas*. Cuestión prejudicial. Asociación CEE-Turquía. Restricciones a la libertad de establecimiento y al derecho de residencia. Artículos 13 del Acuerdo de Asociación y 41 del Protocolo Adicional. Efecto directo. Alcance. Nacional turco en situación ilegal en el Estado miembro de acogida.

## TRANSPORTES

107. STJCE de 16 de diciembre de 1999, Asunto C-138/99. *Comisión de las Comunidades Europeas / Gran Ducado de Luxemburgo*. Incumplimiento de Estado. Directiva 94/56/CE. Transporte aéreo. Aviación civil. Investigación de los accidentes e incidentes. Adaptación del Derecho interno.
108. STPICE de 1 de febrero de 2000, Asunto T-63/98. *Transpo Maas-tricht BV y Marco Ooms / Comisión de las Comunidades Europeas*. Navegación interior. Saneamiento estructural. Aplicación del Reglamento (CEE) núm. 1101/89. Exclusión.

## BIBLIOGRAFÍA

### Notas críticas

**PAGADOR LÓPEZ, Javier:** *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas. La Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, ed. Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 1999, 786 pp.

De verdadero acontecimiento cabe calificar la aparición de esta monografía de Javier Pagador sobre condiciones generales: no porque él, hasta el momento, sea un autor demasiado conocido, lo cual sería imposible, dada su juventud; sino por su excepcional calidad. Como indica el prologoista Juan Font Galán, Catedrático de Derecho mercantil en la Universidad de Córdoba, la presente obra forma una unidad con la mucho más breve monografía que Pagador publicó en 1998 con el título *La Directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, atinente a la Directiva 93/13, de 5 de abril: los dos libros encuentran su origen en la tesis doctoral del autor leída en 1997, en la que obviamente no pudo analizar la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en adelante, a veces, LCGC). En la presente reseña me ocupo solamente del libro de 1999, no del dedicado a la Directiva, si bien debo decir de éste que, en sus 227 páginas, el autor expone brillantemente su interpretación de la mencionada fuente comunitaria y su incidencia en el Derecho español previo a la Ley 7/1998, abordando, tras un prefacio, una introducción y un capítulo destinado al ámbito de aplicación, el problema del control y de la interpretación de las cláusulas contractuales predispuestas celebradas con consumidores, tratamiento del tema que completa con otro capítulo sobre las acciones y los procedimientos y con dos brillantes capítulos finales alusivos a los problemas planteados por la falta de transposición de la Directiva al Derecho español, en los que analiza la aplicabilidad de ese texto normativo en nuestro territorio: la formación alemana del autor se percibe fácilmente, así como la cantidad y la calidad de su información, pero lo más envidiable es su capacidad creativa sustentada en un análisis minucioso y riguroso de los textos más relevantes –el de la Directiva y el de la Ley alemana de 9 de diciembre de 1976–, capacidad que sorprende en un investigador que podría carecer de la experiencia que se reputa habitualmente imprescindible: ello nos demuestra que pocos años bien aprovechados alimentan más que muchos perdidos; y que un joven diligente puede ser más experimentado que un anciano que desaprovechó su vida. Pero Pagador no sólo recibe formación en Alemania y en Italia, sino también en España, de mano del profesor Font, autor de un hermoso prólogo que, encabezando el libro de 1999 objeto de esta recensión, dirige también, como antes apunté, al del año anterior: en dicho prólogo Juan Font, además de aludir a la tesis doctoral y a trabajos más breves de su discípulo sobre el mismo tema, describe sus cualidades sin exagerar en absoluto, refiriéndose además a la actitud de Pagador ante la desafortunada Ley 7/1998, actitud no sólo «racional», sino también «emocional», lo que le mueve a recordar las palabras de Portalis, uno de los autores materiales del Código Civil napoleónico, relativas a la responsabilidad del legislador;



confronta asimismo de pasada el profesor Font la monografía prologada con la del profesor Alfaro publicada en 1991, lo que puede suscitar en el lector una explicable y sana curiosidad acerca de la relación entre ambas obras y de éstas con otras referentes a las condiciones generales.

El libro, además del comentado prólogo y de la referencia a las abreviaturas, se compone de cinco extensos capítulos, de una completa lista bibliográfica y de una original «Relación de jurisprudencia citada y utilizada, ordenada cronológicamente, junto con una sumaria indicación de su contenido y de sus datos de publicación».

El capítulo I lleva por título «Introducción y marco normativo». Tras unas breves referencias históricas y una delimitación conceptual en la que se diferencian y se relacionan conceptos tales como condiciones generales de los contratos, condiciones generales de la contratación, contratos de adhesión, contratos-tipo, etc., aborda el autor la cuestión de las funciones económicas y empresariales de las condiciones generales, mencionando las que merecen un juicio positivo (racionalización, seguridad jurídica, previsión de costes) y las que merecen uno negativo (traslado de costes al adherente, exención de responsabilidades, etc.), señalando Pagador en unas penetrantes consideraciones de política legislativa que, si bien las funciones positivas van unidas al hecho del empleo de esta técnica, las negativas van asociadas al contenido de regulación material establecido en ellas, bien por ser oscuras, bien por ser injustas; para Pagador, las condiciones generales son no sólo deseables sino también imprescindibles, beneficiando no sólo a los empresarios sino también a todo el mercado (piénsese, p. e., en el llamado «argumento del precio»); pero el ordenamiento debe regularlas para evitar la degeneración de sus encomiables y necesarios objetivos. Recuerda seguidamente el autor la polémica relativa a la naturaleza jurídica de las condiciones generales, mencionando las teorías normativistas y las contractualistas, así como prometiendo ocuparse en un lugar posterior de la obra de la denominada «teoría de la eficacia meramente declarativa», a la que ya define. Finaliza el capítulo con una exposición del marco normativo del régimen jurídico de la figura, aludiendo en primer lugar a la reciente evolución del Derecho positivo español atinente a la materia (Ley 50/1980, de Contrato de Seguro, Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios –en adelante, LGDCU–, antecedentes de la Ley 7/1998 y primeros juicios demolidores sobre ésta) y tratando luego con algún detenimiento la Directiva comunitaria 93/13, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, constituyendo las páginas 65 a 83 de la presente obra un habilidoso resumen del libro precedentemente comentado, publicado en 1998 por el mismo autor; me hago ahora eco de algunas de sus más importantes aseveraciones atinentes a la interpretación de la Directiva, en cuanto que repercuten sobre el Derecho actualmente aplicable en nuestro país: después de calificar a dicha Directiva de diversos modos (experimental, de mínimos, supranacional), y de incardinarla en los Tratados comunitarios, alude a su ámbito de aplicación (objetivo y subjetivo –*rectius*, material-funcional–), al control de inclusión, a la regla de las cláusulas sorprendentes (sobre la que dice que, a pesar de las apariencias, sí se contempla en la Directiva) y al control de contenido, sobre el que formula importantes tesis; para Pagador, dicho control de contenido «...se articula en torno a la existencia de una cláusula general prohibitiva (art. 3.1) –cuya aplicación trata de facilitarse u orientar-

se mediante el establecimiento de unos criterios instrumentales a tal fin (art. 4.1)– y un catálogo ejemplificativo de cláusulas que se consideran prohibidas (art. 3.3), el cual figura recogido en el Anexo de la Directiva» (pp. 73-74); esto es, son ineficaces (la Directiva no se pronuncia sobre qué tipo de ineficacia debe producirse) las cláusulas no negociadas que, dañando la buena fe, produzcan grave desequilibrio en perjuicio del consumidor, debiendo atenderse, a la hora de saber si estamos ante la hipótesis del artículo 3.1, a la interpretación *circunstanciada* contemplada en el artículo 4.1. Las cláusulas del Anexo *pueden* ser abusivas, lo son *en principio*, son sospechosas (*sistema de lista gris*), pero cabe que una concreta cláusula de las contenidas en el Anexo no sea abusiva si, aplicándose conjuntamente los artículos 3.1 y 4.1, se infiere tal conclusión; viceversa, cabe que si lo sea una cláusula no comprendida en el Anexo; por cierto, en la segunda parte de éste se citan cláusulas que, mencionándose en la primera, dejan de ser *sospechosas*, lo que no implica que no puedan ser *abusivas ex* artículos 3.1 y 4.1. Alude seguidamente Pagador a la regla de interpretación del artículo 5 y a las consecuencias negociales de los controles (art. 6), aclarando que «...corresponderá a los legisladores nacionales de los Estados miembros decidir en cuál o cuáles de las diferentes categorías de ineficacia comercial existentes en sus ordenamientos internos se concretará la falta de carácter vinculante para el consumidor de las cláusulas abusivas» (p. 80) y subrayando que *la regla general será la ineficacia parcial, produciéndose la ineficacia de todo el contrato sólo cuando éste se vea afectado en sus elementos esenciales como consecuencia de la desaparición de una o varias de sus cláusulas que se reputen abusivas*. Termina el capítulo con una breve alusión al control abstracto contemplado en el artículo 7 de la Directiva.

El capítulo II se titula «El ámbito de aplicación del Derecho de las condiciones generales de la contratación y de las cláusulas predispuestas de los contratos celebrados con consumidores en el Ordenamiento jurídico español». Comienza refiriéndose el autor a los dos posibles criterios que cabe adoptar al delimitar el ámbito de la regulación de las condiciones generales: o bien se regulan en una Ley específica ellas mismas, sea como sea el adherente; o bien se regulan como un capítulo más de la protección del consumidor en una Ley de consumidores; el Derecho español actual –indica seguidamente– se caracteriza por su singularidad y su complejidad, pues sobre la materia inciden una Ley de protección de consumidores y usuarios, una Ley posterior de condiciones generales que modifica ésta y que atribuye una protección más cualificada al adherente consumidor, otra Ley sobre el seguro que se refiere a la materia y más Leyes sectoriales que asimismo afectan a la cuestión; para exponer su opinión adopta Pagador dos puntos de referencia: uno objetivo, la noción legal de condiciones generales de la contratación; y otro aparentemente subjetivo, la noción de consumidor o usuario. Entrando propiamente en materia, considera el autor que el adherente debe ser protegido preferente y concretamente mediante un control legal de contenido de las condiciones generales porque carece de la posibilidad de libre autodeterminación, en cuanto que, si bien puede decidir si contrata o no, no puede de hecho contribuir a conformar la reglamentación comercial reguladora de la relación contractual, no siendo además la competencia relevante para protegerle, pues la falta de transparencia y el tecnicismo de las condiciones generales impiden a los posibles destinatarios conocer cuáles clausulados son preferibles para ellos y cuáles

no lo son. Ante ello se plantea Pagador «...si los distintos factores que contribuyen a *sustraer* las condiciones generales del juego del principio de libre autodeterminación actúan o no con idéntica intensidad respecto de los diferentes tipos o categorías posibles de adherente..., respecto a *adherentes-consumidores* y a *adherentes-no consumidores* o, si se prefiere, *adherentes-profesionales* o *empresarios...*» (p. 135); a esta pregunta contesta que se da una necesidad de protección de carácter general, pero no uniforme (*ibidem*), debiendo ser mayor en el supuesto de adherente-consumidor (*ibidem* y pp. ss.); concretando su opinión respecto del Derecho español, matiza que precisamente sería improcedente y poco acorde con principios constitucionales un trato uniforme para adherentes consumidores y empresarios. Pasa seguidamente el autor a perfilar el concepto legal de consumidor: tras una crítica demoledora del tenor literal del artículo 1 LGDCU (crítica en la que demuestra que la interpretación literal de los preceptos legales conduciría a consecuencias inaceptables), escribe que «...se consideran consumidores o usuarios en sentido legal las personas físicas o jurídicas que, mediante una operación económica de cambio, desarrollada en el mercado y conforme a las leyes de éste, adquieren de un operador económico profesional que actúa como tal, bienes o servicios con la finalidad de satisfacer sus necesidades personales, familiares, particulares o domésticas o, en suma, ajenas al desarrollo profesional de una actividad económica en el mercado» (p. 165). Seguidamente pasa a comentar y a matizar los elementos de esa definición, deteniéndose en el problema del consumidor persona jurídica (esto es, se pregunta qué personas jurídicas y entes similares pueden ser consumidores), en el de quién puede ser el predisponente, en el de la descripción de la operación jurídico-económica de cambio, en el del objeto de los actos y relaciones de uso y consumo y en el de la carga de la prueba de la condición de consumidor o usuario de un sujeto: destaquemos, por ejemplo, respecto de la descripción de la operación de cambio, que, según el autor, debe ser el acto de consumo, que «...*El sujeto que actúa* en función consumidora *ha de desprenderse de valores de cambio para adquirir valores de uso*» (p. 207), aclarando asimismo el texto que ha de tratarse de una operación celebrada en el marco del mercado y conforme a las leyes de éste. Termina el capítulo con una reflexión acerca de la posible aplicación analógica del control de contenido de la LGDCU a supuestos no comprendidos en ella, concretamente a supuestos de relaciones interempresariales o interprofesionales, apuntando que tal vez quepa aplicar a tales relaciones la cláusula general de control de contenido (p. 224). Advierto que no parece tocar Pagador en este capítulo el punto relativo a que el artículo 2, b) de la Directiva 93/13 podría hacer ampliar el concepto de consumidor en Derecho interno español a efectos de protección del adherente de cláusulas abusivas: ¿No deberíamos «estirar» algo el artículo 1 LGDCU (en relación con el art. 8 de la LCGC) para interpretarlo «según Directiva», como precisamente suele repetir Pagador a propósito de otros problemas?

El capítulo III se titula «Ámbito de aplicación objetivo: las nociones legales de *condiciones generales de la contratación* y de *cláusulas contractuales predispuestas no negociadas individualmente entre las partes*». A juicio del autor, la LGDCU, en su versión actual, inspirada en la Directiva 93/13, se aplica a las cláusulas contractuales predispuestas que no hayan sido especialmente negociadas entre las partes, siendo indiferente que hayan sido o no

redactadas con vistas a su utilización general, es decir, que sean o no verdaderas *condiciones generales*: este cuarto requisito sólo viene exigido –por la LCGC– a efectos del procedimiento de control abstracto. Por todo ello analiza Pagador muy detenidamente los citados caracteres de contractualidad, predisposición y rigidez e inevitabilidad, terminando el capítulo refiriéndose a la uniformidad o al carácter general de las cláusulas. En relación al requisito de la contractualidad, puntualiza el autor en qué casos estamos ante cláusulas verdaderamente contractuales (a efectos de la legislación de consumidores y de condiciones generales) y en qué casos no (p. e., contratos administrativos); debe destacarse que Pagador cree que «...no es necesario que las reglas o estipulaciones de que se trate se conviertan de forma inmediata en contenido contractual» (p. 239), bastando que lo contenido en ellas contribuya a determinar los derechos y las obligaciones de las partes de la relación contractual. En relación a la predisposición, escribe Pagador que «...exigir que las cláusulas contractuales hayan sido predisuestas es... exigir... *que hayan sido elaboradas o fijadas con anterioridad al comienzo de la fase de negociación del contrato*» (p. 255), hayan sido o no obra material del predisponente, apuntando que es posible predisposición con negociación y, tal vez, lo contrario (cláusulas impuestas espontáneamente), así como cláusulas predisuestas no escritas y cláusulas predisuestas contenidas en soportes materiales no documentales. Respecto del elemento de la imposición, centra primeramente la cuestión Pagador afirmando que, para que exista, es necesario, desde la perspectiva del posible adherente, que la alternativa de no contratar con ese predisponente no sea razonable; si lo es (p. e., hay otro predisponente con mejores condiciones), no se da «imposición» a efectos de estas normas, aunque el primer predisponente no se muestre dispuesto a discutir; alude seguidamente el autor a los casos en los que la imposición no se da: cláusulas contractuales prerredactadas relativas a los elementos esenciales del contrato (*Hauptkonditionen*) (en cuanto que el adherente sí tiene en cuenta esos elementos, los conoce y los elige), otras cláusulas sobre las que cabe apreciar la concurrencia de un consentimiento negocial en sentido estricto y las cláusulas predisuestas especialmente negociadas: se detiene aquí minuciosamente el joven mercantilista, precisando al máximo cuándo hay negociación y cuándo no: alude al carácter excepcional de la verdadera negociación (cuya existencia debe demostrar el predisponente) y a los subterfugios que éste empleará para aparentar la existencia de negociación; en un texto modélico (p. 293), Pagador expone que es necesario primeramente definir la negociación y luego aportar criterios para determinar si una concreta cláusula negocial predispuesta ha sido o no objeto de negociación especial entre las partes contratantes; en opinión de Javier Pagador (principalmente pp. 296 ss.), para que exista «negociación» a los efectos de excluir el elemento de la «imposición», «...deben concurrir unas circunstancias tales que *permitan inferir razonablemente que el predisponente no contempla con indiferencia la eventualidad de que un cliente tome la decisión de no contratar con él por razón del contenido regulador de una o varias de las cláusulas prerredactadas por el primero, y que, a fin de evitar que ello suceda, está realmente dispuesto a modificar el contenido de las mismas en el sentido que resulte aceptable al segundo*. A ello debe añadirse, por otra parte, la demostración de que el cliente *conoce el clausulado contractual prerredactado y presentado por el empresario o profesional predisponente y dispone de la capacidad intelectual y de la formación necesarias para, en primer lugar, aperebirse de la situación anterior* –o

sea, la disposición real a negociar del predisponente a fin de *no perder clientes*— y conocer la existencia de una normativa especial enderezada a su protección y para, en segundo lugar, *comprender y valorar correctamente eventuales formulaciones alternativas del clausulado propuestas por el predisponente o incluso emitir las él mismo, de tal modo que a su declaración de conformidad con el clausulado definitivo del contrato...* se le pueda atribuir razonablemente *el significado, alcance y trascendencia de un genuino consentimiento jurídico-negocial*» (pp. 317-318). Esto es, se requiere una concreta situación del mercado consistente en que al empresario no le sea indiferente que ese cliente le abandone y, además, unas determinadas aptitudes y actitudes del mencionado cliente, aportando seguidamente el autor valiosas guías prácticas para inferir que se dan, en los casos X o Y, tales requisitos: aclara, p. e., que no es determinante una modificación material del clausulado prerredactado o que no hay negociación por el mero hecho de que el predisponente se limite a remitir al cliente un ejemplar de las cláusulas para que las examine o para que escoja entre un modelo u otro de clausulados. Con relación al requisito de la generalidad (sólo exigido, como decíamos, a propósito del control abstracto), tras aludir a la consideración de la cuestión en la doctrina alemana, aporta Pagador algunos criterios útiles para determinar si concurre o no tal requisito, afirmando sustancialmente que lo importante es que el empresario que crea o utiliza las cláusulas tenga el propósito de aplicarlas a una pluralidad (determinada o indeterminada) de contratos: dándose esta circunstancia, tales cláusulas deben reputarse condiciones generales.

El capítulo IV se titula «El control de incorporación de las condiciones generales y cláusulas predisuestas al contrato: los llamados *requisitos de inclusión*». Trata ahora el autor del denominado «control de inclusión o de incorporación», encaminado, como es sabido, a facilitar la información a los adherentes acerca de la existencia y del contenido de las cláusulas, lo que implica la necesidad de que éstas sean claras y de que se comuniquen correcta y tempestivamente a los contratantes no predisponentes; concretamente, para Pagador, los requisitos de inclusión son «... aquellos requisitos o exigencias legales que ha de satisfacer quien se propone utilizar condiciones generales o cláusulas predisuestas en el desarrollo de su actividad negocial (predisponente) a fin de asegurarse de que aquéllas lleguen a formar parte del contenido contractual, o sea, a fin de que se produzca su efectiva incorporación al contrato» (p. 345). Comienza Pagador diciendo que los artículos reguladores de este control son fundamentalmente los siguientes: 5, 7 LCGC, 10.1.a) LGDCU y 3 LCS, preceptos a cuyo análisis dedica las páginas siguientes. Tras unas observaciones sobre los mencionados textos legales y unas consideraciones generales, pasa el autor a examinar detenidamente el control de inclusión en el artículo 3 LCS, distinguiendo muy pormenorizadamente las cláusulas de carácter lesivo para el asegurado (cuya represión jurídica consiste exactamente no en un control de incorporación sino de contenido), las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado y las cláusulas de delimitación del riesgo objeto de cobertura. Permítaseme destacar el tratamiento de las cláusulas *claims made* (pp. 371 ss., en nota), a propósito de las cláusulas lesivas, o el de las cláusulas de delimitación del riesgo que sean lesivas por ser sorprendentes (pp. 378-379). Abórdase seguidamente —saltando a un ámbito general, esto es, más allá del contrato de seguro— el llamado requisito de perceptibilidad-legibilidad, comprensibili-

dad y concreción, aludiéndose al tamaño y al tipo de letra, a la clase de lenguaje, etc., con ricas referencias jurisprudenciales y jurídico-positivas, pudiendo destacarse, entre otras cuestiones, las referencias a las denominadas cláusulas salvatorias o sanatorias (especialmente, p. 410). Trata después el autor del requisito de entrega o facilitación de las condiciones generales al adherente, distinguiendo los casos de contratación telefónica y electrónica, los de contratos que habitualmente no se perfeccionan por escrito y los de contratos que sí se celebran ordinariamente por escrito, aclarando Pagador, respecto de las cláusulas predispuestas insertas en estos últimos, que, si aquéllas no se hallan colocadas en el documento contractual delante de la firma, dicho documento debe referirse a ellas (en la llamada *cláusula de referencia*) y el texto que las contiene debe ser entregado al adherente antes de la firma del contrato o simultáneamente a ella; merece destacarse la abundancia de citas jurisprudenciales que ilustran los razonamientos del autor, por ejemplo al estudiar el supuesto de incorporación por referencia o reenvío a otros textos o documentos (pp. 438 ss.).

El capítulo V y último, el más extenso del libro, se titula «Reglas de interpretación, control de contenido y consecuencias negociales de la práctica de los diversos controles legalmente previstos». Especial importancia tiene el comienzo del capítulo, donde el autor clasifica dentro del concepto de interpretación todas las actividades encaminadas a la determinación de la denominada «regla negocial» que no son propiamente hermenéuticas (integración, calificación, etc.), aunque seguidamente matiza algo lo dicho al hablar de «interpretación en sentido estricto» (pp. 447-448); advierte luego, en línea con la tesis dominante, que «...la fase de interpretación contractual se produce *con posterioridad a la práctica del control de inclusión o incorporación* y precede, en su caso, a la *práctica del control de contenido*» (p. 449). Inmediatamente después advierte Pagador que estas operaciones a veces son confundidas por la doctrina, por los jueces y por el mismo legislador, pues a veces «...se califica como interpretación lo que es en realidad control de contenido o *se viste* de control de incorporación lo que es actividad de interpretación» (p. 452): en efecto, el artículo 6 LCGC, teóricamente dedicado a la regulación de la interpretación, alude verdaderamente a ella a propósito de la llamada interpretación *contra proferentem*, pero realmente introduce unos *requisitos negativos o revocatorios de incorporación* cuando establece las reglas de la prevalencia de las cláusulas particulares y de la condición más beneficiosa para el adherente (pp. 452 ss., y 484 ss.): esto es, al decirnos la ley que las cláusulas generales quedan desplazadas por las particulares o que las más perjudiciales quedan desplazadas por las más ventajosas, eliminamos del contrato las generales y las perjudiciales, lo que teóricamente corresponde —eso sí es reconocido por Pagador— a lo que todos llaman «control de inclusión». Permítaseme avisar ya al lector de que, para decidir si algo es más beneficioso o más perjudicial, hay que interpretar, como hay que interpretar asimismo para calificar a una cláusula de oscura o ambigua, cosa que no suele tener en cuenta la doctrina, ni siquiera Pagador mismo, al sostener, como vengo diciendo, que las cláusulas ambiguas padecen el control de inclusión (además de que, según la LCGC, deben ser interpretadas *contra stipulatorem*), control previo a la tarea hermenéutica [no se olvide que la LCGC asigna dos efectos distintos e incompatibles a la oscuridad: arts. 6.2 y 7.b)]. Pero continuemos describiendo el contenido del libro, que prosigue seguidamente con un estudio pormenorizado de los aludidos requisitos negativos de inclu-

sión (pp. 453 ss.): trata así primeramente de las cláusulas sorprendentes y luego de la regla de la prevalencia, aclarando que «...en principio sólo son objeto de control de contenido aquellas cláusulas de condiciones generales que hayan pasado a formar parte del contrato por reunir los requisitos de inclusión y no hayan sido *desincorporadas* por su carácter sorprendente o por hallarse en contraste con acuerdos individuales alcanzados entre las partes» (p. 470). Alude seguidamente la obra a la interpretación *contra proferentem*, atendándose el problema de cuándo la oscuridad produce la no inclusión y cuándo se interpreta la cláusula a favor del adherente (pp. 472-473) y aludiéndose al hecho de que la técnica en cuestión sirvió en los tribunales para hacer operar el control de contenido cuando faltaban normas para que dicho control pudiera tener lugar. Sobre si la interpretación debe ser subjetiva u objetiva, opina Pagador que en el ejercicio del control abstracto debe ser objetiva, debiendo, por el contrario, ser subjetiva o circunstanciada en el del control concreto. Continúa el autor haciendo un análisis minucioso de las cláusulas sorprendentes, considerando que el Derecho español las contempla aunque no las mencione expresamente con ese nombre; aborda seguidamente la relación entre la regla de la prevalencia y la de la condición más beneficiosa, delimitando primorosamente diferentes supuestos fácticos que determinados principios exigen distinguir; trata luego de las cláusulas de forma escrita, de confirmación y de cierre contractual, así como del problema de la condición más relevante, para desembocar ulteriormente en un estudio extenso (ya en sede de interpretación *stricto sensu*) sobre el régimen de la interpretación *contra proferentem* (presupuestos de aplicación de la regla y consecuencias de dicha aplicación) y en una breve referencia a la regla de la interpretación restrictiva de las cláusulas desfavorables o gravosas para el adherente. Pasando a los temas de la ineficacia parcial e integración y a los de ineficacia total del contrato (pp. 572 ss.), tras una introducción, afronta el llamado «control abstracto», es decir, el problema de las acciones colectivas frente al empleo de condiciones generales ilícitas, aludiendo asimismo al Registro de Condiciones Generales de la Contratación, textos ilustrativos y divertidos en los que se deslizan llamativas críticas a quienes participaron, desde el Parlamento, en el progresivo empeoramiento del texto, ya muy censurable, que procedía del Ministerio, acabando de pulverizar la Ley 7/1998. Pero volvamos a la obra, que en sus pp. 596 ss. trata extensamente de las consecuencias negociales de la ineficacia de condiciones generales y cláusulas predispuestas. En las primeras páginas de este tramo anuncia Pagador el plan de exposición, advirtiendo que se trata de explicar fundamentalmente los artículos 8, 9 y 10 LCGC y 10 y 10 *bis* LGDCU, en su actual redacción; recordemos que, tras el control de inclusión y la interpretación, procede el control de legalidad de las cláusulas y el control de contenido de las mismas; pues bien, aclara el autor que dicho control de contenido opera mediante la nulidad de las cláusulas abusivas, la integración del contrato encaminada a recomponer a éste de las consecuencias de esa nulidad y, en algunos casos (afección de algún elemento esencial o surgimiento de una posición no equitativa entre las partes), la ineficacia total del contrato con posible moderación de las consecuencias de ese resultado por el Juez: a partir de la p. 612 explica sistematizada y pormenorizadamente Pagador este proceso. Respecto de la ineficacia de las cláusulas abusivas, que, en principio, como se dijo, consiste en una ineficacia sólo parcial del contrato, cree el autor que estamos ante nulidad y no ante anulabilidad (pp. 616-617). Plantea seguidamente el problema de qué sucede

cuando concurren en las cláusulas contractuales las irregularidades invalidantes contempladas en el Código civil, especialmente vicios del consentimiento. Luego pasa a precisar la noción de cláusula contractual a los efectos de este control: desechando el sentido formal del término «cláusula», trata de encontrar un concepto material, proponiendo que *cláusula* es «...la *partícula* o *unidad* mínima dotada de contenido de regulación material autónomo, o sea, de sentido propio en cuanto regla de conducta» (p. 634), lo que le permite, en el ejercicio de un exhaustivo casuismo, distinguir supuestos en los que hay varias cláusulas o en los que sólo hay una, a pesar de que parezca lo contrario, siendo estos pasajes muy útiles para conjurar manipulaciones fraudulentas de avispados predisponentes, desembocando en el problema de la denominada *blue pencil rule*, expediente técnico de la reducción conservadora de la validez, que Pagador rechaza para el Derecho español (p. 648). En cuanto que guarda relación con la relevancia de la voluntad negocial de los contratantes (tema que se suscita a propósito de la antes mencionada regla), analiza seguidamente el problema de la naturaleza de las condiciones generales, abordando la tesis de la eficacia meramente declarativa propuesta por el profesor Alfaro, tesis que Pagador termina rechazando (p. 663). Sobre el carácter imperativo de la regla de la nulidad parcial coactiva dice el autor que dicho carácter determina la ineficacia de las cláusulas salvatorias, sanatorias, de salvaguardia o de actualización, salvo en algunos casos en los que deba entenderse que no constituyen elusión de tal imperatividad. Seguidamente, tras explicar el profesor de la Universidad cordobesa cómo se realiza la integración inevitable tras la antes expuesta nulidad parcial, se enfrenta a los supuestos en los que la LCGC (combinada con la LGDCU) establece la ineficacia total del contrato: comienza por censurar dicha posibilidad en el plano de la política legislativa, apoyando, entre otras, mis opiniones frente a las de Jesús Alfaro; pasa luego a estudiar las dos hipótesis para las que el legislador determina esta temible consecuencia: afectación de los elementos esenciales del contrato y surgimiento, tras la citada integración y a pesar de ella, de una situación no equitativa (recuérdese la *unzumutbare Härte* de la Ley alemana) en la posición de las partes que no pueda ser subsanada. ¿Y qué tipo de ineficacia (total) se producirá? Tras examinar las diversas posibilidades (nulidad, anulabilidad, rescisión), opta Pagador por la tesis de la resolución del contrato por excesiva onerosidad sobrevenida o por desaparición de la base del negocio (p. 712). La obra se cierra con una reflexión acerca de la indemnizabilidad por culpa *in contrahendo* ante la mencionada ineficacia total del contrato, indemnizabilidad basada en el carácter objetivo de la responsabilidad del predisponente frente al adherente.

Paso ahora a un breve comentario crítico. Todo lo dicho hasta el momento indica al lector especializado que no nos hallamos ante una monografía más, sino ante el punto de referencia obligado del investigador español del Derecho de condiciones generales tras la vigencia de la Ley 7/1998, como lo fue el libro de Jesús Alfaro (que luego cito) respecto del Derecho anterior. Con sus deslumbrantes y abundantes virtudes y sus muy escasos defectos, la obra de Javier Pagador puede calificarse de excepcional: como español, me enorgullezco de que tengamos en nuestros catálogos un texto semejante, debiendo considerarse, en su correcta valoración, la extrema complejidad del tema, la información exhaustiva del autor, la penetración en el tratamiento de los problemas, su pulcritud sistemática y su envidiable creatividad: cuando recuerdo cómo se mueve en el tema de las cláusulas sorprendentes o, incluso



más básicamente, en el del concepto mismo de cláusula (profundizando en una concepción material y sustancial de ella que permita al intérprete esquivar engañosas formulaciones externas), no puedo menos que admirar que un jurista en formación rebase holgadamente el nivel de afamados especialistas sobrados de discípulos y tribunales. Permítaseme asimismo destacar la singular agudeza del autor cuando describe qué tiene, a su juicio, que suceder para que podamos considerar que una cláusula ha sido *impuesta* a efectos de aplicarle la legislación especial (las páginas dedicadas a describir cuándo se da verdadera *negociación* son el producto de una mente poco común); algo parecido cabe decir sobre su exégesis del artículo 3 LCS, o sobre los requisitos para que unas condiciones generales se reputen suficientemente comunicadas; o sobre el empleo del criterio del interés para dilucidar la índole de la ineficacia de un negocio, etc. El manejo de jurisprudencia y de doctrina es ejemplar; el grado de información, altísimo. Respecto de este punto procede hacer una importante observación: podría sorprender desfavorablemente a un lector apresurado la descompensación que parece darse entre el empleo de la doctrina alemana y el de otras: ¿No debe Pagador, autor de una monografía sobre Derecho español, además de abordar exhaustivamente éste y su doctrina, referirse a otras proporcionadamente, invocando las aportaciones francesas, italianas, portuguesas, británicas, etc., tanto como la alemana? La respuesta debe ser negativa: Pagador actúa perfectamente exhibiendo –y aprovechando– sus descomunales conocimientos sobre la doctrina generada por la Ley alemana de 9 de diciembre de 1976 (*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, abreviadamente, *AGBG*), porque ésta no es una Ley cualquiera, sino el punto de referencia obligado de las demás, incluida la española: en materia de condiciones generales sucede aproximadamente como en Derecho Penal: Alemania es decisiva, incluso si se trata de Derecho español. Tal vez quepa echar de menos alguna referencia a la inglesa *Unfair Contract Terms Act* (abreviadamente, *UCTA*) de 1977 o al Derecho norteamericano (por cierto, provechosamente tratado, en sede de interpretación del Derecho español, por Ballesteros en su obra, *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*, Barcelona, 1999); pero la trascendencia para España del Derecho anglosajón en esta materia no es ni remotamente comparable a la de la *AGBG*. Apunto, no obstante, la posible utilidad de la doctrina de las *reasonable expectations* (expectativas razonables), importada a nuestro país por el mencionado José Antonio Ballesteros, para explicar no sólo las cláusulas insólitas sino también la misma naturaleza de nuestra figura (quede claro que yo, no obstante, no suscribo todas las interesantes tesis del citado profesor asturiano sobre esta materia).

Con frecuencia Javier Pagador debe lidiar con las dificultades nacidas de la casi nula calidad técnica de la Ley española, a la que dirige –sobre todo en sus notas– críticas de toda índole, algunas francamente divertidas (*vid.*, p. e., pp. 145, 147, 154, 155, 169, 191, 230, 263, 346, 423, 433, 434, 480, 481, 482, 491, 578, 581, 585, 588, 594, 595, etc.). A veces el autor me parece excesivamente puntilloso (p. 230), pero otras veces se queda corto o no aprovecha la ocasión para resaltar «creaciones» del legislador de 1998 que claman al cielo: ¿por qué no censura mucho más, en p. 405, el impresionante artículo 7.b) LCGC, al que casi considera asépticamente? ¿Y por qué no dice lo que merece el artículo 5, núm. 2, de la misma Ley (p. 427), o su artículo 5, núm. 3 (p. 431)? Por otra parte, aunque lo sugiere, no llega a afirmar Pagador, en pp. 592 ss., que lo mejor que puede suceder es que el Registro de Condicio-

nes Generales no sirva para nada, pues lo contrario podría distorsionar parte del ordenamiento (el autor no puede hacerse eco del aún no aparecido Reglamento aprobado por RD 1828/1999, de 3 de diciembre). Apuntemos que en una ocasión (p. 606) Pagador alaba al legislador, lo que me produjo una relajante sorpresa.

Pero la presente nota no queda completa sin detenerme, aunque sea brevemente, en algunos puntos. Permítaseme primero que tercié en una polémica y permítaseme luego que disienta de Pagador en algunos aspectos importantes.

La polémica se refiere a la manoseada cuestión del fundamento de la obligatoriedad de las condiciones generales, problema que muchos designan como el de la «naturaleza jurídica» de éstas: estoy de acuerdo con Pagador (pp. 49 ss. y 649 ss.) y con Ballesteros (pp. 270 ss. y 294 de la obra antes citada) (cito ahora sólo autores de monografías recientes) en la defensa de la tesis llamada *contractualista* de las condiciones generales, así como en sus críticas a la denominada tesis de la *eficacia meramente declarativa* de éstas enunciada por el profesor Alfaro en su obra *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991, pp. 93 ss., obra, por otra parte, de extraordinaria calidad, cuyo contenido admiro y, en gran parte, suscribo. Pero ni Ballesteros ni Pagador advierten que la mencionada tesis de Jesús Alfaro sobre la eficacia declarativa merece una crítica mucho más radical que las propuestas por ellos: carece de sentido afirmar que unas determinadas cláusulas obliguen sólo porque sean acordes con el ordenamiento jurídico, porque, si yo redacto unas hipotéticas cláusulas conformes a Derecho y las introduzco en un cajón, ningún efecto jurídico producirán si nadie las suscribe, siendo esta suscripción la que genera su obligatoriedad; es cierto que, si no son acordes a Derecho, tampoco obligan aunque se firmen, pero la firma es imprescindible: y no se me diga que tal suscripción es una mera aceptación de la formalización del ordenamiento, pues una de dos: o las condiciones generales no añaden nada al citado ordenamiento, siendo un *nihil* jurídico (lo que nadie se cree, pues las condiciones generales tienen mil contenidos posibles diferentes, entre los compatibles con el Derecho objetivo); o sí añaden, siendo en tal caso necesario fundamentar la obligatoriedad de ese contenido añadido, que, para producir efectos jurídicos entre A y B, no basta con que sea acorde con el ordenamiento (dentro del cual se encuentra, eso sí, el principio de buena fe, *pero no las cláusulas acordes con ese principio*) (recuérdese el papel de mi cajón), sino que debe haber sido querido (al menos en su existencia, aunque tal vez no en su preciso contenido) por los afectados (tesis contractualista), a no ser que defendamos (lo que yo no hago) que ese *nuevo* contenido, *añadido* por el predisponente al ordenamiento *previo a él, sea también ordenamiento* (tesis normativista). En rigor, la tesis «declarativista» no es que sea errónea o inadmisibles (eso lo es la normativista, hoy también por motivos constitucionales), sino que carece de contenido real, esto es, que *no existe*, en cuanto que carece de sentido: es verdad que las condiciones generales contrarias a la buena fe no valen y que las que sean acordes a ella sí valen, pero siempre que hayan sido aceptadas negocialmente *ex artículo 1089 CC*: mientras permanezcan en el cajón son *perfectas cláusulas inexistentes* como *lex privata*: para vincular a alguien, o (ellas mismas) *son* ordenamiento, o, siendo conformes a él (incluyendo leyes, costumbres y principios como el de la buena fe), son *además* queridas por alguien como fuente de derechos y obligaciones. No hay alternativa *lógica*. Pues bien, Pagador pudo decir esto. Y no lo dijo.

Vayamos ahora a las operaciones de determinación del contenido de un contrato sometido a condiciones generales. Pagador, en línea con la doctrina casi unánime dentro y fuera de España y con las Leyes reguladoras de la materia (incluida la española de 1998 –recuérdense sus arts. 5, 6 y 7–), mantiene que el control de inclusión comprende la aplicación de las normas atinentes a la entrega del documento que contiene las cláusulas, al tipo de letra, al idioma y a la claridad del texto; y que, tras dicho control, después de la desincorporación de cláusulas generales o más perjudiciales, etc., comienza la fase de interpretación, previa al control de legalidad y al de contenido. Pues bien, disiento, en cuanto que, para concluir que una cláusula es ambigua o no, o si admite interpretación a favor del adherente, o si es más beneficiosa o no que otra, hay que interpretarla. El *iter* racionalmente correcto en una Ley ideal sería: primeramente, determinación del contenido contractual, decidiendo qué cláusulas pertenecen al contrato porque hayan sido entregadas tempestivamente al adherente, estén redactadas en letra grande y visible, en el idioma pertinente, etc. Sabido así *qué entra y qué no entra*, es necesario interpretar *lo que entra*, para saber: 1.º) Si es ambiguo u oscuro o si es claro; en este sentido la Ley debería decir si la oscuridad se sanciona con la interpretación *contra proferentem* o si la cláusula es nula (como sucede, *ex art.* 1289 CC, por indeterminación de su contenido), o cuándo se opta por una solución y cuándo por otra; 2.º) Siendo claro el contenido, se indagará si es ilegal con arreglo a los criterios generales (p. e., arts. 6, 1255, 1271, 1275 CC) o si es abusivo (*ex arts.* 8 ss. LCGC y 10 y 10 *bis* LGDCU).

Paso a otro punto en el que también discrepo de Pagador, pero, para abordarlo, continúo describiendo el proceso de fijación del contenido negocial: según Pagador, averiguado que una cláusula es abusiva, la sanción es la nulidad radical (pp. 612 ss.). No es absurda esta tesis, aunque requiera la matización que inmediatamente hago; desde luego, no es anulabilidad, pero la restricción en la legitimación para invocarla que contiene el artículo 9, núm. 1 LCGC parece disuadirnos de la tesis de la nulidad propiamente dicha a pesar de la expresión «nulas de pleno derecho» del artículo 8, núm. 1. Creo que nos hallamos ante una invalidez intermedia entre nulidad y anulabilidad, con rasgos de una y otra (por cierto, subsumible en la nulidad de Pasquau Liaño –*Nulidad y anulabilidad del contrato*, Madrid, 1997–), lo que, en sí, no es censurable: aquí no se equivocó el legislador de 1998, aunque debió aclarar más la cuestión y, desde luego, evitar la expresión «de pleno derecho» aludida. Tras optar por la nulidad de esas cláusulas, afirma Pagador que esa nulidad no acarrea la de todo el contrato y trata seguidamente de la integración de éste en unas admirables páginas que, en general, suscribo; como suscribo su rechazo, en el plano de la política legislativa, de las posibilidades de que la nulidad de las cláusulas abusivas acarree la ineficacia total del contrato, apoyando brillantemente Pagador mi tesis frente a la de Jesús Alfaro (p. 684). Estoy asimismo de acuerdo con que las hipótesis de aplicación de la medida consistente en la ineficacia total del contrato surjan tras la integración y a pesar de ella (pp. 689 ss.). Ahora bien, disiento rotundamente de Javier Pagador en que la ineficacia total del contrato acaezca en estos casos (arts. 9, núm. 2, y 10, núm. 1 LCGC, y 10 *bis*, núm. 2, *in fine*, LGDCU) consista en una resolución, afirmación cuya fundamentación contrasta con el tono de esta magnífica obra: según Pagador (pp. 701 ss.), nos hallamos ante «...un caso de resolución del contrato por excesiva onerosidad sobrevenida o por desaparición de la base del negocio» (p. 712). Pues bien, hay que recordar al profesor Pagador que esta figura de la resolución, incluso en la

modalidad que él propone, opera cuando, perfeccionado un contrato con plena regularidad, surgen *sobrevenidamente* eventos que convierten en excesivamente gravosa o difícilmente ejecutable la prestación. Ni remotamente éste es el caso: lo que sucede en nuestra hipótesis es que *durante el perfeccionamiento del contrato* ya se dan irregularidades (cláusulas abusivas), cuya existencia *se detecta y se declara después*: es el Juez (o eventualmente otro jurista) quien, tras el control de inclusión y la interpretación, al ejecutar el control de contenido, califica de abusivas esas cláusulas y las declara nulas (por cierto, esto sí es reconocido por el autor), nulidad que existirá *ya al firmarse el contrato*. Seguidamente el Juez, para averiguar sobre si, *al firmar*, existía o no *contrato* válido, integra y decide si lo que se firmó *era* un contrato parcialmente inválido o totalmente inválido. El hecho de que estas operaciones se ejecuten materialmente por el juzgador en fecha cronológicamente posterior a la de la firma del contrato no significa en modo alguno que las irregularidades y las consecuencias y sanciones de éstas no se entiendan *acaecidas*, según los criterios generales de la doctrina del negocio jurídico, *en el instante de la firma*: el negocio con cláusulas abusivas es total o parcialmente *ineficaz* por ser total o parcialmente *inválido*, pues nos encontramos ante una *ineficacia* debida a *irregularidades acaecidas* en el proceso formativo del negocio, es decir, irregularidades intrínsecas, como la causa o el objeto ilícitos, los vicios del consentimiento, etc. Ni rescisión ni resolución, sino, sin duda, invalidez: quien contrata con una cláusula abusiva infringe el ordenamiento. He de reconocer que la deficiente técnica de nuestro legislador al regular la rescisión (arts. 1290 ss. CC), acercándola a contratos de prestaciones descompensadas, puede despistar a un jurista superficial, cosa que obviamente no es Pagador. ¡Pues con menos motivo aún cabe hablar de resolución! No se olvide además que el autor opina que la sanción ante el carácter abusivo de una cláusula es la *nulidad* de esa cláusula: ¿por qué «se pasa» a la resolución cuando la nulidad de la cláusula *arrastra* al contrato entero? Recuerdese que, invalidez sin duda, nos hallamos ante una figura intermedia entre la nulidad y la anulabilidad, más cercana a la primera que a la segunda. Lo cual es admisible: en esto no censuro al legislador, que, sin embargo, podría haber precisado algo más el régimen de esta invalidez.

En el capítulo de las censuras, añádase a lo dicho las incorrectas alusiones del autor a la causa del contrato (pp. 82, 712 y 713): si la causa existe y es lícita al contratar, no puede *luego* dejar de existir o distorsionarse, pues, como elemento constitutivo del perfeccionamiento del contrato, es juzgada *entonces*, no luego. Hay causa ilícita o no hay causa al perfeccionarse el contrato y entonces es nulo por ello (art. 1275 CC). Estas inexactitudes me extrañan, porque sé que Javier Pagador, a diferencia de la mayor parte de la doctrina, sabe qué es la causa, si bien comprendo que es fácil resbalar en tan arduo tema: el inconveniente que padece este autor es que cabe exigirle la perfección. Por otra parte, la forma del artículo 1280 CC es exigida *ad utilitatem*, no *ad probationem*, como escribe incorrectamente gran parte de la doctrina civilística y reproduce indebidamente Pagador (p. 420). Y, por otra parte, en sede de cláusulas de forma escrita (forma convencional) (pp. 526 ss.), el autor debe caer en la cuenta de que la figura (contemplada incluso en algunos prestigiosos Códigos civiles) carece en sí de sentido, pues el contrato ulterior en el que no se observa la forma pretendidamente obligatoria pactada anteriormente en otro contrato, al gozar del mismo «rango jerárquico» que el anterior, lejos de infringir el primero, lo sustituye, al menos para el supuesto que aborda. En sede de indemnización por *culpa in contrahendo* ante la ineficacia

total (pp. 717 ss.), creo que la indemnizabilidad no se fundamenta en la previsibilidad o no de tal índole de ineficacia por el predisponente (de lo que se hace eco el autor en polémica con Ruiz Muñoz), sino precisamente en el empleo de cláusulas abusivas, lo que hace innecesario acudir a la figura de la responsabilidad objetiva (pp. 719-720), que, a mi juicio, por otra parte, existe, si el adherente es consumidor. Por otra parte, la bibliografía civilística que Pagador cita (p. e., en p. 448) sobre interpretación e integración es insuficiente. Por último, a veces Pagador peca de excesivamente reiterativo: emplea, por ejemplo, varias páginas (desde la 457 a la 464) para decirnos algo que ya en la primera estaba claro y demostrado. El lector advertirá que todo esto, no obstante, es una pequeña sombra en un festival de luces.

¿Qué balance debo hacer de esta obra? Creo que de todo lo dicho puede el lector inferir mi juicio crítico: como antes apunté, no es una buena monografía más, sino un punto de referencia obligado en la doctrina europea a la hora de reflexionar sobre la predisposición del contenido contractual. Si digo que nos encontramos ante una obra excepcional y ante una de las más sobresalientes aportaciones sobre el tema en nuestro continente, hago una afirmación verdadera, pero no suficiente: no expreso aquí todo lo que la obra merece para no herir la respetable pero injustificada modestia de Javier Pagador y para no suscitar en muchos corazones el explicable dolor que produce una desmesurada excelencia ajena.

Luis-Humberto CLAVERÍA GOSÁLBEZ

**PÉREZ PÉREZ, Emilio: *La propiedad del agua. Sistema estatal y sistema canario*, ed. Bosch de Barcelona, 1998, 214 pp.**

1. El autor del libro objeto de esta nota crítica ha publicado durante las dos últimas décadas varios libros y artículos sobre Derecho de aguas y ha ejercido, aunque con encomiable discreción, un importante protagonismo en el proceso de reforma legislativa de esta rama del Derecho que se ha llevado a cabo en España en la década de los ochenta. Ha recibido diversos reconocimientos por su entusiasta labor en este campo, de algunos de los cuales –seguramente que no de todos– puedo informar aquí. Ante todo, habría que decir que Pérez Pérez ha desempeñado cargos de responsabilidad en la Administración Hidráulica y que se doctoró en Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia, donde ha sido también Profesor Asociado. En 1983 publicó en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario un artículo sobre aguas subterráneas que fue distinguido con un *accessit* en el concurso convocado por el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo con ocasión del centenario de la Ley de Aguas de 1879. Por esas fechas debió ser llamado por el Ministro del PSOE don Julián Campo Sáinz de Rozas, durante la primera legislatura del Gobierno de este partido con mayoría absoluta, para integrarse en el equipo que habría de realizar la Ley de Aguas de 1985, hoy actualmente vigente, y desarrolló, al parecer, en ese equipo un importante papel y un destacado protagonismo. Con posterioridad, el profesor Albala-dejo le encargó los comentarios a la nueva Ley de Aguas de 1985, ocupando el comentario que en efecto hizo casi la totalidad de uno de los tomos de la importante obra colectiva dirigida por dicho profesor y titulada *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, editada por EDESA. En fecha que ignoro,

pero situada hacia principios de los noventa, Pérez Pérez fue admitido como académico de número de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia. Desde 1986 en adelante este autor ha participado como ponente en numerosos congresos y jornadas sobre Derecho de aguas de los muchos que se han venido celebrando en el país, siempre con la consideración de experto en esta disciplina y conociéndose por los iniciados su papel destacado en las tareas legislativas. En fin, el libro a que se refiere esta nota crítica ha sido objeto de una elogiosa recensión por parte del profesor Antonio Embid Irujo, Catedrático de Derecho administrativo en Zaragoza, quien llega a calificar a su autor como sabio ejemplar y lo contrapone a los malos profesores de Universidad (cfr. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 12, 1998, pp. 465 a 469). Como se ve, en definitiva, el autor del libro objeto de esta nota crítica pasa por ser uno de los principales expertos españoles en Derecho de aguas.

Por mi parte, pese a esta buena fama de Pérez Pérez ante cierto sector de la doctrina, he mantenido en mi reciente libro *Aguas públicas y aguas privadas*, editado por la Editorial Bosch de Barcelona en 1996, además de en otros trabajos anteriores y posteriores al mismo, enormes desacuerdos y discrepancias con dicho autor (cfr. para mi opinión general sobre la obra de este autor la p. 751 de mi libro, y para las dos docenas de graves discrepancias con él sobre diversos puntos concretos de nuestra legislación de aguas, las pp. del mismo libro 29, 65, 276, 281, 299 y 303, 305, 347, 359, 369 y 370, 381 y ss., 386, 420, 435, 436, 445, 476, 478, 541, 587 y 590, 620, 659, 681 y 703, y 714). Después de leer reflexivamente desde hace muchos años la mayor parte de los libros y trabajos de este autor, creo estar en condiciones de poder afirmar que sus trabajos arrancan siempre de un bagaje teórico bastante pobre y de una metodología altamente cuestionable, caracterizada por desconocer absolutamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo y por un manejo excesivamente parco y esporádico de la doctrina. Como el libro objeto de esta nota crítica creo que es, o intenta ser, en alguna medida, contestación a las críticas que yo había formulado a anteriores trabajos de su autor y aun a la Ley de Aguas vigente de 1985, deseo en este trabajo reafirmar esas opiniones y críticas mías sobre las opiniones de este autor y sobre la Ley de Aguas vigente, opiniones que se asientan en veinte años de dedicación al estudio del Derecho de aguas. Pienso, además, que el hecho de que el autor del libro que voy a comentar sea también uno de los principales autores de la Ley de Aguas de 1985 (de entre todos ellos, que yo sepa, es el único que ha sido señalado como tal en un par de prólogos de libros) acaso confiere a este trabajo un interés añadido o especial para los juristas interesados en el estudio del Derecho de aguas.

2. El libro objeto de esta nota crítica intenta clarificar en casi doscientas páginas el pensamiento de su autor sobre las líneas básicas del (difícil) vigente ordenamiento jurídico de las aguas. Este honesto esfuerzo por aclarar el actual sistema jurídico de las aguas es quizás la principal virtud del nuevo libro, aunque no deje de facilitar, como verá el lector reflexivo que culmine la lectura de esta nota crítica, la crítica al endeble sistema construido por Pérez Pérez. Acaso deban señalarse también como méritos del libro un esfuerzo mayor que en ocasiones anteriores por informarse sobre la historia y caracteres del actual sistema jurídico de las aguas en Canarias; el que haya eludido o rectificado algunas opiniones anteriores que otros le habíamos criticado (me refiero a algunas en lo sucesivo); y el que haya recogido y aceptado algunas ideas ajenas que sin duda aumentan el valor informativo del libro. Por referir-

me sólo, en este último sentido, a opiniones más sobre temas importantes que aparecen en el libro, habría que aludir al carácter de regla general para las aguas privadas del apartado 1.º de la DT 4.ª y a sus consecuencias (cfr. pp. 76 y ss. de su libro); a la atención prestada por primera vez por el autor al importante problema de los títulos históricos (cfr. pp. 31 y ss.); al régimen jurídico de las aguas sobrantes en la Ley de Aguas de 1879 (cfr. pp. 44 y ss.); o a la atención un poco más cuidadosa que en ocasiones anteriores que presta el libro al problema de la delimitación para las aguas entre las jurisdicciones ordinaria y contencioso administrativa (cfr. pp. 195 y 196).

Pero en cuanto a la metodología utilizada en el libro objeto de esta nota crítica, siguen apareciendo los mismos vicios y carencias característicos de toda la obra de este autor: manejo sesgado y escaso de la doctrina previa, y desconocimiento prácticamente absoluto de la jurisprudencia. En cuanto a lo primero haré algunas alusiones significativas en lo sucesivo. En cuanto a lo segundo, diré que en las doscientas páginas del libro sólo se citan seis sentencias del Tribunal Supremo (cfr. pp. 124 y 125, donde se citan cuatro sentencias antiguas, y p. 203, donde se citan dos sentencias del propio Tribunal del año 1996). Y da la casualidad de que la cita de las cuatro sentencias antiguas es sumamente desafortunada, porque las mismas declaran el carácter privado o cuasiprivado de las aguas originariamente públicas y sobre cuyo uso privativo se hubiese otorgado concesión administrativa, tesis de alguna jurisprudencia antigua que contradecía frontalmente la Exposición de Motivos de la Ley de Aguas de 1866, y tesis ya abandonada hace mucho tiempo por el propio Tribunal Supremo y por la casi totalidad de la doctrina (cfr. por todos, Sebastián Martín Retortillo, *Derecho de aguas*, 1997, pp. 152 y 259; o mi libro de 1996, pp. 129 y 149). Pérez Pérez descubre ahora esta antigua y descarrada teoría y se apunta a la misma. Véase, en el sentido de la contraria y casi unánime opinión actual del carácter todavía público de las aguas objeto de una concesión administrativa, la rotunda afirmación de la sentencia de la Sala 3.ª, Secc. 4.ª, del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1996, en el tercer Fundamento de Derecho (cfr. *Aranzadi*, núm. 6802).

3. En todos sus trabajos anteriores este autor había sido uno de los más entusiastas y radicales defensores de la equivocada teoría según la cual la propiedad privada del agua sería en realidad un mero derecho real de aprovechamiento. Habiendo criticado yo meticulosamente dicha teoría tanto respecto de la Ley de Aguas anterior como de la actual en mi libro de 1996 (cfr. pp. 381 a 450), Pérez Pérez ha rectificado en parte y matizado sus opiniones respecto de la ley anterior y ha mantenido sustancialmente sus posiciones respecto de la vigente Ley de Aguas de 1985, que en efecto aparece bastante influida o contaminada en su terminología (supongo que, al menos, por la propia influencia en su momento de este autor al colaborar en la elaboración de la ley) por la errónea teoría antes mencionada. Veamos primero brevemente cómo presenta el autor en forma incompleta y sesgada los antecedentes históricos y el estado de la cuestión bajo la Ley de Aguas de 1879.

Ante todo, vuelve Pérez Pérez a aportar, con cita de algunos autores, el argumento seudofilosófico y seudojurídico de que la propiedad del agua sería supuestamente imposible (cfr. pp. 18 a 20), y a traer a colación, mezclándola poco rigurosamente con ideas y argumentos jurídicos, la idea económica de Aguilera Klink de que el agua es una «propiedad común» o un «activo social» (cfr. pp. 22 y ss. y 64-65). Además, vuelve a insistir en la afirmación de la Exposición de Motivos de 1866 de que todas las corrientes de aguas se habrían

hecho públicas desde la Ley de Aguas de 1866 (cfr. p. 31), pero sin recoger las varias razones que yo había dado para relativizar el valor de esa afirmación (cfr. pp. 390 a 393 de mi libro de 1866) y sin recoger los párrafos de esa misma Exposición de Motivos que precisamente explican el convencimiento de los autores de la misma de que era posible la propiedad privada de aguas corrientes o el convencimiento de los mismos de que iban a existir en el Derecho español dos clases de corrientes: las corrientes de aguas públicas y las corrientes de aguas privadas. Con esos tendenciosos precedentes históricos, aborda también sesgadamente el estado de la cuestión sobre la naturaleza bajo la ley anterior del derecho a las aguas de un manantial natural situado en finca privada, al afirmar meramente que era discutido si fuera una verdadera propiedad privada o un mero derecho de aprovechamiento (lo que no es incierto, pero sí gravemente incompleto) y al dar a entender que el Tribunal Constitucional se ha inclinado por lo segundo en su sentencia 227/1988.

En realidad, numerosos preceptos de la Ley de Aguas de 1866-1879 y del Código civil afirman rotundamente la propiedad privada del agua corriente; esa es la opinión casi unánime de toda la doctrina del siglo XIX y de las seis primeras décadas del siglo XX; sólo las tres últimas décadas se ha cuestionado por algunos con muy endeble fundamentos la propiedad privada del agua corriente; y finalmente, el Tribunal Supremo, en todas sus salas, ha mantenido con firmeza y sin fisuras la misma opinión favorable a la propiedad privada del agua corriente durante 130 años. Éste es el verdadero estado de la cuestión sobre la polémica mencionada y para conocerlo a Pérez Pérez le bastaba consultar mi libro de 1996 en las páginas arriba indicadas. En fin, tampoco es cierto, como insinúa este autor, que la sentencia 227/1988 del Tribunal Constitucional haya acogido la errónea teoría de que la propiedad privada del agua fuera en realidad un mero derecho de aprovechamiento bajo la ley anterior (cfr. pp. 444 a 448 de mi libro de 1996), lo que hubiera supuesto una ruptura con una tradición de siglos que el Tribunal Constitucional no ha pretendido hacer. Respecto de las aguas subterráneas bajo la Ley de Aguas anterior Pérez Pérez rectifica su opinión anterior (sin advertirlo al lector) y admite ahora que fuera la propiedad privada lo que el alumbrador adquiriría, adquisición que explica siguiendo las ideas al respecto del profesor Nieto García (cfr. pp. 48 a 50). Se ha desinteresado el autor de la crítica que, conectando con una inteligente jurisprudencia del Tribunal Supremo, yo había formulado a la interesante explicación en este punto del profesor Nieto (cfr. pp. 247 a 249 de mi libro de 1996).

Aunque ya se ve que respecto a la situación bajo la Ley de Aguas anterior Pérez Pérez ha reconsiderado su posición y su anterior entusiasmo por la reducción de la propiedad privada del agua corriente a un mero derecho de aprovechamiento, el autor cree haberse hecho fuerte *retrasando* su teoría y sus argumentos al ámbito de la vigente Ley de Aguas de 1985. Veamos con qué explicaciones y con qué resultados.

Sostiene el autor en el libro objeto de esta nota crítica que la propiedad privada del agua se transforma inmediatamente en un derecho *sui generis* una vez que el propietario ha optado en el plazo de tres años desde la entrada en vigor de la vigente Ley de Aguas por inscribir su derecho en el Registro de Aguas. Este titular de las aguas ya no tendría una propiedad temporal por cincuenta años, sino un mero goce «congelado» o derecho a que se le respete el «régimen de aprovechamiento», hasta el punto de vincularle ya necesariamente el destino económico que venía dando a las aguas el 1 de enero de



1986, además de que no podría disponer del agua misma sino sólo vender o disponer de las aguas conjuntamente con la finca a la que estaban destinadas en esa misma fecha del 1 de enero de 1986 (cfr. pp. 127, 70 a 73, 128, 144, 178 y 197) Y si el propietario de las aguas había optado por no inscribir su derecho en el Registro de Aguas en el plazo legal de los tres años (pudo inscribirlo en el Catálogo), entonces le reconoce el autor una teórica propiedad privada indefinida, pero completamente vacía de contenido, al defender que también en este caso el «propietario» del agua tendría igualmente «congeladas» en el sentido indicado tanto su facultad de goce como su facultad de disposición. Para usar las aguas en un destino económico distinto del inicial o para enajenar normalmente su agua separadamente del fundo de su destino inicial el titular habría de solicitar necesariamente a la Administración la transformación de su derecho en una concesión administrativa, por aplicación del apartado tercero de las DT segunda y tercera (cfr. pp. 56 y ss, 73 a 75, 117 y 164). Incluso llega a proponer el autor, en coherencia con esta explicación, que la futura reforma de la normativa hipotecaria haga desaparecer la inmatriculación de aguas privadas como finca independiente en el Registro de la Propiedad (cfr. pp. 153 y 163 y ss.). Piensa el autor finalmente que, en virtud de esta regulación basada en la supuesta propiedad privada «congelada» del agua, cuando termine el período legal transitorio de los cincuenta años ya prácticamente sólo habrá aguas de dominio público en nuestro país (cfr. pp. 14-15, 77 y 118-119).

Éstas son las ideas básicas que pone en su libro Pérez Pérez, muy en la línea de lo que el autor había venido defendiendo en trabajos anteriores, e ideas que representan, en mi opinión, un resultado completamente irrazonable y que tiene que alcanzar además el autor violentando extraordinariamente la letra y el texto de la vigente Ley de Aguas.

Veamos primero con algunos ejemplos qué es lo que verdaderamente nos propone Pérez Pérez. Imaginemos que Juan tiene dos fincas, la finca X, con un manantial de aguas privadas, y la finca Z, situada al borde de una carretera. Imaginemos también que Pedro, vecino de Juan, tiene otra finca, la finca Y, que se interpone en parte entre las dos fincas X y Z de Juan. En buena lógica, siendo Juan propietario de la finca X y del manantial situado en la misma, parece que debería poder usar sus aguas para el destino económico que prefiera: por ejemplo, para una granja de pollos, o para una de cerdos, o para construir un abrevadero para su ganado, o para regar una huerta, o para regar unas vides, o para un pequeño negocio de agua embotellada, etc. Según Pérez Pérez, en cambio, si venía utilizando el agua para un destino (por ejemplo, para una granja de pollos) desde antes de la entrada en vigor de la ley vigente, ya no podría cambiar luego ese concreto destino sin ver transformado su derecho en una concesión administrativa. Y ello tanto si Juan había inscrito su manantial en el Registro de Aguas como si en el Catálogo de Aguas Privadas. ¿Es razonable? Y según este autor tampoco podría Juan, sin perder su propiedad del agua y sin verla inmediatamente trocada en una concesión, constituir una servidumbre de acueducto a través de la finca de Pedro para llevar las aguas de su manantial a su propia finca Z, al efecto de construir y dotar de agua en su finca a un restaurante y merendero de montaña a la orilla de la carretera. ¿Es razonable? Imaginemos ahora que Pedro, el vecino, quiere comprar el agua del manantial a Juan para regar una huerta suya o para construir un merendero y dotarlo de agua. Aunque Pedro no esté interesado en la finca X, porque ya su finca Y es muy grande y le sobra terreno, y aunque Juan

esté deseando venderle el agua, que no utiliza, pero no quiera vender la finca X, Pérez Pérez defiende que la venta tendría que recaer necesariamente sobre el conjunto de la finca X con su manantial, si no quería Juan que su propiedad o derecho sobre el manantial se viese inmediatamente transformado en una concesión. ¿Es razonable? Y si en ese mismo ejemplo Juan venía usando el agua para su granja de pollos, para que no hubiera inmediata transformación en concesión, lo transmitido a Pedro tendría que ser necesariamente, según este autor, la finca X, con su manantial y con el destino de las aguas vinculado a la granja de pollos. ¿Es razonable? O imaginemos que el vecino Pedro, que ya tiene en su finca un caudaloso manantial y no está interesado en el agua, quiere comprar la finca X a Juan para contruir en ella un garaje o un granero. Pérez Pérez sostiene que para que el derecho a las aguas no se transforme inmediatamente en concesión la venta de Juan a Pedro tendría que recaer necesariamente en el conjunto de la finca X con su manantial. ¿Es razonable?

Estos resultados que nos propone Pérez Pérez, contrarios a la más elemental lógica de nuestro Derecho patrimonial y a una tradición de siglos, deben alcanzarse además, como decía, a través de una interpretación forzadísima de nuestra Ley de Aguas. En efecto, la construcción doctrinal de este autor se basa en dos lecturas concretas de dos normas concretas de la Ley de Aguas, y desconoce la inequívoca lectura de otra media docena de afirmaciones de la propia Ley de Aguas contradictorias con dicha construcción.

En primer lugar, se basa el autor en hacer sinónimas las expresiones legales «*respeto del régimen de utilización del recurso*» y respeto al «*régimen de explotación de los caudales realmente utilizados*» del apartado 1.º de las DT 2.ª y 3.ª, ambas expresiones, del respeto supuestamente necesario al concreto destino económico a dar a las aguas. Tratándose de aguas de propiedad privada una limitación tan drástica y extrema, típica sólo de concesiones administrativas (art. 59-2.º de la Ley de Aguas), como que hubiera de ser vincularse el concreto destino económico dado a las aguas hubiera debido establecerse expresamente. Y no habiéndose hecho, es mejor pensar que las mencionadas expresiones legales apuntan a una limitación meramente cuantitativa del derecho, y que puesto que el «*régimen de aprovechamiento*» bajo la Ley anterior no era, desde luego, un régimen de inmodificabilidad del destino dado a las aguas, el «*respeto*» dado por la Administración a ese mismo régimen anterior tiene que seguir siendo también ahora respeto de un régimen de aprovechamiento sin inmodificabilidad del destino económico dado a las aguas. En caso contrario, ya no sería verdadero «*respeto*» (es el término usado por la ley) del «*régimen de aprovechamiento*» que verdaderamente se tenía antes. Pasar de un régimen de modificabilidad del destino económico a uno de inmodificabilidad del mismo destino económico no sería «*respeto*» a la situación anterior sino falta de «*respeto*» a la misma.

El Tribunal Constitucional parece apuntar a esta idea del límite puramente cuantitativo del derecho respetado al afirmar que se le respeta con «*el mismo grado de aprovechamiento material*» que tenía (cfr. Fundamento Jurídico núm. 12 de la sentencia 227/1988). «*Grado*» casa aquí mejor con cuantía que con destino económico específico e inmodificable o que con rígida vinculación del agua a la finca de su destino económico, según propone Pérez Pérez. Además, en relación con los derechos adquiridos por usucapión sobre aguas públicas, el apartado 2.º de la DT 1.ª, mantiene o respeta «*el derecho a la utilización del recurso*», lo que obviamente no se puede entender que

implique vinculación al destino económico (vinculación que el adquirente por usucapión en absoluto tenía antes), y si esa libertad de goce se mantiene para un derecho más débil que la propiedad privada como es ese antiguo derecho sobre aguas públicas, con mayor razón habrá que entender que se mantiene la libertad de goce genérica para la propiedad privada de las aguas.

La segunda norma en la que se basa toda la construcción doctrinal de Pérez Pérez es el apartado 3.º de las DT segunda y tercera, entendiéndose también aquí este autor la expresión «*modificación de las condiciones o régimen de aprovechamiento*» como aludiendo a cualquier modificación del destino económico de las aguas. Este argumento es más difícil de rebatir satisfactoriamente, porque la expresión legal recordada viene contrapuesta por el propio precepto al «*incremento de los caudales totales utilizados*», lo que nos imposibilita aquí el referir la primera expresión a un límite cuantitativo impuesto por la ley, aparte del propio término legal «*modificación*». Además, y por desgracia, el Tribunal Constitucional ha realizado, aunque sólo en principio respecto del precepto similar al del apartado 3.º de las DT 2.ª y 3.ª de la Ley de Aguas estatal contenido en la Ley de Aguas canaria ya derogada de 1987, una desafortunada (y criticada por varios autores) interpretación muy literalista de dicho precepto del que pretende extraer la imposibilidad de que siguiese la propiedad privada del agua si se realizaban en el aprovechamiento cualquier clase de obras (cfr. Fundamento Jurídico 14.º de la sentencia 17/1990). Hay que admitir que hay algo más, por tanto, que límites cuantitativos a la propiedad, lo que tampoco quiere decir que en este nuevo precepto de la ley estatal «*modificación de las condiciones o régimen de aprovechamiento*» necesariamente deba significar modificación del destino económico anterior del aprovechamiento de agua. Referir esa «*modificación*» al cambio de destino económico viene a representar una interpretación extrema, que violenta extraordinariamente los varios reconocimientos de la propiedad privada del agua que, como explico a continuación, el propio legislador hace en diversos lugares.

Lo que ocurre es que este precepto del apartado 3.º de las DT 2.ª y 3.ª es profundamente ilógico e incoherente (incluso en mayor medida de lo que la doctrina ha advertido: cfr. pp. 540 y ss. de mi libro de 1996) con el sistema general de las DT, debido a que se redactó como pieza de un sistema en el que se preveía la total desaparición a corto plazo de todas las aguas privadas (el sistema previsto en un borrador de anteproyecto de la Ley de Aguas del otoño de 1983) y se mantuvo luego por error en un sistema ya muy diferente en el que, a partir de otro borrador del otoño de 1984, se preveía ya la posible permanencia y continuidad de la propiedad privada del agua siempre que su titular así lo prefiriese. Y ello además de que esta norma considerada está abocada a incumplirse en la práctica casi siempre por el trato tan duro que da al honesto propietario de aguas que acuda a la Administración en las hipótesis que contempla y por haberse dictado en un contexto en el que la Administración hidráulica carece de medios efectivos para controlar lo que pasa en el interior de las fincas privadas. Si la Administración es impotente para enterarse de lo que pasa en el interior de las fincas privadas, también habrá de serlo para vigilar la pretendida «*congelación*» de las aguas privadas. De modo que la brutal contradicción entre este precepto considerado con todos los que establecen la continuidad de la propiedad privada del agua no hay más remedio que interpretarla, por razones sistemáticas dentro de la propia Ley de Aguas y de coherencia con el sistema básico de nuestro Derecho patrimonial, recon-

duciendo dicha contradicción a una interpretación restrictiva del (erróneo) apartado tercero de las DT 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup>. Esta interpretación restrictiva debe ser vista como un mal menor dentro de todo este irracional y oscuro sistema de las disposiciones transitorias de la Ley de Aguas, y es interpretación ciertamente difícil pero no imposible de realizar (cfr. pp. 544 y ss. y 548 y ss. de mi libro de 1996 y la posición también muy crítica con el precepto considerado, y aceptando genéricamente mi explicación, del profesor Sebastián Martín Retortillo, en su libro *Derecho de aguas*, 1997, pp. 145 y 146).

El mantenimiento de la propiedad privada del agua a que vengo refiriéndome se deduce del inciso último del párrafo 5.º del Preámbulo de la vigente Ley de Aguas; del inicio de su artículo 2; del artículo 108, letra a; del artículo 113; del conjunto de la sistemática de las disposiciones transitorias, regulando diferenciadamente los derechos sobre aguas públicas y los derechos sobre aguas privadas; por remisión, del apartado 2.º de la DT 2.<sup>a</sup>; de la letra del apartado 1.º de las DT 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup>; de la letra del apartado 4.º de la DT 3.<sup>a</sup> y de la misma existencia de ese apartado 4.º de dicha disposición y de la transitoria 2.<sup>a</sup>; de la letra del párrafo 2.º del apartado 2.º de la DT 4.<sup>a</sup>, y también del apartado 3.º de dicha DT 4.<sup>a</sup>, cuando alude a aguas continentales «*de cualquier clase*» aludiendo evidentemente a las públicas y a las privadas; y finalmente de la letra de la DA 1.<sup>a</sup>. También cabe alegar en el mismo sentido la no derogada calificación de la propiedad del agua como «*propiedad especial*» por el Código civil y el que este Cuerpo legal califique como apropiables a las aguas vivas (cfr. arts. 333 y 334-8.º). Todos estos argumentos de pura letra de la ley se pueden dar contra la pintoresca idea de la propiedad privada «*congelada*», siempre que se sepa lo que es la propiedad privada. Para una explicación más completa sobre ello véase mi libro de 1996, pp. 433 y ss.

Frente al peso de estas razones de pura letra de la ley y de sistemática de la misma, que además son las que conectan con una explicación asequible desde las nociones habituales de nuestro Derecho patrimonial, la pretendida «*congelación*» de la propiedad privada que se desprendería del apartado 3.º de las DT 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> no puede sino ceder y batirse en retirada (interpretativamente y en el sentido antes indicado). Un poco de sentido común debería mostrar además que los conceptos de derecho subjetivo y de propiedad privada están hechos e inventados para la vida y que la expresión «*derecho congelado*» o «*propiedad congelada*», por mucho que aparezca avalada por el Tribunal Constitucional por su gran expresividad (cfr. Fundamento Jurídico núm. 12 de la sentencia 227/1988), no superan, si bien se mira, la categoría de chistes jurídicos. Como tal broma fue utilizada por primera vez la expresión «*derechos congelados*» por Ariño Ortiz, quien se refería también en el mismo párrafo a la situación de los indios en las «*reservas*» de Norteamérica (cfr. su *Informe Jurídico* al Proyecto de Ley de Aguas, 1985, pp. 119 a 122). Sobre este chiste jurídico, violentando extraordinariamente la letra y el sistema de la Ley de Aguas vigente, y desoyendo desde su peculiar metodología toda la doctrina sensata aparecida hasta el presente sobre estas defectuosas normas (doctrina que ni atiende ni siquiera recoge mínimamente), construye Pérez Pérez su muy peculiar sistema doctrinal sobre los actuales derechos de aprovechamiento del agua. Se toma perfectamente en serio, como se ve, la congelación de derechos subjetivos, con lo que hace necesarios y urgentes argumentos, como los de esta nota crítica, dirigidos a descongelarlos y restituirlos a la vida y a la normalidad de la dogmática habitual.

Y todavía hay otra razón, creo que nada desdeñable, para no aceptar una construcción doctrinal como la que nos propone Pérez Pérez de esa pretendida «congelación» de la propiedad privada del agua, y es la de que, entendidas así las DT 2.<sup>a</sup> a 4.<sup>a</sup>, habrían contenido un verdadero engaño deshonesto frente a los propietarios de aguas, a quienes se les explicó que nada tenían que perder con la nueva ley porque se les daba una opción legal para seguir con su propiedad privada del agua si preferían ese sistema al nuevo sistema genéricamente dominializador de la Ley de 1985. Y el Tribunal Constitucional se apoyó expresamente en la existencia de esa opción legal para refutar la posible inconstitucionalidad de la Ley de Aguas de 1985. Por tanto, no es convincente una interpretación de dicha Ley de Aguas que conduzca a un resultado en la práctica equivalente (vinculación rígida del derecho a concretos destinos económicos inmodificables) al teóricamente excluido de la inicial conversión legal en concesiones administrativas (de plazo legal más breve además: 50 años en vez de 75) de los derechos de propiedad sobre el agua, eligiera lo que eligiese el titular de dichos derechos de propiedad. Como es inadmisibles la hipótesis de un legislador tramposo con los ciudadanos destinatarios de las normas, hay que buscar interpretaciones distintas de la mencionada.

No se piense que lo que se acaba de explicar carece de importancia práctica. La sentencia de la Sala 3.<sup>a</sup>, secc. 6.<sup>a</sup>, del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1998 (cfr. *Aranzadi*, núm. 9306) invoca el apartado 3.<sup>o</sup> de las DT 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> y la falta de acreditación de inscripción en el Registro de Aguas de unos manantiales de aguas privadas para sostener que la Administración puede dañar impunemente y privar del agua a su dueño al carecer éste de «protección administrativa». Acoge el Tribunal Supremo la más irrazonable interpretación de esta oscura noción de «protección administrativa» y amenaza con ello muy seriamente a todos los propietarios de aguas de España que no hayan inscrito sus derechos en el Registro de Aguas (o sea, a la mayoría de ellos). La muy deficiente regulación de las disposiciones transitorias de la vigente Ley de Aguas empieza a dejar sentir sus efectos, confirmando los pesimistas augurios que yo había formulado desde un trabajo mío de 1985 en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* y que vengo recordando en otros varios trabajos desde entonces. Podemos encontrarnos en los próximos años con una jurisprudencia heterogénea y caótica sobre estas oscuras y decisivas normas de las disposiciones transitorias de la vigente Ley de Aguas.

4. Otra idea del autor digna de ser analizada brevemente, dentro de las ideas básicas suyas que he seleccionado al principio de esta nota crítica, es la de que los repetidamente denominados en la Ley de Aguas vigente «*aprovechamientos temporales de aguas privadas*» (cfr. apartado 1.<sup>o</sup> de las DT 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup>) no serían, según explica, verdaderos derechos de propiedad temporal por cincuenta años sobre aguas privadas, sino derechos *sui generis* distintos de la propiedad privada del agua. Sólo alega Pérez Pérez en defensa de esta idea suya, desentendiéndose de las complejas argumentaciones que en sentido contrario yo había dado sobre estos derechos (cfr. pp. 435 y 481 y ss. de mi libro de 1996), que el derecho es temporal y su duración está limitada a cincuenta años, tras los que el mismo se transformará en una concesión administrativa, y que desde el momento mismo de la inscripción (constitutiva, según dice) se desencadena el efecto de la «protección administrativa» característico de la inscripción en el Registro de Aguas (cfr. las pp. 70 a 73, 75, 127, 144, 178 y 197 de su libro).

El razonamiento no me parece convincente en absoluto. Entre otras, por las siguientes razones: Primero, porque la propia Ley de Aguas califica repetidamente como «*aguas privadas*» a esas aguas y, si lo son, es porque alguien tiene la propiedad privada sobre ellas, no pudiendo ser otro el titular de esa propiedad que quien lo era antes de la inscripción del derecho en el Registro de Aguas. Segundo, porque, como el propio Pérez Pérez reconoce (cfr. la p. 128 de su libro, precisamente al explicar esta cuestión) protegen a este derecho al que me refiero todas las acciones habituales de defensa del dominio (porque es dominio, ¿por qué si no?), exactamente igual que a quien ha inscrito su derecho de propiedad sobre el agua en el Catálogo de aguas privadas. Tercero, porque resulta forzosísimo admitir que la propiedad privada pueda llegar a extinguirse por la mera inscripción o inmatriculación del derecho en un simple registro administrativo, registro a la sazón carente casi por completo en este caso de efectos jurídicos de alguna significación. Y el que dicha inscripción produzca los (incierto) efectos previstos en el artículo 72.3 de la Ley de Aguas no empece a esta evidente afirmación. Piénsese únicamente cómo a nadie se le ha ocurrido defender que se extinga la propiedad sobre el agua o sobre cualquier otro bien inmueble por el mero hecho de inscribirse el derecho en el Registro de la Propiedad, pese a tener este Registro unos efectos mucho más intensos y efectivos que los del Registro de Aguas. La inscripción de un derecho en un Registro es normal que conlleve un refuerzo más o menos efectivo de ese derecho, pero sería insólito que supusiera la extinción o transformación del derecho, y es evidente que no puede admitirse que tal ocurra sin un precepto legal que claramente lo establezca así. Y la inscripción de la propiedad privada en el Registro de Aguas tampoco implica en estas normas transitorias ningún refuerzo de las potestades administrativas respecto de la propiedad privada que se inscriba simplemente en el Catálogo de aguas privadas. Por tanto, el término «*transformación*» del párrafo 2.º del apartado 1.º de las DT 2.ª y 3.ª debe entenderse referido, pese a la escasa claridad del precepto, a la transformación que sufrirá el derecho inscrito al cabo de los cincuenta años.

A la vista de estas razones, no encuentro fundamento suficiente para que el Tribunal Constitucional eludiera pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de los «*aprovechamientos temporales de aguas privadas*» (aunque sugiriendo implícitamente más bien el carácter de aguas privadas: cfr. Fundamento Jurídico núm. 8 de la sentencia 227/1988), ni para la posición muy dubitativa en este punto e inclinándose más bien por la pérdida del carácter de aguas privadas del profesor Sebastián Martín Retortillo (cfr. su libro *Derecho de aguas*, 1997, pp. 144, 146 y 150). Una opinión importante que coincide con la que acabo de defender es la de Roca Sastre Muncunill, *Derecho hipotecario*, tomo 5.º, 8.ª edición, 1997, p. 208. O podrían citarse, en el mismo sentido y con anterioridad, entre otros, a Sánchez Morón, Miguel, en un trabajo en la *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1985, núm. 46, pp. 182-183; a Guaita Martorell, Aurelio, *Derecho administrativo. Aguas, Montes, Minas*, 1986, p. 119; y a De la Cuétara, Juan Miguel, «*El nuevo régimen de las aguas subterráneas en España*», 1989, p. 122. También contamos ya con la rotunda afirmación de esta evidente interpretación que defiendo por tres sentencias de la Sala 3.ª, secc. 6.ª, del Tribunal Supremo, de fechas 30 de enero de 1996 (cfr. Fundamentos de Derecho 2.º y 1.º, en *Aranzadi*, núm. 395), 14 de mayo de 1996 (cfr. Fundamento de Derecho 2.º de la sentencia y todos los Fundamentos de Derecho del

voto particular del ponente, en *Aranzadi*, núm. 4368) y 18 de marzo de 1999 (cfr. Fundamentos de Derecho 1.º y 2.º en *Aranzadi*, núm. 3153).

En este punto fundamental (carácter de propiedad privada de esas aguas) aciertan estas tres sentencias, aunque las dos primeras se equivoquen gravemente, como indican los argumentos del mencionado voto particular de la segunda de ellas, al imponer a la Administración la necesidad de una indemnización a los propietarios del agua privada, en un caso de legítimas restricciones del uso del agua impuestas a los mismos con base en el artículo 56 de la Ley de Aguas. La tercera de las tres sentencias mencionadas rectifica con acierto la doctrina, en esto equivocada, de las dos primeras. Otra significativa muestra, en cuanto a esto último, de la jurisprudencia heterogénea y caótica que la deficiente regulación de las disposiciones transitorias de la Ley de Aguas puede llegar a propiciar. El apartado 2.º de la DA 2.ª de la Ley 46/1999 de reforma de la Ley de Aguas ha pretendido salir al paso de la errónea doctrina de las dos primeras sentencias del Supremo mencionadas, con discutible oportunidad y acierto, porque puede ahora plantear la duda de si, interpretado «a contrario», no habrá venido acaso a reconocer la posible indemnización en supuestos de aplicación del artículo 56 de la Ley de Aguas en que las aguas privadas no sean subterráneas, únicas mencionadas en el precepto legal. Esperemos que no prevalezca esa poco conveniente interpretación.

5. Otra de las ideas básicas de Pérez Pérez que merece particular atención es la de que las aguas privadas sólo se pueden transmitir junto con la finca de destino de las mismas (cfr. pp. 57 y ss., 103, 117, y 164 de su libro). Opina que la disposición o enajenación no puede recaer sobre el agua misma sino sobre el punto del terreno del que brota el manantial o pozo y que habría que suprimir hacia el futuro la posibilidad de inmatricular aguas privadas como finca independiente en el Registro de la Propiedad (cfr. pp. 153 y 165 de su libro). La razón fundamental que aporta el autor es que tal cosa se deriva del apartado 3.º de las DT 2.ª y 3.ª (una vez más el precepto que impone la «congelación» de la propiedad privada), entendiendo que la enajenación del agua misma o por separado de su finca de destino inicial sería una «*modificación de las condiciones o régimen de aprovechamiento*» que obligaría al titular del agua a solicitar una concesión administrativa sobre la misma.

Como había explicado ya en mi libro de 1996 (cfr. pp. 436 a 438), con argumentación de la que Pérez Pérez ha preferido prescindir, esta argumentación no resulta convincente, porque, aparte el muy discutible sentido y alcance de dicho precepto, una cosa es la *modificación* de un derecho y otra muy distinta la *enajenación* del mismo. La distinción entre una cosa y otra está claramente trazada en la propia Ley de Aguas (cfr. arts. 62 y 61) y por supuesto en el Código civil (cfr. arts. 480 y 489, 1280-1.º, 1617, 1633 y 1635). Incluso las concesiones administrativas son transmisibles libremente como regla general en nuestro Derecho, vinculándose sólo el agua a la finca de destino económico para algunas de las concesiones para riego (para algunas, no para todas, pese al art. 59.2.º; no para las concesiones de regantes pertenecientes a comunidades de regantes, por ejemplo, que son acaso el supuesto más frecuente): véanse sobre todo los artículos 61 y 59.4.º de la vigente Ley de Aguas. Y no cabría argumentar contra esta explicación desde el artículo 72.1.º de la Ley de Aguas, que sólo dice que los cambios de titularidad autorizados conforme al artículo 61 deben ser inscritos de oficio por la Administración en el Registro de Aguas, pero que no pretende afirmar que todos los cambios de titularidad tengan que ser necesariamente autorizados por la Administración.

Y si las concesiones administrativas son transmisibles como regla general, con mayor razón lo será la propiedad privada del agua, para la que ninguna norma excluye dicha disponibilidad, y puesto que la misma ha acompañado siempre a la propiedad privada del agua, habiéndose reconocido siempre así por nuestro Tribunal Supremo. Incluso la disponibilidad del agua privada está claramente insinuada en el inciso final del párrafo 1.º del apartado 1.º de las DT 2.ª y 3.ª. Y por supuesto, lo transmisible y transmitido es el agua misma, o el todo o parte de la corriente de agua en su caso, y no el punto de la finca del que brotan el manantial o el pozo, peregrina teoría que resulta completamente inaceptable y que muestra que Pérez Pérez no ha entendido cabalmente que el agua es objeto autónomo de derechos subjetivos (cfr. sobre la disposición del agua mi libro de 1996, pp. 507 y ss.).

Y en cuanto a la posibilidad de inmatricular aguas privadas como fincas independientes en el Registro de la Propiedad hay que decir que es cierto que ha recibido algunas críticas por parte de algunos autores, pero también lo es que la misma ha sido aceptada de buen grado y aun elogiada por los grandes hipotecaristas (cfr. por ejemplo, Lacruz Berdejo, *Derecho Inmobiliario Registral*, 1984, p. 72; o Roca Sastre - Roca Sastre Muncunill, *Derecho hipotecario*, 1997, tomo 5.º, p. 209 para la 8.ª edición, encontrándose también la idea en ediciones anteriores). Personalmente (aunque desde luego mi autoridad en esto es mucho menor que la de esas otras opiniones recordadas), incluso he lamentado que la inmatriculación de aguas privadas como finca independiente en el Registro de la Propiedad carezca en el Reglamento Hipotecario de una regulación específica y más detallada (cfr. mi libro de 1996, pp. 242 y ss.).

Desde esta explicación sobre la disponibilidad jurídica de las aguas privadas, creo que perfectamente coherente con la tradición de nuestro Derecho de aguas y con las reglas básicas de nuestro Derecho patrimonial, se vienen abajo las conclusiones sustanciales de los capítulos 3.º y 4.º del libro que comento, conclusiones que Pérez Pérez presenta como esenciales en su libro. Desde una explicación sumamente discutible sobre la historia del Derecho de aguas en Canarias, llega este autor a la conclusión de que en ese territorio es en el único en el que se ha producido históricamente una desvinculación entre la tierra y el agua y de que, por eso, hay allí un activo mercado del agua, mientras que no lo hay ni posibilidad jurídica de que lo haya, en el sentido de sus muy peculiares opiniones arriba criticadas, en el resto del territorio español. Esta explicación responde a una incomprensión profunda del significado de las leyes españolas liberales sobre el agua de 1866-1879, que precisamente acentuaron una clara desvinculación entre la tierra y el agua ya antes existente, y desconoce que las leyes autonómicas canarias de 1987 y 1990 se limitaron a copiar sustancialmente las defectuosas reglas de las disposiciones transitorias de la Ley Estatal de Aguas de 1985, de modo que no hay ninguna diferencia jurídica sustancial a este respecto entre el actual Derecho de aguas canario y el actual Derecho de aguas español general. Si el mercado del agua es más activo en Canarias que en la Península ello se debe a razones económicas y sociales, a la mayor proporción de aguas privadas en el Archipiélago y, acaso, a la existencia de canales y galerías intercomunicadas que facilitan el transporte del agua imprescindible para la efectividad práctica de las enajenaciones de derechos, acciones o cuotas de derechos sobre el agua. En la Península el mercado del agua, incluso pública, no está poco activo porque exista imposibilidad jurídica genérica, según he explicado, sino por razones



económicas y por razones jurídicas difusas y colaterales (cfr. sobre estas últimas mi trabajo *Sobre la conveniente reforma de la Ley de Aguas. Observaciones al Borrador de proyecto de ley de mayo de 1997*, en la Revista Aragonesa de Administración Pública, núm. 11, 1997, pp. 171 a 179).

Por otra parte, la explicación de Pérez Pérez sobre el mercado de aguas en Canarias no ha detectado y deja sin explicar los dos problemas más característicos e importantes que al respecto plantea la ley autonómica canaria de 1990. En primer lugar, la duda de si a las aguas privadas inscritas en el Catálogo de aguas privadas les son aplicables o no, en cuanto a su propia transmisibilidad, las limitaciones y condicionamientos que ponen a la transmisión de los derechos sobre aguas públicas y sobre aguas privadas inscritas en el Registro de Aguas los artículos 112 a 114 de dicha Ley de 1990. Y en segundo lugar, y siendo este problema de mayor envergadura, la duda de si es o no aplicable supletoriamente en Canarias el artículo 62 de la Ley de Aguas estatal de 1985 a las transmisiones-transformaciones de derechos sobre aguas públicas. La duda surge de que toda la Ley canaria de 1990 está basada en la confusión conceptual entre la estricta transmisión de concesiones sobre aguas, transmisión que necesariamente habría de conllevar la vinculación de las aguas adquiridas por el cesionario al fin determinado en el título originario del cedente (la concesión es esencialmente finalista y como tal se tiene que transmitir en principio), y la transmisión-transformación de concesiones sobre aguas, figura nunca claramente aludida en la letra de esa ley, aunque presupuesta claramente en el espíritu de la mayor parte de sus preceptos. Si se diera prioridad a la letra de la ley sobre su espíritu la consecuencia sería la señalada aplicabilidad supletoria en Canarias del artículo 62 de la Ley Estatal de 1985 a las transmisiones-transformaciones de concesiones sobre aguas. Sin embargo, la DA 3.<sup>a</sup> de la Ley Estatal 46/1999 se inclina por no entender aplicable en Canarias la Ley de 1985, ni su artículo 62, aunque a costa de violentar considerablemente la letra de los preceptos de la Ley canaria de 1990 que regulan la transmisibilidad de las concesiones sobre aguas. Véase sobre estos problemas del Derecho canario mi trabajo «*Sobre la oscura reducción del mercado del agua por la Ley 46/1999*», en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia de este mismo año.

6. Otra afirmación de Pérez Pérez de enorme trascendencia y que es imposible pasar por alto es su afirmación de que las aguas privadas se habrán de regir sólo por el Código civil pero no por la Ley de Aguas de 1879, lo que cree deriva de la DF 1.<sup>a</sup> y de la DD de la Ley de Aguas de 1985, que deroga expresamente la Ley de Aguas de 1879 (cfr. p. 74 de su libro). Del texto de esta última y del de la DF 1.<sup>a</sup>, con arreglo al cual «*en todo lo que no esté expresamente regulado por esta Ley, se estará a lo dispuesto por el Código civil*», deriva absurdamente la señalada consecuencia, profundamente ilógica, además, en sí misma, puesto que el Código civil se limita a ser un mero resumen de la mencionada Ley de Aguas de 1879. En otra versión anterior de esta misma afirmación (cfr. sus *Comentarios* de EDERSA, 1991, pp. 8 y 69) incluso añadía el autor que el Código civil se aplicaría, entonces, a las aguas privadas, «*como Derecho supletorio*», demostrando no entender el concepto de Derecho supletorio. Seguramente que por mis críticas a esa afirmación (cfr. mi libro de 1996, p. 369) ha suprimido en el nuevo libro este (tercer) grave error de su afirmación.

Subsisten, con todo, los otros dos graves errores originarios de dicha explicación del autor. Primero, presupone Pérez Pérez que por derogarse

expresamente una ley esa derogación alcanza, excluyéndola, incluso a la aplicabilidad de dicha ley a situaciones nacidas bajo su vigencia y aplicabilidad que deriva del normal efecto de irretroactividad de todas las leyes reformadoras, salvo que éstas establezcan su propia retroactividad. Es casi como si afirmara que derogar expresamente la ley anterior es como darle efectos retroactivos a la ley nueva y derogatoria. O sea, no se entiende la diferencia de efectos entre derogación expresa y derogación tácita, ni la diferencia entre normas derogatorias y normas transitorias. Segundo, no entiende Pérez Pérez que para que una norma pueda proyectarse en su eficacia hasta situaciones nacidas bajo la vigencia de la ley anterior (o sea, para que pueda tener efecto retroactivo) tiene que establecerlo expresamente o suficientemente la propia norma, lo que en absoluto sucede en el texto de la DF 1.ª, norma en la que no hay el menor rasgo o vestigio de voluntad de retroacción, por lo que no hay más remedio que referirla a la eficacia normal de dicha norma sobre las situaciones nacidas ya bajo la vigencia de la nueva ley (para éstas sí que señalando un Derecho supletorio, aunque muy desacertadamente, porque el Código se refiere sobre todo a aguas privadas, que ya no existirán prácticamente en relación con situaciones nacidas bajo la vigencia de la nueva ley de 1985). El autor entiende la DF 1.ª como si dijese: «*a las aguas privadas mantenidas como tales en las disposiciones transitorias de esta ley se aplicará, en todo lo que no esté expresamente regulado en esta ley, exclusivamente el Código civil, pero no la Ley de Aguas de 1879*». Una norma así sería sumamente irrazonable, por ser el Código civil un mero resumen de la Ley de Aguas anterior, pero podría haberla establecido el legislador. Sin embargo, es evidente que no la estableció (no es suficiente tampoco que la DF 1.ª resulte un tanto reiterativa con el párrafo 2.º del apartado 1.º de la disposición derogatoria, refiriéndose ambas a las situaciones nacidas bajo la vigencia de la ley nueva) y que deben sacarse rigurosamente las consecuencias que se derivan del artículo 2.3.º del Código civil. O sea que, en suma, y pese a la contumaz insistencia de Pérez Pérez en estos graves errores conceptuales, las aguas privadas subsistentes en nuestro país se regirán conjuntamente por la Ley de Aguas de 1879 y por el Código civil.

Otra afirmación de Pérez Pérez, sostenida desde trabajos anteriores y sumamente indicativa de la extrema peculiaridad de las opiniones de este autor, es la de que, en su opinión, la Constitución ha representado un «*giro copernicano*» en la evolución de la propiedad privada en nuestro país (cfr. p. 52 de su libro, y para mi crítica la p. 476 de mi libro de 1996), expresión a todas luces excesiva e inexacta. El tratamiento del difícil tema del régimen jurídico de las aguas sobrantes por este autor (cfr. pp. 131 y 132, y 46-47 de su libro) creo que es indicio claro de que el mismo muestra una deficiente comprensión de lo que es el derecho a una corriente de agua (cfr. 438 y ss. y 497 y ss. y 587 y 590 de mi libro de 1996). Por cierto, que este autor había llegado, sin sombra de razón, a negar en nuestro sistema la posibilidad misma de existencia de aguas sobrantes, en lo que queda ahora expresamente desautorizado, aunque sea de pasada y en un precepto enigmático, por el nuevo apartado 4.º del artículo 53 de la Ley 46/1999. Su explicación sobre la «*afección*» de unos aprovechamientos de aguas a otros preexistentes (cfr. pp. 70 a 73 de su libro) me parece también muy poco convincente, además de muy peligrosa para la seguridad jurídica, por las razones que ya dejé explicadas en mi libro de 1996 (cfr. pp. 475 a 480). Y la explicación de Pérez Pérez sobre el régimen jurídico de las aguas estancadas de los lagos, lagunas y charcas (cfr. pp. 79 a 81 y 153-154 de su libro) también me

parece sumamente deficiente por las razones que dejé explicadas en mi libro de 1996 (cfr. pp. 297 a 314). En todas estas cuestiones, y conforme a su peculiar metodología, el autor se desentiende de las minuciosas críticas que yo le había formulado. En una ocasión en que intenta contestar una crítica mía en el sentido de que la Ley de Aguas confunde muchas veces terminológicamente «derecho» y «aprovechamiento», lo hace con extraño razonamiento que deriva nada menos que al concepto de posesión (cfr. p. 52 de su libro), lo que no tiene obviamente nada que ver con esa concreta y creo que correcta crítica a la terminología de nuestra Ley de Aguas.

7. Veamos ahora también las explicaciones de Pérez Pérez en cuanto al funcionamiento del Registro de Aguas, el Catálogo de Aguas Privadas y el Registro de la Propiedad en cuanto a los derechos sobre aguas. En este ámbito encuentro salvables algunas afirmaciones aisladas poco o nada argumentadas por el autor, pero otra vez el conjunto de dichas explicaciones aparece como sumamente deficiente y muy poco convincente.

Empecemos por las afirmaciones aceptables de este autor. Por ejemplo, sostiene, en el sentido de la opinión común, que en el caso de que se quieran inmatricular aguas privadas en el Registro de la Propiedad, si se trata de *aprovechamientos temporales de aguas privadas* inscritos en el Registro de Aguas, para la mencionada inmatriculación se requerirá la previa presentación al Registrador de la Propiedad de la certificación de la previa inscripción de esas aguas en el Registro de Aguas (cfr. p. 156 de su libro). Creo que esto es cierto, pero a falta de clara base normativa en que apoyarlo, se hace preciso un cierto esfuerzo interpretativo, sin que en una monografía parezca lógico zanjar la cuestión con una mera afirmación (cfr. la argumentación al respecto en mi libro de 1996, pp. 676-677; o en el mismo sentido Roca Sastre Muncunill, *Derecho hipotecario*, tomo 5.º, 8.ª edición, 1997, p. 215). Sostiene también Pérez Pérez que son inmatriculables en el Registro de la Propiedad los derechos sobre aguas públicas adquiridos con base en el artículo 52.2.º de la Ley de Aguas (cfr. su libro, pp. 156-157 y 191). Digo lo mismo. Acierta el autor, en mi opinión, pero, a falta de clara base normativa en que apoyar esa opinión, que es además discutida en la doctrina, se hace preciso un cierto esfuerzo interpretativo (cfr. para una explicación mejor informada y argumentada mi libro de 1996, p. 347; o Roca Sastre Muncunill, *Derecho hipotecario*, obra citada, pp. 217 y 205).

Otras afirmaciones de Pérez Pérez, conectadas en su pensamiento a su peculiar y extrema teoría de la propiedad «congelada» del agua, ya no sólo carecen de base normativa clara o suficiente, sino que van claramente en contra de la normativa hipotecaria aplicable a las aguas. Por ejemplo, cuando afirma que los «*aprovechamientos temporales de aguas privadas*» no son inmatriculables como finca independiente en el Registro de la Propiedad (cfr. p. 156 de su libro). Véase para la explicación contraria mi libro de 1996, pp. 245 y 557. O con opinión coincidente con la mía Roca Sastre Muncunill, *Derecho hipotecario*, tomo 5.º, 8.ª edición, 1997, pp. 210 y 212. O cuando sostiene Pérez Pérez que para inmatricular aguas privadas en el Registro de la Propiedad el Registrador necesita como requisito previo la certificación de previa inscripción de esas aguas en el Catálogo de Aguas Privadas (cfr. pp. 152 y 185 de su libro). Véanse para la contraria y mejor explicación mi libro de 1996 (cfr. p. 678) y el citado *Derecho hipotecario* de Roca Sastre Muncunill (1997, pp. 215 y 216).

Veamos ahora, en síntesis, cuáles son las restantes explicaciones sobre esta materia de Pérez Pérez, quien las formula, como de costumbre, desentendiéndose por completo de la doctrina hipotecarista más seria existente sobre la cuestión. Sostiene repetidamente el autor que los tres Registros que contempla publican «*situaciones jurídicas*» (cfr. pp. 122, 127, 138, 146, 165-166, y 185, entre otras, de su libro) y presupone en toda su explicación que lo que se inscribe en dichos Registros es el «*binomio*» agua-tierra o el «*lote*» finca-cuota de agua (cfr., entre otras, las pp. 146 y 162, y 151 de su libro). Afirma también este autor que es necesaria la colaboración entre los dos Registros administrativos y el Registro de la Propiedad y que los tres tienen una «*complementariedad funcional*» (cfr. pp. 136, 146, 160 a 167 y 184, entre otras, de su libro), hasta el punto, según él, de que sólo las comprobaciones realizadas por la Administración hidráulica pueden ser válidas para iniciar el proceso de inmatriculación y de modo que cuando el resultado de las mismas haya sido reflejado en los Registros administrativos se podrá ya «*incorporar*» («*sic*», en la p. 165, y naturalmente que sin explicar cómo) esa información al Registro de la Propiedad para que puedan desencadenar su eficacia los principios hipotecarios. Para pedir rectificaciones en los dos Registros administrativos en caso de inexactitudes registrales cree que habrá un recurso ante el Presidente del Organismo de Cuenca, con posterior recurso contencioso administrativo, y para rectificar inscripciones inexactas en el Registro de la Propiedad, cree que proceden «*las mismas reclamaciones*» (o sea, parece, ante el Presidente del Organismo de Cuenca) aunque ahora con necesidad de obtener una sentencia en juicio declarativo civil y sin posible recurso contencioso administrativo (cfr. pp. 181 a 183 de su libro). En cuanto a posibles *confrontaciones* entre alguno de los Registros administrativos y el Registro de la Propiedad cree Pérez Pérez que es casi imposible que puedan darse y que, si llegan a darse en algún caso, nunca se debe defender la prevalencia de uno de los Registros sobre el otro, puesto que son complementarios y cumplen misiones diferentes, y que el Registro de Aguas tiene los efectos previstos en los artículos 57.1.º y 56 de la Ley 30/1992 (cfr. p. 188). Finalmente, reconduce estas posibles «*confrontaciones*» a las acciones de rectificación de los tres Registros antes explicadas, según él y según los casos ante la Administración con recurso contencioso administrativo o ante los tribunales civiles, presuponiendo únicamente ahora que la rectificación la pide el titular registral del Registro contrapuesto (cfr. pp. 192 y 194 de su libro).

En su libro de 1991 (cfr. pp. 396-397) y en otros varios trabajos suyos posteriores había dado Pérez Pérez una explicación sobre la posible confrontación entre el Registro de Aguas y el Registro de la Propiedad muy poco convincente y que yo había criticado (cfr. mi libro de 1996, pp. 681-682 y 703). Esa explicación ha desaparecido, afortunadamente, del nuevo libro de este autor (sin que éste advierta al lector de su rectificación), pero la que ahora aporta y acabo de resumir es también sumamente inconsistente. Y ello por las razones que enumero a continuación.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que, como dijera hace muchos años mi maestro el profesor Lacruz y como se afirma por muchos desde entonces, en el Registro de la Propiedad se presentan títulos (formales), se inscriben actos (títulos materiales) y se publican derechos. De modo que, siendo esta una verdad general que vale también para las aguas, no se puede afirmar que el Registro de la Propiedad publique «*situaciones jurídicas*». Y si la oscura y

peculiar eficacia reconocida al Registro de Aguas por el artículo 72.3.º de la Ley de Aguas puede llegar a denominarse publicidad, sin duda también que será una publicidad de derechos y no una publicidad de «*situaciones jurídicas*». Ya he explicado anteriormente cómo el agua privada nunca está estrictamente vinculada a las fincas en que se usa en un momento determinado y cómo no lo están tampoco ni siquiera las concesiones administrativas sobre aguas, salvo algunas (no todas) de las otorgadas para riego (cfr. art. 59.2.º y 4.º de la Ley de Aguas). El supuesto «*lote*» o «*binomio*» agua-finca como objeto de la inmatriculación y de la publicidad no es, ni mucho menos, una exigencia genérica de la Ley de Aguas. Y recuérdese la amplitud con que admite la normativa hipotecaria la inmatriculación de aguas como finca independiente.

En segundo lugar, la supuesta «*complementariedad funcional*» de los Registros administrativos de aguas y el Registro de la Propiedad carece de toda base normativa, y no es cierto que las comprobaciones sobre los aprovechamientos de aguas que pueda hacer la Administración hidráulica se puedan integrar de ninguna manera en la inmatriculación de derechos sobre aguas en el Registro de la Propiedad, fuera de que en ciertos casos tasados la inscripción en el Registro de Aguas sea requisito previo de la inmatriculación de esos derechos en el Registro de la Propiedad, ni es cierto que esas comprobaciones de la Administración presenten mayor seguridad y verosimilitud que los procedimientos legales de inmatriculación de la normativa hipotecaria: precisamente, en los artículos 189 y ss. del Reglamento de Dominio Público Hidráulico de 1986 se echa en falta, entre otras muchas cosas, una mínima regulación de los procedimientos de inmatriculación de derechos sobre aguas en el Registro de Aguas y en el Catálogo de aguas Privadas. Los procedimientos de inmatriculación de derechos sobre aguas en el Registro de la Propiedad son, desde luego, aparte de la sentencia judicial, los generales regulados en los artículos 199 y ss. de la Ley Hipotecaria (básicamente, el expediente de dominio y el título público por la vía del art. 205 de esa ley) y los específicos para aguas contenidos en los artículos 64 y ss. del Reglamento Hipotecario (el acta notarial de presencia en los supuestos del párrafo 4.º del art. 66 y el acta de notoriedad del art. 65).

En tercer lugar, lo que afirma Pérez Pérez respecto del procedimiento de rectificación de los asientos del Registro de Aguas y del Catálogo de Aguas Privadas es pura creación doctrinal porque carecemos de toda norma al respecto (otro de los significativos olvidos del Reglamento de Dominio Público Hidráulico de 1986) y considero por completo inaceptable pretender que el Presidente del Organismo de Cuenca pueda tener nada que decir respecto a una posible rectificación de los asientos del Registro de la Propiedad (el nuevo art. 87.3.º de la Ley 46/1999 es regulación legal posterior y circunscrita al deslinde). Los diversos procedimientos de esta última rectificación son los regulados en los artículos 38, 40, 211 y ss., 214, y 217 de la Ley Hipotecaria y en los artículos 53 y 314 y ss. del Reglamento Hipotecario.

En cuarto lugar, Pérez Pérez parece no entender bien cómo se producen y se van a seguir produciendo los conflictos sobre aguas al reducir la cuestión de las posibles confrontaciones entre el Registro de Aguas y el Registro de la Propiedad al simple tema (también mal explicado, como acabo de decir) de meras peticiones de rectificación de uno u otro Registro. Los conflictos sobre aguas son muchas veces despojos directos o indirectos del agua de una persona a otra, con frecuentes problemas de prueba por la habitual dificultad de identificación de las aguas (prueba de si las que está aprove-

chando el supuesto despojante son verdaderamente las mismas que el reclamante considera le han sido sustraídas). Este tipo de conflictos se pueden plantear en un pleito civil o en la resolución de un recurso contencioso administrativo (sobre todo, tras la reciente reforma de la jurisdicción contencioso administrativa por Ley 29/1998) y allí es donde se hará preciso saber cuál de los dos Registros enfrentados tendrá más fuerza legal, siendo indudable, dada la gran desconexión normativa e institucional entre ambos Registros, que podrán a veces contener ambas declaraciones total o parcialmente contradictorias. Aunque el artículo 40 de la Ley Hipotecaria reconoce una acción judicial de mera rectificación de los asientos del Registro de la Propiedad desconectada del ejercicio de acciones judiciales materiales, lo cierto es que dicha acción casi no se utiliza en la práctica. Es significativo que este autor (cfr. p. 187 de su libro), honestamente pero también con una cierta ingenuidad, reconozca que no entiende porqué todos los autores que han reflexionado sobre estas materias se han planteado la hipótesis de la confrontación entre los Registros administrativos y el Registro de la Propiedad. Los contundentes argumentos y la jurisprudencia que yo había aportado para explicar la mayor fuerza legal en un proceso de los asientos del Registro de la Propiedad sobre los asientos del Registro de Aguas (cfr. pp. 672 a 682 de mi libro de 1996) no los ha contestado ni recogido Pérez Pérez. Acaso pretende contestar mi advertencia o apreciación de que, salvo en el artículo 72.3.º de la Ley de Aguas (que es una criatura legal concebida con error y de incierto futuro), la Ley de Aguas y sus reglamentos se olvidaron de regular los efectos que iba a tener el Registro de Aguas, cuando dice que este Registro tendrá los efectos que se derivan de los artículos 57.1.º y 56 de la Ley 30/1992 (cfr. p. 188 de su libro). En realidad, de esos artículos lo único que deducimos es que el acto administrativo de inscripción o (mejor) inmatriculación en el Registro de Aguas o en el Catálogo se presume válido y es eficaz y ejecutorio: o sea, que la inmatriculación se habrá producido con todos los efectos propios que las normas les atribuyan (o sea, ninguno, salvo el del mencionado art. 72.3.º de la Ley de Aguas).

Todo lo que aquí se dice sobre el Registro de la Propiedad resultará bastante elemental para cualquier persona iniciada en el estudio del Derecho hipotecario, y es que la explicación de Pérez Pérez denota en efecto carencias elementales en esta parcela del Derecho, en la que sin embargo se ha introducido con el alegre desparpajo que le proporciona una metodología tan peculiar como la suya. Ha construido doctrinalmente el autor un brioso centauro cuyas patas son el Registro de Aguas y el Catálogo de Aguas Privadas y cuyo cuerpo y cabeza es el Registro de la Propiedad, y cree, en su imaginación, que el mencionado centauro goza de buena salud y galopa alegremente. Los tres Registros relativos a derechos sobre aguas cree que están coordinados y sincronizados y que funcionan al unísono. Pero la triste realidad es que en ninguno de los quinientos setenta y tantos artículos que suman juntos la Ley de Aguas de 1985 y sus dos reglamentos de 1986 y 1988 se menciona siquiera al Registro de la Propiedad. Desde esta perspectiva la explicación de Pérez Pérez no puede por menos que tomarse a broma. Es el segundo chiste jurídico, junto al de los derechos «congelados», de esta nota crítica.

El gran retraso que lleva la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo y que hace que todavía estén saliendo bastantes sentencias aplicando la normativa anterior a la Ley de Aguas de 1985, es probablemente la causa de que no hayan aparecido todavía sentencias en las que se contrapongan los asientos

del Registro de la Propiedad y los del Registro de Aguas. Véase, con todo, en un caso de enfrentamiento sobre aguas entre el Registro de la Propiedad y el Catastro, cómo el Tribunal Supremo, en su sentencia de la Sala de lo Civil de 4 de marzo de 1997, afirma rotundamente la superioridad y prevalencia del primero (cfr. el Fundamento de Derecho 2.º, en *Aranzadi*, núm. 1648). Lo mismo habrá de suceder, sin duda, cuando el Tribunal Supremo haya de pronunciarse en conflictos entre el Registro de la Propiedad y el Registro de Aguas.

Hay que decir además, puesto que el valor de un libro se mide también por los problemas que elude o por lo que no trata habiendo podido hacerlo, que el libro objeto de esta nota crítica no ha entrado a analizar algunos de los temas más oscuros y difíciles que plantea la vigente Ley de Aguas. Así, por ejemplo, elude tratar su autor la cuestión de las «*aguas subterráneas no renovables*» (art. 2 de la Ley), tema en el que casi toda la doctrina se ha mostrado muy crítica con la fórmula legal adoptada; o elude tratar los difíciles problemas interpretativos que ha planteado la opción de las DT 2.ª a 4.ª de la Ley de Aguas; o elude tratar la difícil noción de «*protección administrativa*» introducida por esta ley (lo que dice en las pp. 144-145 y 179 es reiterativo e insignificante) y el régimen jurídico del artículo 72.3.º de la misma ley; o elude tratar a fondo el artículo 52.2.º de la Ley, que es una pieza de difícil encaje en el sistema de la nueva Ley de Aguas; o elude tratar el muy oscuro régimen jurídico de los cauces y lechos de las aguas privadas; etc.

8. La simple enumeración de los principales defectos, lagunas, criterios doctrinales desacertados, incoherencias y errores que, en mi opinión, contiene la Ley de Aguas de 1985 ocupa varias páginas de mi libro de 1996 (pp. 731 a 746) y no tendría sentido reproducirla aquí. En 1985 pasamos los españoles de tener una Ley de Aguas admirable, ley codificadora por excelencia y acaso la mejor Ley de Aguas de Europa, a tener una ley sumamente oscura y deficiente y muy probablemente una de las peores de Europa. Y la nueva Ley 46/1999 de reforma de la Ley de 1985, también redactada con técnica sumamente deficiente, no ha hecho sino prolongar dicha situación, manteniendo prácticamente intacta la Ley de 1985 y limitándose a completarla en algunos puntos, las más de las veces, de nuevo, en forma muy desafortunada, como digo.

De todos los defectos que tiene la vigente Ley de Aguas de 1985, completada en 1999, creo que el más grave y trascendente es el de haber enturbiado, oscurecido y empobrecido la limpia y admirable dogmática profunda de la modélica Ley de Aguas de 1866-1879, lo que aboca en mi opinión irremediabilmente a nuestro Derecho de aguas a un proceso de vulgarización e incremento de la inseguridad jurídica. En mi libro de 1996 y en mi citado trabajo de 1997 (y este último trabajo lo envié por correo a los máximos responsables del Ministerio de Medio Ambiente, alguno de los cuales me acusó amablemente recibo) aconsejé a los responsables políticos, con todo el énfasis de que fui capaz, que no emprendieran una reforma legal del régimen jurídico de las aguas sin contar al menos con un civilista de prestigio que participara en los trabajos o supervisara lo hecho por otros. Creo que se trataba de una cuestión de mero sentido común, y sin embargo, a la vista del texto finalmente aprobado de la Ley 46/1999, me parece evidente que mi advertencia cayó en saco roto. Se ha vuelto a reincidir en el mismo error que al hacer la Ley de Aguas de 1985. El hombre es el único animal que tropieza dos veces en la

misma piedra. Y creo que no sería de extrañar que la próxima Ley del Plan Hidrológico Nacional volviera a redactarse con el mismo bajo nivel técnico que caracteriza a las reformas legales de 1985 y 1999. Dicen que no hay dos sin tres.

Esta falta de sensibilidad o de consciencia de nuestros responsables políticos de los principales partidos políticos nacionales hacia la dificultad e importancia de los aspectos técnicos del Derecho de las aguas ha producido finalmente el lamentable resultado de que nuestra legislación de aguas ha maltratado literalmente no sólo al Derecho civil, sino, en mi opinión, a la misma teoría del Derecho y a lo mejor de nuestra tradición jurídica. En 1991 afirmaba con dureza e indignación el profesor Rams Albesa respecto de la Ley de Aguas de 1866 (y su juicio podemos extenderlo a la Ley de 1879, prácticamente idéntica a aquélla) que *«no hace falta en realidad que yo escriba aquí la oración fúnebre de esta gran ley, porque no lo necesita, de ello se han venido encargando hasta sus más alevosos destructores en nombre no se sabe bien de qué principios y valores superiores, porque para ello sería preciso, si no fuese impertinente, combatir a aquellos que la han ido destruyendo, y esta es tarea de la que se ha encargado y ocupará la Historia no dejando de ellos ni una leve referencia salvo para consignar el legicidio, además porque de ella misma, de su lenguaje, de su técnica de elaboración y de aprobación tenemos todavía hoy, archiderogada, mucho que aprender todos aquellos que trabajamos con el Derecho vigente y su creación; no es cuestión de arrinconarla con honores y hasta bellas palabras en el mausoleo de las referencias puramente históricas, sino de manejarla cuando y donde proceda efectuar una ejemplificación acerca de una obra legislativa bien pensada, mejor hecha y lamentablemente abandonada en el baúl de los recuerdos por quienes, como ocurre con el siglo de que procede, no han sido capaces ni de valorarla ni de entenderla»*. Véanse estas palabras en la obra colectiva *«Manuel Alonso Martínez, vida y obra»*, coordinada por Carlos Rogel y Carlos Vattier, y editada por Tecnos en 1991. Personalmente, puedo comprender bastante bien la indignación manifestada en las palabras de mi colega de la Universidad Complutense. Y supongo que la comprendería también el profesor Sebastián Martín Retortillo, puesto que no ha dejado de insistir desde el mismo año 1985 hasta hoy en la mala técnica de la reforma legal de 1985 (aunque luego, de modo incomprensible para mí, haya propugnado mantener esa ley con algunos pequeños retoques).

Creo, en fin, que el lector reflexivo de esta nota crítica contará ya con alguna de las claves importantes para entender el porqué de la lamentable degradación técnica que nuestro venerable Derecho de aguas sufrió en la reforma legal de 1985 y que no se ha corregido en la reciente Ley 46/1999 de mero complemento de dicha Ley de Aguas de 1985. Y que nadie acuse a estas consideraciones y críticas doctrinales de esconder ninguna forma de rancio conservadurismo político, porque en mi libro de 1996 precisamente he intentado demostrar que se puede hacer una reforma publicadora y progresista de nuestro Derecho de aguas, pero firmemente entroncada en su venerable y admirable tradición doctrinal.



## I

**ROCA TRÍAS, Encarna: *Familia y cambio social. (De la «casa» a la persona)*, ed. Cuadernos Civitas, Madrid, 1999, 277 pp.**

Hace unos meses ha aparecido en nuestro panorama editorial y jurídico un nuevo libro de la profesora Encarna Roca Trías, *Familia y cambio social (De la «casa» a la persona)* (Cuadernos Civitas, Madrid, 1999), largamente esperado por quienes conocíamos sus últimos afanes y aficiones civilísticas, y del que destaca inmediatamente una acusada desproporción entre su peso físico –formato pequeño, unas 275 páginas en total– y el peso científico, quizá mayor todavía en cuanto a la influencia llamada a tener por ese libro. Es una obra que no ha pasado desapercibida no ya en el ámbito estrictamente jurídico, sino en el intelectual –tres artículos, firmados por prestigiosas plumas, le han prestado atención en páginas de opinión del periódico *La Vanguardia*; también en algún foro universitario; no conozco otras referencias, pero puede haberlas habido–. Me temo, pues, que puede ser tardío y poco útil cuanto diga yo aquí sobre dicho libro, por conocido en los medios iusprivatistas a que van destinadas estas páginas.

Se trata, desde luego, de una obra poco frecuente en muchos aspectos –y no digo atípica por no abusar desde el principio de tópicos y otros adjetivos–, fruto de preocupaciones que ya habían aparecido en trabajos anteriores de E. Roca, de meditación y de investigación seria (en su sentido más estricto, aunque sorprenda a quienes circunscriben esa actividad intelectual a otros ámbitos científicos) llevada a cabo en buena parte en la Universidad de Oxford, como la autora explica en su *Introducción a modo de conclusión*, donde ha madurado ideas y culminado trabajos y materiales suyos anteriores. Exponente de todo ello es el notable y denso contenido de la obra, sus aportaciones y sus reflexiones novedosas, sus muchas preguntas (el saber hacerlas es a veces más importantes que el contestarlas), algunas de sus conclusiones.

Es posible que más de uno no comparta ideas y conclusiones, cosas que se dicen en este libro –la propia autora lo prevé en algún momento–, pero nadie le podrá negar originalidad en sus planteamientos (aquí y ahora), profundidad en su argumentación, racionalidad en sus criterios, incluso valentía en la exposición de algunas aseveraciones arriesgadas. Se trata de una aventura intelectual, ésta de la profesora Roca Trías, de alto nivel y fecundas consecuencias, inmediatas unas y próximas otras (que cabe esperar).

Quiero destacar desde el primer momento de este libro –«que se lee muy bien», dice en su prólogo el profesor Díez Picazo– su nuevo enfoque de casi todo lo que trata, sus planteamientos nuevos partiendo de hechos sociales y datos estadísticos que están en la base de la realidad e instituciones que estudia, la forma lúcida, también nueva, de hacerse preguntas o de abordar cuestiones de política legislativa que suelen descuidarse en nuestros libros de Derecho, amén de otros extremos a que me referiré.

En un país y una civilística que se debate casi siempre, todavía, entre el *mos gallicum* y el *mos italicum*, con varia fortuna, suena bien y sabe a aire fresco la nueva «forma de hacer» Derecho de familia de la profesora Roca Trías, cuyo primer mérito radica en preguntarse cuál sea la mejor metodología que seguir en la materia que va a estudiar, entre las varias conocidas y ensayadas, sobre todo en el mundo jurídico angloamericano.

Haré otras valoraciones y crítica más amplia y concreta de esta obra de E. Roca en la última parte de este comentario-recensión; pero quiero dejar constancia desde ahora de la alta calidad científica e importancia de la misma en nuestro panorama jurídico, no sólo por lo que desde su aparición tenemos y antes no había, sino por lo que augura que podrá haber (y cómo deberá trabajarse) en un horizonte próximo. *Familia y cambio social (de la «casa» a la persona)* es una obra de imprescindible lectura para todo jurista (no sólo iusprivatista o aficionado al Derecho de familia), incluidos los que están más próximos a la aplicación efectiva del Derecho (jueces, abogados); también para otras personas que hagan profesión del pensar.

Este libro supone una extraordinaria (fuera de lo ordinario, también) aportación doctrinal al estudio del Derecho de familia en no pocos aspectos, de los que ahora sólo apunto tres: su enfoque científico (en sentido amplio: no sólo jurídico) del concepto y función de la familia en la sociedad actual, la relación directa de aquél con el Derecho y derechos (fundamentales) de la persona, y la necesidad de encontrar soluciones racionales y útiles (también esto) a los problemas reales de nuestra familia y sociedad en cambio acelerado.

La proyección de esta obra no se agota, desde luego, en el tratamiento de la familia y del Derecho de familia y sus problemas jurídicos al clásico modo (naturalezas jurídicas, requisitos, efectos; disección de artículos, excepciones a las reglas generales, ...). Es, sobre todo, particularmente interesante por las otras cuestiones que sugiere, unas veces de forma expresa, otras implícita en sus consideraciones: por qué esto o aquéllo, para qué sirve esta institución o aquella norma, qué otras soluciones jurídicas serían hoy más adecuadas o justas, política jurídica más rentable económica y socialmente, etc.

Tras la aparición de *Familia y cambio social* cabe esperar que en nuestra civilística, y en ese terreno, en particular, ya no podremos limitarnos a citar, para justificar nuestra información y erudición, bibliografía y autores franceses o italianos, y aun doctrina alemana los que quieran quedar mejor y dar alto tono a sus trabajos; tampoco circunscribirnos a obras estrictamente jurídicas ceñidas a la legalidad. En Derecho de familia no puede prescindirse ya —como en Derecho constitucional, por ejemplo, y otras ramas del Derecho público; como en Derecho mercantil o en el de daños, en el privado— de la rica e interesante bibliografía anglosajona (tanto por la cantidad como por la calidad) como en esta obra se muestra; ni del manejo de información —datos, estudios— de tipo sociológico y demás que nos presente la otra cara de la familia, su realidad vivencial y actual, casi siempre desdibujada cuando no ignorada en las obras al uso tras el formalismo y el dogmatismo que de una manera más o menos disfrazada sigue predominando en nuestro panorama jurídico. El haber puesto todo eso en evidencia —y el decir, por ejemplo, que las ideas deben ajustarse a la realidad, y no la realidad a las ideas— es contribución no menor del reciente libro de Encarna Roca. Volveré sobre todo ello.

## II

La obra que comento, *Familia y cambio social (De la «casa» a la persona)*, consta de una *Introducción a modo de conclusión*, y cuatro capítulos, dedicados, respectivamente, a *El método en el Derecho de familia: los dere-*

*chos fundamentales, El derecho a contraer matrimonio, Las consecuencias económicas del divorcio: la pensión compensatoria y Menores y familia.* Añade al final una relación de la jurisprudencia que cita (de tribunales españoles, desde el Constitucional a las Audiencias provinciales, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de tribunales extranjeros) y cierra con una «Bibliografía» abundante y precisa, donde, quizá por omisión involuntaria, no aparecen todos los autores y obras que cita a lo largo del trabajo (aunque en notas a pie de página hay datos bibliográficos que los identifican suficientemente).

Viene precedida la obra de referencia de un interesante prólogo del profesor Díez-Picazo —cuya autoría adivinaría el lector antes de llegar al final por su estilo personal y contenido—, que no trata tanto de presentar a la autora y al libro —«no es éste, evidentemente, el caso de la profesora Roca i Trias», dice, refiriéndose a la necesidad de aval alguno—, cuanto de reflexionar sobre los principales problemas del Derecho de Familia que han aflorado en nuestro panorama social y jurídico desde 1981. No deje de leerlo quien tenga ocasión de ello.

## 1. Introducción a modo de conclusión

Comienza recordando la autora cierta conversación con el profesor Villavicencio, y cómo éste le hizo notar que tras la entrada en vigor de la Constitución «nada era igual que antes»: nuestro sistema jurídico había cambiado profundamente. La Constitución, en efecto, obliga a reconsiderar muchas cosas y abrió la puerta a la innovación. Los conceptos de persona y familia han sido los que más han sufrido las influencias políticas.

Advierte una paradoja que se da en los Códigos del XIX: la personalidad de los ciudadanos que los hace iguales ante la Ley, no tiene una traducción práctica en las normas de Derecho de familia, en las que, por lo que se refiere al nuestro y hasta la Constitución de 1978, no rigió el principio de igualdad, sino el de autoridad. El reconocimiento de los derechos fundamentales de los ciudadanos representa un cambio radical en nuestro ordenamiento, que queda impregnado —dice— de toda la metodología utilizada por la Constitución, y ciertas decisiones han de tener siempre como finalidad la plenitud de esos derechos.

En tres puntos anuncia la autora que basará su estudio: la metodología utilizada, los fundamentos de su planteamiento y la tensión entre los sectores público y privado; elementos —dice— que son el *leit-motiv* del libro.

Destaca los cambios sociales ocurridos en los últimos veinte años y cómo han influido en el Derecho de familia, lo que requiere una metodología apropiada, el *funcionalismo*, según el que la familia debe cumplir tres funciones: la de protección, la de ajuste a las nuevas circunstancias y la de ayuda.

Alude luego a los dos grupos de normas que afectan a las relaciones familiares, las que lo hacen de forma directa (arts. 32 y 39 CE), y las que se aplican y deben ser respetadas por los miembros del grupo familiar porque todos ellos son personas y titulares de derechos fundamentales. El Derecho español no se basa en una contraposición sector público vs. sector privado, sino en una cooperación entre ambos sectores (el llamado *sistema mixto*). Su base es clara: la protección de los derechos fundamentales del individuo. Por ello, la premisa fundamental del trabajo será que la personalidad consiste en la titularidad de los derechos fundamentales de los ciudadanos, lo que requiere una metodología *ad hoc*.

Termina esta Introducción indicando las cuestiones que se plantean con la lectura de las normas de aplicación directa al Derecho de familia, y que constituyen las partes más importantes del libro: el derecho a contraer matrimonio, el derecho a disolverlo y la protección de los menores.

## 2. El método en el Derecho de familia: los derechos fundamentales (cap. I)

Comienza el capítulo (pp. 37 y ss.) formulando una pregunta, en vista del artículo 39 CE: cuáles son las razones por las que un sistema constitucional incluye, entre las bases de una política social, la de la protección a un grupo intermedio entre el Estado y el ciudadano; pregunta de la que derivan después varias otras (¿cómo compaginar los derechos fundamentales con la protección de un grupo intermedio?, ¿no puede eso provocar la lesión de estos derechos?, ¿cuáles son las bases sobre las que un grupo familiar debe estar asentado?, etc.). Ninguna de esas preguntas tiene una respuesta clara, concluye la profesora Roca, lo que ha dividido a los pensadores y sus respuestas.

A) *Tipos de familia: metodología del cambio social y económico.* Nuestro legislador constitucional –dice– no se ha limitado a proteger un tipo específico de familia, y parte de un concepto prejurídico de la misma, que aflora en varias sentencias del TC. En Derecho de familia hay que empezar por determinar qué es la familia, o qué familia sirve de base para la organización jurídica que en un momento determinado se considera oportuno regular, o no regular. Mas ello comporta serias dificultades, ya que la propia legislación ha renunciado a definirla. Por ello, es preferible conocer el concepto cultural de familia en una sociedad concreta y en un momento determinado, de lo que derivarán consecuencias varias, que apunta.

a) *Los datos del cambio.* Constata la profesora Roca los importantes cambios habidos en nuestra sociedad en los últimos años; cambios que tienen unas bases cuyo control hace que podamos prever con mayor o menor seguridad no sólo que se están produciendo, sino incluso la dirección en que se producirán. Por ello, los estudios actuales sobre Derecho de familia tienen una base empírica, porque sin conocer cuál es la realidad de las familias no pueden adoptarse decisiones legales con posibilidades de éxito.

Los elementos a tener en cuenta en ese análisis empírico vienen proporcionados por ciencias auxiliares del jurista, dice, como la demografía, la sociología, la economía. Y alude a los datos *demográficos* (relativos a los matrimonios, a los divorcios, a las personas que conviven al margen del matrimonio, a las formas no tradicionales de familias, a los hijos), a los datos *sociológicos* (sobre las razones y las consecuencias que los diferentes acontecimientos provocan en un sector de la población afectado, destacando cómo la sociología, además de datos, ofrece una interpretación de los que proporcionan otras ciencias auxiliares) y datos *económicos* (transformación de la base económica sobre la que se sustenta la familia; los datos económicos tienen diversos aspectos, y pueden servir para encauzar las políticas propias del programa constitucionalmente impuesto).

b) *La metodología.* «Seguramente el Derecho de familia es uno de los mejores campos de experimentación de las ciencias sociales, incluyendo el Derecho» (p. 47); mas no hay en España demasiados trabajos sobre el método a utilizar en este campo, no obstante ser cuestión importante y compleja, ligada,

por otro lado, a ciertas ideologías. Y seguidamente alude a las más importantes corrientes metodológicas al respecto: el funcionalismo (con varias corrientes, básicamente sociológicas, que parte de la atribución a la familia de ciertas funciones o roles), las corrientes críticas (entre las que destaca las corrientes feministas y la del *Critical Legal Studies*), las interpretaciones economicistas («Law and Economics», que parte de las ideas de G. Becker y su *A treatise on the family*, 1981), el análisis jurídico de la corriente *Socio-Legal Studies* (a partir de un planteamiento funcionalista de la familia, y en el que destacan las ideas del profesor Eekelaar y las funciones básicas por él atribuidas a la familia).

Para la profesora Roca, en una obra jurídica como la suya el método que utilizar se debe fundamentar en las bases del análisis de las normas jurídicas reguladoras de las instituciones implicadas. La combinación de datos empíricos y las soluciones jurídicas puede proporcionar un correcto nivel de interpretación y un mayor acercamiento al planteamiento de los problemas, pero no a las soluciones de los mismos. Los datos empíricos deben ser tenidos en cuenta como base de los estudios sobre posibles soluciones jurídicas, porque ayudan a identificar los problemas y a proporcionar soluciones.

B) *Autonomía familiar y normas jurídicas*. Del análisis anterior infiere nuestra autora que el Ordenamiento jurídico, en general, y el Derecho de Familia, en particular, juegan un importante papel en el planteamiento de los modelos familiares y en la resolución de los conflictos, cuyas bases se encuentran en las disposiciones constitucionales. El Ordenamiento jurídico –añade– debe tomar partido en la construcción del modelo adecuado en el momento adecuado según la conducta social; y debe estar en disposición de discriminar entre los distintos modelos y de decidir acerca de la oferta o no de soluciones a todo tipo de situaciones.

a) *La familia como institución privada*. El concepto liberal de familia se basa en la filosofía de la mínima intervención porque la intervención coactiva del Estado produce más inconvenientes que ventajas: tal, en la legislación sobre protección de menores, en la que sólo se recomienda la intervención pública cuando existe un abuso por parte de los titulares de determinados poderes, que provocan un perjuicio a la persona, a los niños. Subraya luego, citando a MacLean, la contradicción existente entre la ideología liberal-conservadora y sus propias políticas, y la efectiva entre los postulados programáticos y la realidad, dada la evolución de las familias desde 1980 (entrada de la mujer en el mercado de trabajo, familias monoparentales); y pone como ejemplo la *Children Act* inglesa de 1989.

b) *La familia como unidad independiente: Derecho a la intimidad familiar*. Un liberalismo extremo llega a concebir la familia como una unidad independiente de sus miembros y que pueda aparecer como titular de derechos fundamentales, entre ellos, la intimidad, barrera frente a la intervención del Estado. La familia sería, así, un área privada ajena al Derecho. En ese contexto, el derecho a la intimidad no será un derecho fundamental que el individuo tenga frente a cualquiera que intente lesionarlo, sino que se ostenta preferentemente frente al Estado. Mas ello es inadmisibile –ni siquiera en Estados Unidos, dice y argumenta–; y concluye que la familia constituye una *sociedad abierta*, comunidad en la que madura la personalidad de los individuos, en lo que colabora también el Estado; por ello, ni es independiente, en el sentido de tener personalidad jurídica con derechos propios, ni está oprimida o condicionada por el Estado.

C) *Las normas jurídicas sobre la familia.* La protección a la familia —dice E. Roca— es una exigencia del Estado social de derecho, porque la protección implica la necesidad de identificación del sujeto a proteger, especialmente cuando se trata de establecer un sistema asistencial. El Derecho de familia y sus normas constituyen un sistema de apoyo a sus necesidades.

Examina a continuación los varios sistemas de protección, opta por el llamado *sistema mixto*, que distribuye las funciones protectoras entre el Estado y los particulares, y llega a la conclusión de que el Derecho de familia pasa a ser un elemento más del complejo entramado de relaciones que forman el sistema mixto del Estado social y democrático de derecho: la familia debe ser contemplada como un instrumento al servicio del individuo y con finalidades específicas; Derecho ese formado por un conjunto de normas, en gran parte imperativas, que traducen a la legislación ordinaria los principios constitucionales que afectan a la familia como tal.

Preceptos y jurisprudencia constitucionales llevan a la profesora Roca a la conclusión (p. 72) de que la familia no es un grupo autónomo, y a que los poderes públicos asumen la protección del grupo familiar porque dentro de ese grupo se cumplen unas funciones sociales; pero la protección no tiene como sujeto al grupo social como tal, sino en tanto que permite a los respectivos individuos que lo forman obtener la satisfacción de sus derechos.

D) *Los derechos fundamentales, justificadores del Derecho de Familia.* Las anteriores aseveraciones le conducen a afirmar la necesidad de que exista una regulación jurídica de la familia, cuya principal justificación es el aseguramiento de los derechos de los individuos que la forman, porque, como han dicho Dingwall y Eekelaar, las funciones que cumple son demasiado importantes para considerarlas sólo como cuestión privada. Razona luego cómo la existencia de derechos fundamentales justifica la intervención del Estado, y dice que los poderes públicos deben intervenir para controlar que la actividad de los miembros de la familia no produzca lesión en los derechos fundamentales de algunos de ellos; control que la ley prevé en cuanto a la efectividad del ejercicio de esos derechos, a la constitución de un estado civil que afecte a la condición de la persona, y a situaciones en que intervienen personas que no pueden prestar consentimiento por falta de capacidad. Y concluye que la función del Derecho de familia debe ser la de evitar que los conflictos que se producen en el interior del grupo lleguen a lesionar los derechos fundamentales de sus miembros, porque el pertenecer a una familia no implica la pérdida ni la disminución de ningún derecho.

### 3. El derecho a contraer matrimonio (cap. II)

Iniciase este capítulo insistiendo en algo ya dicho: la base sobre la que debe construirse una moderna teoría sobre el Derecho de familia se encuentra en la aplicación a ese ámbito de los derechos fundamentales, de modo que sólo tienen justificación sus normas en tanto que tiendan a procurar la protección de esos derechos. Distingue la profesora Roca dos grandes grupos de normas: unas se refieren a los derechos de que son titulares los individuos por el hecho del nacimiento (la titularidad de los derechos fundamentales reconocidos al hombre); y otras, que afectan directamente al Derecho de familia en tanto que constituyen aplicaciones especiales de los derechos fundamentales generales del título I CE., que no tienen la consideración de derechos fundamentales, pero permite la intervención del Estado en la regulación de su contenido fundamental.

A) *Del matrimonio y derecho a contraer matrimonio.* Comienza aludiendo al hecho evidente de que en toda Europa se ha producido un aumento constante del número de parejas de hecho, personas de distinto sexo que conviven sin estar casadas: es la «desinstitucionalización» del matrimonio, de que hablan los sociólogos. En España la cuestión empieza a tener relevancia, dado el creciente número de casos sobre cuestiones relacionadas con la liquidación de situaciones de convivencia, consecuencia de la ruptura de ese tipo de parejas que se plantean ante los tribunales, todo lo cuál obedece a distintos factores, que analiza luego.

Paralelamente se confirma la libertad para contraer matrimonio, que deriva del fundamental derecho a la libertad individual: quien desea casarse no debe verse limitado por ninguna forma de prohibición irracional impuesta por el Estado, dice. Ahora bien, el derecho a contraer matrimonio, ¿es *derecho fundamental*?

B) El problema se plantea por primera vez en Estados Unidos, cuyo Tribunal Supremo (caso *Loving vs. Virginia*, 1967, y otros) llegó a hablar del «carácter fundamental del derecho a casarse», lo que era compatible con su regulación por ley de forma razonable de los requisitos para contraerlo. En otros países, aun no reconocido ese derecho como constitucional, funciona también como derivado del derecho fundamental a la libertad o de disposiciones protectoras a la persona en las normas constitucionales generales.

En nuestra Constitución, del artículo 32 CE. puede deducirse un doble elemento: el derecho personal al matrimonio, con el contenido que dicho precepto especifica, y la reserva de ley para la regulación de las condiciones del ejercicio de tal derecho. La reserva de ley significa que el legislador ha de respetar el contenido esencial del derecho al matrimonio cuando decida legislar sobre el mismo, con dos consecuencias importantes: que el Estado no sólo puede definir el matrimonio, sino que debe establecer las condiciones para el ejercicio de ese derecho; y que el Estado debe respetar esta libertad imponiendo a los ciudadanos presupuestos razonables al fijar los requisitos para contraerlo. A su vez, el artículo 32.1 CE., establece una garantía constitucional a las personas que desean contraer matrimonio en el sentido de que su situación personal no sufrirá ningún cambio como consecuencia de haberse casado.

C) *Libertad y derecho a contraer matrimonio. Los límites constitucionales.* Así como en Estados Unidos el derecho a contraer matrimonio está basado en el derecho a la intimidad, en España puede afirmarse que deriva del derecho a la libertad: libertad de elección del propio cónyuge, de la forma y de no seguir casado. Con esas premisas, E. Roca pasa a examinar los principales problemas al respecto: quién puede casarse, con quién se puede casar y cuál es el procedimiento adecuado para contraer válidamente matrimonio. Todo ello le lleva a abordar dos cuestiones delicadas: el derecho a contraer matrimonio en el caso de los transexuales y en el caso de los homosexuales.

a) *El caso de los transexuales.* Expone su problemática y situación jurídica en varios países europeos, alude al primer caso en que se presentó el problema ante los tribunales británicos, y después otros, para pasar a examinar las razones que puede haber en favor del derecho de esas personas a contraer matrimonio, y los argumentos en contra más importantes, para concluir que la simple rectificación registral relativa al sexo de una persona no puede abrir las puertas a la posibilidad de contraer matrimonio, y que le parece inaplica-

ble al sistema español una explicación que partiera de la base de permisibilidad social de las operaciones del cambio de sexo. Se debe procurar –dice– construir un sistema específico para estos casos, dado que sólo el Estado puede determinar las condiciones para contraer un matrimonio válido.

b) Por lo que respecta a *los homosexuales*, recorre la legislación europea, que compara, alude a los modelos utilizados para la regulación de una relación estable entre homosexuales, y presenta los problemas más corrientes en ese tipo de relación en nuestra realidad social y en varios ordenamientos: la subrogación en el arrendamiento de la vivienda, la adopción por pareja homosexual y los supuestos de custodia de hijos tras el divorcio, visto todo ello también desde la óptica de importantes casos en la jurisprudencia americana y de nuestro Tribunal Constitucional.

D) *Derecho a no contraer matrimonio: las parejas de hecho*. ¿Por qué la gente se decide a convivir sin contraer matrimonio?, se pregunta Encarna Roca. La respuesta no es única, y se remite a los sociólogos (que cita). Revisa la cuestión en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo, y, desde su perspectiva metodológica, dice que si consideramos que el derecho a contraer matrimonio deriva del derecho fundamental a la libertad, las consecuencias que provoca serán: una libertad positiva (el legislador no puede poner obstáculos irracionales a la efectividad de ese derecho) y una libertad negativa, porque contraer matrimonio es un derecho, no un deber, y si el legislador impone un status no acorde con la voluntad de los afectados, sería contrario al derecho a la libertad matrimonial.

Tras una referencia a varios ordenamientos, dice que la solución al problema aludido no es fácil, para concluir que el derecho a contraer matrimonio no es un derecho absoluto, que no se basa en la intimidad personal, sino que es un aspecto del derecho fundamental a la libertad (aunque él no construido como fundamental), y en el marco de esa libertad los convivientes pueden decidir no casarse, sin perjuicio de que adopten los acuerdos personales que prefieran para regular sus relaciones sin detrimento de los derechos fundamentales.

#### 4. Las consecuencias económicas del divorcio. La pensión compensatoria (cap. III)

Cita la autora a Glendon cuando afirma que ningún país ha solucionado de forma completa los problemas económicos asociados al fracaso matrimonial, consecuencias económicas muchas y complejas, que describe; así como el hecho del incumplimiento de las obligaciones derivadas del divorcio, general en todos los países, como común es la ineficacia de los sistemas adoptados para remediarlo, por regla general. Todo ello ha determinado el nacimiento de una clase social de nuevos pobres –dice–, que acabarán dependiendo, en mayor o menor medida, de sistemas públicos de seguridad social; en particular, afecta a las ex-esposas. ¿Se podrá evitar esa situación?

A) *La pensión por desequilibrio*. El concepto de esta pensión es totalmente independiente de las cargas familiares. Esta pensión aparece concebida en nuestro ordenamiento como un derecho personal del cónyuge a quien el divorcio ha producido un desequilibrio económico respecto de su situación anterior; el derecho a la misma surge por necesidades económicas provocadas



por el cese de la convivencia. La naturaleza de la pensión –añade más adelante– no tiene nada que ver con el mantenimiento: el fundamento es siempre y sólo el desequilibrio; no tiene, pues, naturaleza alimenticia. Tampoco tiene naturaleza de responsabilidad civil por la ruptura, sino que se trata de compensar a quien más pierde con el divorcio. Analiza seguidamente los presupuestos legales de la pensión, que indican la diferencia entre ésta y los alimentos (que describe). En realidad, los presupuestos genéticos que dan lugar a la pensión existían antes de la ruptura, pero la extinción del deber de socorro aísla estas circunstancias y las hace aflorar.

*Desequilibrio económico y régimen de bienes.* Un recorrido por nuestra legalidad y la jurisprudencia llevan a la afirmación de que la pensión compensatoria constituirá siempre un *posterius* al régimen de bienes: su liquidación funciona como criterio para saber si existe o no desequilibrio; los elementos que deben ser utilizados para determinar si existe o no derecho a pensión y la cuantía de la misma dependen de factores muy complejos, respecto de los que apunta varias ideas.

B) *La realidad social del divorcio.* Constata Encarna Roca que la mayoría de países de nuestra área cultural se encuentran con idénticos problemas a los nuestros a la hora de decidir acerca de los efectos económicos del divorcio, así como la insuficiencia del modelo legal, cuya aplicación produce distorsiones y no atiende a los casos de los convenios reguladores. Es necesario introducir elementos nuevos provenientes de la realidad y de los problemas concretos en busca de soluciones, sin que baste atenerse a la mera interpretación de las disposiciones vigentes, porque «las ideas deben ajustarse a la realidad y no la realidad a las ideas».

Estudia las estadísticas españolas sobre separaciones y divorcios, con datos abundantes y fehacientes, así como la estructura de las familias divorciadas, constata el gran incremento de hogares unipersonales, y ese análisis le conduce a una crítica basada en la denominada crisis de la familia, en la que juega un papel importante el miedo a lo que se denomina «matrifocalidad»: las familias sin padre, tendentes a la marginalidad.

*Consecuencias económicas del divorcio.* El aumento de las tasas de divorcio y la creciente desestructuración de las familias comporta consecuencias que hay que destacar, porque implica la necesidad de plantear, con otros parámetros –dice la profesora Roca– las cuestiones relacionadas con el mantenimiento postdivorcio. Menciona luego algunas de esas consecuencias detectadas por ciertos estudios en Estados Unidos e Inglaterra (los casados tienden a tener mejor salud que los divorciados, los hombres sufren más con el divorcio que las mujeres, el divorcio afecta a los niveles de vida de las personas, aumentando sus ingresos los hombres si no pagan pensión y disminuyéndolos las mujeres, ...). No hay, en cambio, datos ni estudios sobre esas cuestiones en España.

C) *Matrimonio, derechos fundamentales implicados y divorcio.* En una concepción del matrimonio basada en el consentimiento mutuo, el divorcio será una consecuencia de la ruptura de un consentimiento matrimonial preexistente; si no existe consentimiento (continuado) puede producirse el divorcio. En otros términos: la admisión del principio consensualista en la creación del matrimonio se deberá aplicar a su disolución; mas si legitima al primero, lo convierte en más frágil. Aquel principio conduce también a que el remedio pueda ser consensual y a que en nuestro ordenamiento pueda haber, junto a un divorcio causal, un divorcio consensuado.

Junto al principio consensualista opera en matrimonio el de la igualdad de los cónyuges; pero éste lleva con frecuencia a una diferencia de oportunidades entre hombres y mujeres en el propio matrimonio, afirmación socialmente cierta y avalada por las estadísticas. De ahí que un número importante de personas que se divorcia debe arrostrar perjudiciales consecuencias económicas, cuya tipología de problemas examina la profesora Roca a continuación.

D) *La construcción de una teoría sobre la pensión compensatoria.*

a) *Régimen de bienes y propiedad familiar.* Parte en este punto la autora de la idea de que la propiedad familiar, ligada con el concreto régimen de bienes en matrimonio, actúa como una premisa del problema de las pensiones tras el divorcio. Recoge las ideas de Charles Reich (*The new property*, 1964) sobre la pérdida de importancia de la propiedad de los bienes y que ha pasado a tenerla el empleo, la profesión, las pensiones, los seguros; es decir, los bienes que derivan de lo que se ha llamado el capital humano. Analiza luego por qué ocurre así, y constata que ello ocurre también en nuestro ordenamiento (arts. 1438 CC y 41 CF catalán). Consecuencia de todo eso es que la liquidación del régimen de bienes, presupuesto para determinar si existe desequilibrio económico y ha lugar a la pensión, puede resultar insuficiente, y será preciso pensar en otros elementos para formular una teoría sobre la pensión compensatoria.

b) *El derecho a la pensión.* Analiza la profesora Roca cuál debe ser la finalidad de esta pensión (y excluye que se haya creado para aliviar una necesidad y que tenga la naturaleza del mantenimiento), razona que en Derecho español se configura a modo de indemnización por los perjuicios que pueden derivar de una situación de cese de la convivencia conyugal, perjuicios objetivos, y para evitar que el excónyuge pase a depender de sistemas públicos de mantenimiento; dice que el derecho a la pensión se adquiere a través de lo que se denomina inversiones matrimoniales, distingue el matrimonio de corta duración (que impide que puedan generarse expectativas que deban compensarse) de otros casos, para concluir, citando a Eekelaar, que para ella la pensión por desequilibrio económico constituye una indemnización por la pérdida de los costes de oportunidad alcanzados por un cónyuge durante el matrimonio, que se extinguen como consecuencia del divorcio.

De todo ello deduce cuatro *principios básicos* en la construcción de la pensión como compensación por desequilibrio (p. 200 y ss.): la necesidad de liquidar de forma definitiva la situación producida por el matrimonio que ha llegado al divorcio (lo que le permite pensar que la pensión puede ser temporal); la pensión no es una compensación por la ruptura ni por la causa del divorcio; el principio de la autonomía personal y el que las personas deben proveer a su propio sustento eliminan el carácter alimenticio de la pensión; y que lo anterior no debería aplicarse cuando existan hijos del matrimonio. Hoy el divorcio se ha convertido en una cuestión exclusivamente privada, en la que la única misión de los poderes públicos es controlar que exista alguna de las causas previstas legalmente y que no se produzcan perjuicios irreparables a la partes. El mantenimiento queda circunscrito al ámbito de la autonomía personal y sólo subsidiariamente se convertirá en una cuestión social.

## 5. Menores y familia (cap. IV)

La progresiva privatización de las relaciones familiares –comienza diciendo la profesora Roca– es más compleja cuando se trata de la protección de las personas más débiles: la interpretación del artículo 39 CE tiene una nueva proyección cuando se trata de asegurar la plenitud de los derechos fundamentales a los incapaces de gestionar los suyos. Su protección es más problemática.

En España el problema se ha presentado más tarde que en otros países europeos, quizá porque se ha ampliado la edad de convivencia de los hijos con sus padres. Aporta datos y opiniones de sociólogos: aunque la familia se está rehabilitando como agencia de bienestar social, la complejidad de las relaciones que se producen en una sociedad plural hacen difícil mantener el modelo mediterráneo como forma de protección a los débiles. De ahí, dos tendencias en la construcción de la teoría de los derechos fundamentales de los menores y los mecanismos para su efectividad: la que se basa en una ideología liberal conservadora, que lleva a una privatización del interés del menor (familismo), y la que se basa en la necesidad de intervención del Estado para la protección de ese interés.

A) *El interés del menor.* Aparece en el mundo jurídico a partir de textos y tratados internacionales, ratificados por España, que lo toman en especial consideración, lo que no deja de plantear problemas de interpretación e integración en los ordenamientos nacionales. El principal problema reside en la forma como puede ser reconocido ese interés, para lo que hay dos sistemas: identificarlo mediante una lista de situaciones que quedan incluidas en el concepto general de *interés del menor*, o mediante una cláusula general, en la que sólo se impone la necesidad de actuar en interés del menor, pero sin darle un contenido concreto. Ambos sistemas tienen ventajas e inconvenientes (que apunta), concluyendo que la cláusula *interés del menor* está centrada en el respeto de sus derechos fundamentales y, en consecuencia, cualquier actuación pública debe, como finalidad esencial, evitar su lesión.

La Convención de Derechos del Niño, de 1989, alude directamente a ciertos derechos de éste. Es obvio que los menores son titulares de derechos. Mas cierta doctrina anglosajona ha discutido la cuestión con distinto enfoque: considerando que esos derechos existen porque la Convención los establece, o entendiendo que sólo ostentan aquéllos que aparecen expresamente reconocidos. Cita luego la mejor doctrina anglosajona, la opinión de Eekelaar y su *Dynamic Self-Determinism*, y sugiere las limitaciones de esa visión, por lo que reclama la necesidad de buscar otras explicaciones.

Al Derecho de familia compete promover la eficacia de los derechos fundamentales de los miembros del grupo. Explora otros sistemas jurídicos (como el de la *Children Act 1989*), y se inclina por los sistemas abiertos, como el español, aun reconociendo los riesgos de su apertura al arbitrio judicial. Los artículos 10 y 39 CE. diseñan un programa constitucional cuya finalidad es conseguir que el niño se convierta en un ciudadano cuando llegue a la mayoría de edad. De ahí el interés del Estado en la obtención de esos resultados, lo que ha forzado su intervención protectora de los menores.

B) *Los sistemas de protección del menor: la tensión sector público v. sector privado.* Frente al principio de no intervención de los gobiernos conservadores, y la apelación a la intimidad familiar, protegiendo la autonomía de la familia

frente al Estado, es evidente que eso no puede ser absoluto: si bien es verdad que los padres tienen ciertos derechos en relación con sus hijos, nada impide que deban soportar ciertas actuaciones de los poderes públicos cuando sean necesarias para proteger los derechos fundamentales de los hijos. El sistema mixto, por el que se inclina la profesora Roca, concibe la actuación del Estado como forma de garantía de tales derechos de los ciudadanos, que no excluye que la familia, los padres, actúen como agentes para la consecución de los fines sociales. En ese sistema, los que primariamente y por disposición constitucional están encargados de los intereses del menor y de su efectividad son sus padres, y luego los poderes públicos actúan en dos sentidos: directamente, implementando políticas de bienestar dirigidas al logro de la plena efectividad de sus derechos, y subsidiariamente controlando la corrección de la actividad paterna.

C) *El estatuto del menor.* El derecho básico de los menores –punto de partida otra vez de estas consideraciones– es el de ser atendidos conforme a su personalidad y con el pleno respeto de sus derechos fundamentales. Para el tratamiento de la cuestión ha de considerarse las particularidades de algunos derechos fundamentales referidos a los menores, y el ejercicio de los mismos por los propios titulares, cuando sus condiciones de madurez lo permitan.

En cuanto a las *especificidades de ciertos derechos fundamentales aplicados al menor de edad*, estudia el derecho a la educación (en su legalidad constitucional, la ordinaria y la aplicación jurisprudencial), el de libertad religiosa y el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen (idéntico recorrido y estudio).

Aborda luego el *ejercicio de los derechos fundamentales*, sus principales problemas, y sistematiza los casos en que el Código Civil permite la válida actuación del menor: actuación plenamente eficaz (cuando las condiciones de madurez le permiten entender y querer las consecuencias de sus actos), actuación controlada, y opinión del menor; para concluir que siendo la patria potestad un sistema de protección, carece de sentido cuando el sujeto que proteger tiene las condiciones de madurez necesarias para tomar la decisión que va a afectarle.

D) *El interés del menor y la familia.* La metodología funcionalista que sigue nuestra autora le lleva a examinar la vía normal de atribución de la patria potestad, la filiación, que, desde esa perspectiva, explica como una técnica jurídica cuya finalidad esencial es proporcionar a los nacidos un sistema de protección durante su minoría de edad.

Los principios que rigen la atribución de la filiación pueden deducirse de lo dispuesto en la propia Constitución: consisten, básicamente, en la coincidencia entre la verdad biológica y la legal y la aplicación del principio de igualdad, dice. Y a continuación examina el juego y límites en nuestro sistema jurídico de ambos principios. En cuanto a la *verdad biológica*, la funcionalidad de su investigación no debe ser considerada como una finalidad en sí misma, sino para imponer a los padres la obligación de prestar asistencia a sus hijos, y considera que no existe un derecho fundamental a la coincidencia entre paternidad biológica y la legal. Por lo que respecta al principio de *igualdad*, estima que la determinación de la filiación es un derecho del hijo con independencia de que haya o no matrimonio.

Partiendo de tales principios examina las formas de atribución de la maternidad y la paternidad, y los problemas particulares de ésta (presunciones, reconocimiento, la verdad biológica, sus excepciones); con una alusión final a la paternidad social, y los problemas específicos de la adopción.

## III

La obra de la profesora Roca Trías que aquí comento es, entre otras valoraciones posibles, extremadamente sugerente –sugiere preguntas, hace pensar–, como anticipé en su presentación inicial. Merece, sin duda, alguna reflexión, más allá de la mera recensión que precede. Ante la imposibilidad de ocuparme de las muchas a que habría lugar, haré ahora referencia a algunas cuestiones, y puntos concretos allí tratados, siquiera sea en una consideración breve. Dejo la crítica puntual para otros.

### 1. Recuperación de temas y cuestiones antiguas

Es frecuente entre los humanos el volver con cierta periodicidad o en erráticos saltos atrás a lugares y preocupaciones antiguos. Hay temas recurrentes a los que volvemos inevitablemente por distintos motivos: unas veces, porque quedaron (quizá parcialmente) irresueltos; otras, porque hay que revisarlos o actualizarlos, por culpa del legislador o por evolución intelectual propia; en ocasiones, por razones coyunturales, quizá inconscientes (el «ello» también empuja). Así nos ocurre a los juristas, casi siempre; así se puede observar, también, en la profesora Roca y en este *Familia y cambio social*, donde hay decenas de cuestiones que ella había tratado hace quince o veinte años (otras, menos años) en lugares y ocasiones diferentes –al margen, por supuesto, de su tratamiento en obras generales, donde hay que ocuparse de todo, guste o no guste.

Ocurre así, por ejemplo, en relación con cuestiones de metodología, de los derechos humanos, problemas constitucionales afectantes a instituciones de Derecho privado, consecuencias de la crisis matrimonial, pareja de hecho, protección de menores, y muchas más. Todos ellos, tratados antes por nuestra autora, reaparecen en *Familia y cambio social*, pero ahora bajo una nueva óptica (casi siempre), desde la perspectiva unitaria del cambio social producido en los últimos años, a que alude con frecuencia y del que subraya su repercusión en el ámbito jurídico (cfr., por ejemplo, p. 201).

La afición de Encarna Roca al Derecho de familia proviene de la suya inicial al estudio del Derecho catalán (su trabajo *Responsabilidad de los bienes parafernales* data de 1969), por donde empezó su producción jurídica –larga y ancha: sobrepasa ampliamente el centenar de trabajos, de espectro igualmente amplio–. Sería prolijo, amén de innecesario, intentar enumerar sus trabajos de esa temática. Entresaco los menos conocidos o más recientes (luego habré de mencionar otros muchos, más específicos y relacionados con cuestiones concretas que trataré): «Familia, familias y Derecho de familia», *ADC*, 1990, pp. 1055 y ss.), «Los criterios judiciales en la aplicación de la ley del divorcio» (*RJC*, 1993, pp. 123 y ss.); «Le riforme del Diritto civile in Spagna: persona e famiglia alla fine del xx secolo», en *La riforma del Codice civile*, Padova, 1994, pp. 113 y ss.); «Family law in Spain», en *Family in Europe*, Londres, 1995, pp. 439 y ss.; y «Familia, pairalisme i institucions jurídiques», *Estudis d'Història Agrària*, Barcelona, 1998, pp. 17 y ss.; amén de comentarios de artículos varios del Código civil y del ordenamiento catalán en diversas obras colectivas.

No puede extrañar, por tanto, que haya vuelto ahora la profesora Roca, en este trabajo más ambicioso y de mayor calado, a tratar juntos y bajo el denominador común del cambio social que les afecta, algunas cuestiones ya estudiadas con anterioridad.

## 2. La cuestión metodológica

Una de las aportaciones más interesantes de este libro –lo he dicho ya más de una vez– es su reflexión inicial sobre el método que seguir en el Derecho de familia y para las cuestiones que va a tratar. Método, no se olvide, significa etimológicamente «camino hacia una meta», y es obvio que el camino que se elija, también en este ámbito, condiciona extraordinariamente el punto de llegada, los objetivos y conclusiones alcanzables. Así lo ha entendido nuestra autora desde el primer momento. Pero su reflexión metodológica no ha quedado en pura especulación teórica: ha puesto en práctica sus ideas y ha recogido algunos frutos.

Se había ocupado Encarna Roca de esa cuestión de forma directa –pues implícita aparecía en trabajos suyos desde la primera hora– en «Metodología para un enfoque constitucional del Derecho de la persona» (*Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor Lacruz Berdejo*, Barcelona, J. M. Bosch 1993, pp. 1.895 y ss.) y en «Métodos y derechos en el Derecho de Familia» (*Documents de Treball de la Divisió de Ciències Jurídiques, Econòmiques i Socials*, Barcelona, 1996, pp. 1 y ss.). Es, sin embargo, problema no menor este del método jurídico, y bastante descuidado por estos pagos, salvo en obras especializadas (y antes más que ahora en las Memorias para oposiciones a Cátedras), en que, en general, apenas se pasaba de los métodos jurídicos vinculados a la jurisprudencia de conceptos o a la jurisprudencia de intereses, el normativismo, ..., y poco más.

Lo relevante de la cuestión en el reciente libro de la profesora Roca no es sólo el reiterar su interés por las cuestiones metodológicas y dedicarle atención directa, con mención y estudio de algunos métodos más actuales empleados por diferentes escuelas y desde distintos ángulos ideológicos en el ámbito del Derecho de Familia (véase sus referencias al funcionalismo, a las corrientes críticas, a las interpretaciones economicistas o al análisis jurídico del *Centre for Social-Legal Studies*: pp. 48 y ss.), sino que ella misma asume uno de esos métodos y lo practica (aunque con una orientación concreta y personal) en el tratamiento que da a las principales cuestiones que aborda. Ahí está su enfoque y estudio del derecho a contraer matrimonio de los transexuales o los homosexuales, el derecho a no contraerlo las parejas de hecho o (y sobre todo) en el de la pensión compensatoria (cap. III.), en que da el mejor juego, en mi opinión.

Encarna Roca dice explícitamente preferir el método funcionalista de la corriente *Socio-Legal Studies*, que concreta en la combinación entre los datos empíricos y las soluciones jurídicas, lo que ayuda en la interpretación y acercamiento a los problemas y facilita la adecuación de la respuesta jurídica a la realidad social y a los problemas detectados, todo ello sin declinar de la más estricta juridicidad, en cuanto pone el acento, también metodológico, en el estudio de los problemas (desde el derecho a contraer matrimonio al interés del menor) en los derechos fundamentales de la persona, *leit-motiv* de su pre-

ocupación y de su construcción jurídica. Al destacar esta juricidad se aparta un tanto nuestra autora del método funcionalista de los juristas de Oxford, al que, en mi opinión, mejora y le saca más partido en nuestro sistema jurídico.

Tanto los datos estadísticos (cifras, porcentajes) como los sociológicos (valoraciones de esos datos desde una perspectiva social y apreciación de expertos) que maneja la profesora Roca Trías son, en su mano, sólo medios instrumentales para mejor conocer la realidad e instituciones que estudia, y lo hace de forma que no distorsiona su discurso jurídico: constata el cambio y evolución social de los últimos años –motivo próximo del libro–, lo que le permite justificar o criticar ciertas normas, o reclamar el cambio de otras para que se adecuen a la nueva realidad social que aquellos datos mostraban (por ejemplo, en cuanto constata una nueva concepción social y actual del matrimonio: ya no se precisa hombre y mujer para procrear, y ahora se exige para celebrarlo la capacidad de obrar y no la capacidad para procrear). Se trata, sencillamente, de llevar a la práctica, en el método de trabajo e investigación, lo de todos conocido y pocas veces tenido en cuenta: que el Derecho todo, y en particular el de familia, viene condicionado por la realidad social, prejúdica, subyacente, al que aquél se limita a dar respuesta normativa, ordenadora de conductas, y solución a los conflictos de intereses que dicha realidad presenta.

Huelga que diga que no sólo no me desagrada ese método y ese tipo de investigación jurídica, sino que me satisface plenamente, en cuanto supone una forma de hacer y optar por el realismo jurídico, frente a formalismo, preferencia por aquél de que he dejado constancia en varias ocasiones y trabajos antes de ahora. Satisfacción me produce leer frases como ésta –ya invocada aquí–: «las ideas deben ajustarse a la realidad y no la realidad a las ideas» (p. 152); o ver cómo explora E. Roca problemas (en general, y concretos) para proponer soluciones («menos traumáticas» para la ocasión, dice: pp. 171 y ss.); o cuando no elude criterios económicos para plantear y resolver problemas reales de la pensión compensatoria.

El Derecho es, sin duda, la ciencia más pragmática de todas las *Kulturwissenschaften* –como las llaman los alemanes, frente a las *Naturwissenschaften*–, y sólo se justifica en función de la utilidad social que reporta y problemas que resuelve. No es ciencia especulativa (no es Lógica, ni Metafísica, ni Historia), aunque sea ciencia normativa basada en criterios sociales y axiológicos. Pero para resolver problemas (conflictos interpersonales, conflictos de intereses) hay que empezar por detectarlos, conocerlos bien y tomarlos en consideración. El descuidarlos, en aras de la elucubración sutil o el historicismo brillante –sin desconocer que el Derecho es historia, de lo que no abjuro– hace efímeras muchas de las grandes concepciones y construcciones: recuérdese el no éxito (no me atrevo a decir otra cosa) de la más brillante Escuela y metodología, la Jurisprudencia de conceptos.

En Derecho de familia, con una fuerte carga y componentes metajurídicas en todas sus instituciones y problemas, es fácil incidir en un (a veces, inconsciente) desplazamiento hacia esos aspectos no jurídicos, en la interpretación de sus normas, en la argumentación o en el enfoque del problema y de la solución buscada. Pues bien: quiero destacar, aunque ya lo he anticipado, que el manejo de datos y la frecuente alusión a elementos y componentes de aquella clase (sociales, económicos, de política jurídica) en la obra que comento no ha afectado al tratamiento exquisitamente jurídico, normativo, de las cuestiones abordadas y de las soluciones aportadas

(véase, a título de ejemplo, cómo contempla la relación Sociología-Derecho en las pp. 87-88). Lo cual demuestra que no hay que caer en el normativismo estricto u otras formas de formalismo jurídico para hacer Derecho en el más amplio y mejor sentido y tratar el fenómeno jurídico dentro de sus propias coordenadas, si no se confunden, precisamente en el plano metodológico, medios y fines.

### 3. Atención relevante a cuestiones constitucionales y a los derechos fundamentales

La atención de Encarna Roca a la Constitución y problemas constitucionales es más antigua, casi inmediata a la promulgación de la nuestra de 1978: «El Derecho civil catalán en la Constitución de 1978» (*RJC*, 1979, pp. 7 y ss.), «Constitució i família» (*RJC*, 1984, pp. 287 y ss.), «Principi d'igualtat i discriminacions per raó de sexe» (*RJC*, 1988, pp. 297 y ss.), «Principio de igualdad y aplicación de la ley (*Introducción a los Derechos Fundamentales*, 1989, pp. 987 y ss.); «Principi d'igualtat: matrimoni y parella de fet» (*RJC*, 1991, pp. 515 y ss.).

A su vez, además de esos trabajos, se ha ocupado de los derechos fundamentales de la persona en otros muchos, de entre los que citaré los relativos a la incidencia de la fecundación artificial en los derechos fundamentales (1988), a los embriones (1994), a la Bioética y la incapacitación (1996), la reproducción y la eugenesia (1998).

No sorprenderá, pues, con esos antecedentes, que ahora plantee y aborde nuestra autora temas concretos de la familia desde la óptica de los derechos de las personas, de los derechos fundamentales de la persona, y que considere prevalente estos derechos frente a los del grupo –idea ya apuntada por los filósofos–, y a la propia familia como medio o instrumento de encauzar y proteger los derechos de las personas que la forman. Esta es una constante en la obra que comento, y alrededor de ese centro de gravedad gira el enfoque y tratamiento de todos los temas específicos que estudia: matrimonio, pareja de hecho, derecho a casarse y a no casarse, la pensión compensatoria tras la crisis matrimonial, el status y protección de los menores en la familia.

La diferencia con trabajos anteriores reside en que en *Familia y cambio social* hay una metodología y tratamiento unitarios, con enfoque finalístico de las instituciones y categorías jurídicas relacionadas con la familia (las antes citadas, y otras): la protección de la persona a través de los derechos fundamentales inherentes a la misma. Los derechos fundamentales ahora no son sólo objeto de estudio, sino punto de vista y de partida para el tratamiento de otros derechos e instituciones: camino hacia esa meta. Mas esto no es totalmente novedad, pues esas ideas, método e interpretación estaban bien definidas en Encarna Roca a partir de su *Metodología para un enfoque constitucional del Derecho de la persona* (1993). La reiteración de ideas y argumentos en distintos trabajos y momentos no resta valor a sus desarrollos recientes: son piezas múltiples que conforman, todas, un edificio cuya culminación es, por ahora, el libro que comento.



#### 4. «Construcción de una teoría sobre la cuestión compensatoria»

En mi opinión, el capítulo más original y relevante de esta obra, el tema mejor tratado, es el relativo a la pensión compensatoria (cap. III): me parece la mejor aportación de Encarna Roca en esta aventura intelectual, con el razonamiento más brillante y mejor trabado de toda la obra. En él hay una construcción personal y original de dicha cuestión y su completa problemática jurídica y social –cosa infrecuente en los tiempos que corren–, una «teoría sobre la pensión compensatoria», como titula el último apartado de ese capítulo.

Nuestra autora había tratado esta cuestión (y apuntado alguna de sus ideas) en varios lugares antes de ahora: en su comentario a los artículos 97 y ss. CC (*Comentarios a las reformas del Código civil*, Tecnos, 1984; *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, 1991), en un trabajo sobre el convenio regulador (1984) y en su colaboración en las *Institucions del Dret Civil de Catalunya* (con Puig Ferriol, vol. II, 5.<sup>a</sup> ed., 1998), aunque allí con otro enfoque y tratamiento por la naturaleza o destino distintos de estas últimas obras.

¿Donde está la originalidad y mejor aportación aludidas? En *Familia y cambio social* aborda, junto a los problemas generales o específicos de la ruptura matrimonial y el análisis del artículo 97 y concordantes CC (y del 84 y ss. CF), los resultantes y menos conocidos de una nueva realidad social (aquella en la que incide y a la que va destinada la pensión compensatoria), que presenta nuestra autora con datos estadísticos relativos a separaciones y divorcios en España, a la estructura de las familias divorciadas, a las consecuencias económicas del divorcio (en nuestra sociedad, como en otras, no ya en los Códigos), con citas oportunas de informes y estudios de prestigiosos sociólogos de aquí y de fuera, y de sentencias de nuestros tribunales, que han diagnosticado esta sociedad y aquellas crisis y rupturas matrimoniales. Visión, por cierto, de esa realidad social que contempla con carácter instrumental (no hace Sociología jurídica) para mejor entender la institución que estudia, que ha de servir, a su vez, finalísticamente, a aquella sociedad y para remediar los problemas antes explorados.

Y luego, fiel a su metodología –valoración de los problemas matrimoniales desde el punto de vista de los derechos de la persona–, examina con esa perspectiva los modelos de divorcio, el sostenimiento de la familia en cada caso, la tipología de problemas subsiguientes al divorcio (con sutil disección en su análisis); más los principios que deberían regir las consecuencias económicas del divorcio, y papel del Derecho a ese respecto; para, en un *in crescendo* ejemplar, desembocar en una coherente y eficaz «construcción de una teoría sobre la pensión compensatoria» (pp. 178 y ss.), culminación de esa parte del libro.

Es notable la capacidad de Encarna Roca –ayudada y avalada por una amplia documentación bibliográfica– para relacionar instituciones y sacar partido de ideas brillantes, propias las más, leídas otras. Por lo que aquí respecta (construcción de una teoría ...), parte, entre otras premisas, de la idea de Charles Reich de cómo en el mundo moderno ha perdido importancia la propiedad de bienes y ha pasado a tenerla el empleo y la profesión, las pensiones, etc. (p. 180), y examina luego cómo toma en consideración el Derecho moderno ese tipo de bienes (en el mundo anglosajón y en nuestro Código civil, del que no está ausente), para concluir que la liquidación del régimen de

bienes propio del matrimonio, presupuesto del artículo 97 CC, puede resultar insuficiente para reequilibrar los patrimonios de los cónyuges y dejar a salvo una digna subsistencia del más perjudicado; lo que le lleva a justificar, razonadamente, el derecho a una pensión y orientar su régimen jurídico.

Cuál sea su naturaleza (quizá el punto más interesante de su exposición), la finalidad de la pensión compensatoria, su concepción como indemnización por la pérdida «de los costos de oportunidad alcanzados por un cónyuge durante el matrimonio» y demás, son extremos abordados con detenimiento, de que dejé constancia en su momento. Como pasa con frecuencia –ya lo anticipé–, se puede estar de acuerdo o no con la opinión y teoría de la profesora Roca; pero (lo reitero también) nadie puede negarle solidez de su argumentación y un agudo sentido jurídico y práctico de sus conclusiones.

Mas yo quiero subrayar lo que son, aquí y ahora (en este país y momento), razonamientos nuevos, muy poco leídos u oídos en nuestros libros jurídicos (y, sin embargo, cada día más necesarios y pronto inevitables); por ejemplo (sólo uno): «si se quiere afrontar la solución de este tema [evitar que el excónyuge pase a depender de sistemas públicos de mantenimiento] con criterios de racionalidad, únicos posibles en el ámbito jurídico, habrá que utilizar criterios económicos para plantear el problema en sus justos términos ...» (p. 192). Es evidente que la jurista no teoriza ni elucubra aquí, no hace exégesis de normas –de las que parte, sin embargo–, sino que las pone, y todo su razonamiento, al servicio de sus destinatarios: es el Derecho para la sociedad, y no la sociedad para el Derecho, viene a decir en otro lugar.

Esa racionalidad y esos criterios, apoyados en doctrina de nuestros tribunales (que no desdeña) y correcta argumentación, le llevan a formular los cuatro «principios básicos» de su construcción y concepción de la pensión como compensación por desequilibrio, de que también di fe. Sólo quiero añadir aquí que el primero de esos principios le conduce a la conclusión de que la pensión puede ser temporal en nuestro sistema jurídico (posición minoritaria, que, sin embargo, algunas sentencias han aceptado). Pues bien: cuando esto escribo me llega noticia de que la Asamblea francesa aborda la reforma legal de su Código destinada a acabar con el régimen actual de la pensión compensatoria en Francia –concebida allí como perpetua y transmisible a los herederos la obligación de pagarla, de donde proviene el régimen, muy semejante, de la española–, para convertirla en pensión temporal. Véase, pues, lo atinado y premonitorio de las ideas de la profesora Roca Triás.

La argumentación y construcción de la pensión compensatoria en este libro gira alrededor de los problemas específicos del divorcio (*cf.* pp. 143 y 149) –su etiología, sus consecuencias; sus remedios–. No contempla apenas (quizá nunca, como paisaje de fondo) la separación matrimonial, para la que también está prevista aquella pensión en nuestro sistema jurídico (Código civil y Código de familia catalán). Es evidente que son situaciones familiares y jurídicas distintas éstas. ¿Valdrán para la pensión compensatoria derivada de la separación matrimonial los mismos puntos de partida, justificación, argumentos y conclusiones que para la pensión *ex* divorcio, aquí construida?

No estoy seguro; y en ello radica una de mis pocas objeciones, o punto de posible desacuerdo, más bien, a la construcción o teoría de Encarna Roca. Desacuerdo que termina (o no aparece) si nos atenemos únicamente al aspecto funcional y teleológico de la institución (indemnización de los costos de

oportunidad ...), desde cuyo punto de vista no hay prácticamente diferencia entre una y otra. Mas —me permito recordar a la autora— su construcción es más ambiciosa, y no se limita a ese aspecto donde el juego de la pensión (para las dos hipótesis) tiene la misma función y fin, sino que incluye otros elementos y aspectos, en que separación y divorcio tienen componentes familiares, sociales y jurídicos bien distintos. Es evidente (todo hay que decirlo) que ello no le ha pasado desapercibido en algún momento, y de justicia es decir que en trabajos anteriores de la profesora Roca tomó en consideración la diferencia aludida.

## 5. Aportación bibliográfica

Una mención especial —siquiera breve, como las otras—, merece la bibliografía que maneja la profesora Roca en ese trabajo: junto a la hispana necesaria y suficiente (sociológica y jurídica), emplea eminentemente la anglosajona (hay también italiana, valiosa y oportuna).

Fue el profesor Lacruz uno de los primeros civilistas españoles en hacer incursiones no coyunturales por la bibliografía anglosajona, antes incluso de la primera edición postconstitucional de su Derecho de familia, y luego, particularmente, en ésta (1984, en colaboración con Sancho Rebullida), no obstante su formación científica eminentemente germánica. Sin embargo, los autores británicos y norteamericanos, frecuentes en otros tipos de obras jurídicas, han brillado en general por su ausencia en nuestros libros de Derecho de familia, con la excepción de algunas monografías (por exigencias del guión).

En este caso ocurre justamente lo contrario: en *Familia y cambio social* predomina de forma clara (en algún caso, incluso, «descompensada») la bibliografía angloamericana, tanto la de tipo sociológico (los grandes Glendon y Weitzman, entre otros, y muchos más) como la estrictamente jurídica; obras generales (Bromley, Cretney, Dewar), monografías, obras colectivas y artículos de las más importantes revistas especializadas y de las prestigiosas universidades americanas. Varias estancias de la profesora Roca en Oxford, Universidad que sigue frecuentando, y su relación con conocidos equipos de trabajo especializados en Derecho de familia y Sociología de la familia le han proporcionado un profundo conocimiento de esa rica, valiosa bibliografía, que constituye, incluida en dicha obra, una notable aportación para nuestro Derecho, de la que muchos podrán lucrarse —incluso quienes ya conocían y tenían citado al profesor Eekelaar y otros destacados miembros del *Centre for Social Legal Studies*.

El constatar el profundo tratamiento de muchas cuestiones por autores que apenas nos sonaban —estoy pensando en los Parker, Alston, Seymour, Maclean, Campbell, entre muchos: cito éstos porque ciertos afanes míos recientes me han llevado a ellos—, el descubrir que en nuestras antípodas (Nueva Zelanda, Australia) hay autores brillantes (algunos de los nombrados) con aportaciones valiosas, aun referidas a otros sistemas jurídicos, y muy poco conocidas por estos pagos, tiene, entre otras ventajas, la de curar de ciertas vanidades.

Encarna Roca destaca en algún momento, en su libro, cómo no obstante la diferencia de sistemas jurídicos e incluso en el razonamiento jurídico, los problemas son muy semejantes en unos países y otros, en particular en Derecho de familia, y útiles las obras ajenas y el estudio del Derecho comparado. En efecto: en este ámbito, Derecho de familia, los hechos prejurídicos bási-

cos, los conflictos humanos, son prácticamente idénticos (o casi) aquí y en cualquier rincón del mundo: crisis matrimoniales y sus secuelas personales y económicas, problemas en la gestión de la patria potestad de los hijos, interés de la sociedad por los menores, etc. En vivirlos (detectarlos, intentar resolverlos) nos han precedido con frecuencia los países anglosajones (y otros, por supuesto), donde el divorcio tiene varios siglos de vigencia, los problemas de educación religiosa de los hijos en matrimonios mixtos es antigua, y la evolución social ha ido por delante en algunos aspectos. Ello hace útil sus reflexiones y soluciones –estoy pensando en el célebre caso *Gillick*, del Reino Unido (1986), sobre asesoramiento y prescripción de contraceptivos a menores de dieciséis años por los servicios médico-sociales, en conflicto con la patria potestad de una madre, por poner un solo ejemplo–, imprescindibles sus trabajos científicos sobre la materia, serios y bien documentados, y con una técnica (jurisprudencial, del caso concreto) que es útil aquí, siquiera sea por contraste con nuestras abstracciones y legalismos.

## 6. Cuestiones que el comentarista echa de menos

Investigar, escribir como nuestra autora hace, comporta siempre elegir: seleccionar primero y escoger luego los temas que estudiar y desarrollar. Por tanto, supone también renunciar a otros, aun interesantes: el todo no es posible. Por ello, hay que aceptar de buen grado la elección de temas de Encarna Roca, aunque en algún momento puede echarse de menos algún otro, que leeríamos con particular atención y gusto –lo cual significa también otro tipo de opción y otras predilecciones por parte del lector, más aleatorias o caprichosas quizá.

Yo he echado de menos –hubiera leído con tanto o más gusto, quiero decir– temas y problemas de actualidad cuyo futuro inmediato puede ser tan controvertido como los abordados en *Familia y cambio social* (y pienso que no menos interesantes): las procreaciones asistidas y algunos problemas sobre la filiación y relaciones resultantes (sobre lo que se ha pronunciado la STC 116/1999, de 17 junio); delimitación del interés del menor –algo más concreto que dejar a salvo sus derechos fundamentales– en situaciones marginales y ejercicio de la patria potestad (conflicto entre los titulares en materia de religión y educación); problemas relacionados con los alimentos entre parientes (subsidiariedad del Estado o de la familia en el deber de prestarlos, su alcance en situaciones límite); el derecho a conocer la persona su propio origen, en general y en nuestro sistema jurídico (una de las cuestiones más debatidas en la jurisprudencia alemana en el último decenio, a partir de algunas sentencias de su Tribunal Constitucional, lo que ha motivado la reforma del BGB de julio 1998) –donde me temo que no coinciden nuestros criterios–, etc.

Cierto es que ninguno de esos temas está ausente del todo, que todos ellos están aludidos de una u otra forma en la obra que comento; cierto también que abordarlos con detenimiento era quizá inasequible en sus planes y propósitos. Pero (me) saben a poco esas referencias mínimas a cuestiones tan interesantes que no le han pasado desapercibidas. Queda, al menos, la esperanza de que la profesora Roca Trías quiera llevar algún día su atención sobre ellas, y alguna otra, con la lucidez y eficacia con que ha tratado las aquí abordadas.



### BIBLIOGRAFÍA RECIENTE SOBRE DERECHO COMPARADO

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Una obra clásica: la de ZWEIGERT-KÖTZ. 3. Un Manual escolástico que se consolida: el de PIZZORUSSO. 4. Un monumental Tratado que comienza: el de SACCO. 5. A modo de conclusiones.

1. El Derecho comparado está experimentando últimamente, en varios países, un desarrollo notable a nivel doctrinal. Este creciente desarrollo aparece alimentado por prestigiosas publicaciones de amplia difusión, como la *Revue Internationale de Droit Comparé*, publicada en París, desde 1949 por la *Société de Législation Comparée*, o el *American Journal of Comparative Law*, órgano de la *American Association for the Comparative Study of Law*, nacida en 1952, o el *International and Comparative Law Quarterly*, que desde el mismo año edita el *British Institute of International and Comparative Law* de Londres; desarrollo que mantiene su interés mundial a través de los Congresos Internacionales de Derecho Comparado, organizados por la *Académie Internationale de Droit Comparé*, de París, que cada cuatro años se reúnen en un país distinto (así recientemente, en Montreal en 1990, en Atenas en 1994, en Bristol en 1998), y todo ello, en cierto modo, institucionalizado en la *Faculté Internationale de Droit Comparé*, con sede en Strasburgo, en la que se imparten programas de primero y segundo ciclo, desarrollados periódicamente en esta última ciudad, o en otras sedes europeas.

Pero en las obras que voy a recensionar coincide una singularidad: o son obras traducidas al italiano, o han sido originalmente publicadas en este idioma. Ello va a permitirme subrayar el esfuerzo y tenacidad con que un grupo de Profesores italianos (Gorla, Cappeletti, Sacco, Pugliese, entre otros) ha venido trabajando, en los últimos años, por lograr que el Derecho comparado ocupe en los Planes de estudios de su país el lugar que le corresponde<sup>1</sup>; tal esfuerzo se ha localizado en Universidades como la de Florencia (con la presencia de Cappeletti), Turín (con la de Sacco y Lombardi), Milán o Trento, y ha culminado en el Decreto de 11 febrero 1994 que introduce el Derecho Comparado como asignatura obligatoria en los Planes italianos de estudio. Hoy existe una verdadera escuela de comparatistas, sólidamente preparados, que ocupan, o están en condiciones de ocupar, las cátedras correspondientes, cuyo campo de trabajo se va diversificando pues no sólo tratan de la llamada *macrocomparación* sino que descienden a la *microcomparación*, especiali-

---

<sup>1</sup> No es, ciertamente, de hoy la preocupación por el Derecho comparado por parte de la doctrina italiana, como lo prueba la bibliografía que a continuación se inserta; aunque puede observarse que no siempre eran acertados, juzgados con perspectiva actual, los fines, enfoques o métodos seguidos, en su momento, por los autores que se enumeran:

AMARI, *Critica di una scienza delle legislazioni comparate* (Gènova, 1857).

SARFATTI, *Introduzione allo studio del diritto comparato* (Torino, 1933).

ASCARELLI, «La funzione del diritto comparato e il nostro sistema del diritto privato», en *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Catania*. III, 1949.

zándose por ejemplo en el Derecho privado comparado —que fue el que históricamente se cultivó en primer término<sup>2</sup>—, constitucional o mercantil comparado. Estos Profesores no experimentan ningún complejo por el hecho de que la lengua italiana no sea una lengua de conocimiento universal, sino que trabajan inteligentemente en un doble frente: vertiendo al italiano obras comparativas clásicas y preocupándose de que la producción propia sea traducida al francés o inglés.

2. Hace ya un cuarto de siglo que apareció la primera edición de la *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, de Konrad Zweigert y Hein Kötz, Profesores ambos de la Universidad de Hamburg y Directores sucesivamente de la Sección de Derecho privado extranjero e internacional del Max Plank Institut (2 vols. publicados en Tübingen, en 1969 y 1971, dedicados, respectivamente a los Grundlagen y a las Institutionen). La traducción italiana<sup>3</sup> está al cuidado de los Profesores Alfredo di Majo y Antonio Gambaro, y ha sido realizada por la Doctora Barbara Pozzo; se basa en la 2.ª ed. alemana (Tübingen 1984) con la supresión del cap. dedicado a los hijos ilegítimos y con algunas modificaciones en el capítulo dedicado al Derecho de los países comunistas, debido a la caída del Muro de Berlín en 1989. El volumen 1.º se dedica a los conceptos fundamentales de Derecho comparado y el volumen 2.º trata de los institutos de Derecho comparado. Se utiliza un amplio aparato bibliográfico, fundamentalmente alemán, francés e inglés. Se expone el concepto, funciones, método e historia del derecho comparado, para dedicar la mayor parte del volumen primero al estudio y análisis de los grandes sistemas jurídicos del mundo; con gran amplitud, el romanista, el germanista y el anglosajón, y con mayor brevedad, el escandinavo, el de los países socialistas, el de los países del Extremo Oriente, el Derecho islámico y el Derecho hindú. Quizá la mayor originalidad de esta obra radique en los temas elegidos para exponer los institutos de Derecho comparado, todos ellos pertenecientes al Derecho civil, abarcando cuestiones de la doctrina general del contrato, del enriquecimiento injusto y de la culpa extracontractual; cada una de las cuestiones desarrolladas —que vienen a ser una pequeña monografía— constituye un excelente estudio comparativo, si bien con la indicada reducción del horizonte comparativo (ninguna referencia al derecho español) y con el dato obvio de que la bibliografía citada resulta ser anterior a 1984. En conjunto, la traducción de esta obra alemana resultará de utilidad para el lector italiano, que podrá contrastarla, por ejemplo, con la también

ROTONDI, s. v. «Diritto Comparato», en *Nov. D.I.*, V, 1960; *Studi di Diritto comparato e teoria generale* (Padova, 1972).

GRISOLI, *Corso di diritto privato comparato* (Milano, 1962).

GORLA, s.v. «Diritto Comparato», *Enciclopedia del Diritto*, XII, 1964; s.v. «Diritto comparato e straniero», en id.

CANNATA, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea* (Torino, 1971), con varias eds.; a partir de la 3.ª, el II vol. en colaboración con GAMBARO, 1984 y 4.ª ed. 1989.

TEDESCHI, *Panorama dei diritti stranieri moderni* (Genova, 1975).

LOSANO, *I grandi sistemi giuridici* (Torino, 1978).

LOMBARDI, *Premesse al Corso di Diritto pubblico comparato* (Milano, 1986).

GAMBARO, MONATERI, SACCO, «Comparazione giuridica», *D. Civ.*, III, 1988.

<sup>2</sup> Puede verse, por ejemplo, la obra colectiva *Atlante di diritto privato comparato*, al cuidado de F. GALGANO, con la asistencia de F. FERRARI (Bologna, 1992).

<sup>3</sup> ZWEIFERT-KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, vol. I, *Principi fondamentali* (Milano, 1992), 391 pp. Ed. italiana a cura de A. DI MAJO e de A. GAMBARO, trad. di Barbara Pozzo; vol. II, *Istituti* (Milano, 1995), 423 pp.

clásica de René David, *I grandi sistemi giuridici contemporanei* (trad. italiana a cargo de R. Sacco, 3.º ed. sobre la 7.ª francesa, Padova, 1980); secundariamente cumplirá la finalidad de facilitar la consulta a lectores de otros países que tengan dificultad de comprensión del alemán.

3. La obra de Pizzorusso, *Sistemi giuridici comparati*<sup>4</sup>, viene a constituir la versión definitiva del *Corso di Diritto comparato* (Milano, 1983), anteriormente traducido al español (Barcelona, 1987). Constituye un buen Manual escolástico pues se ofrecen al estudiante, con gran claridad y método, unas nociones preliminares que parten de las principales experiencias jurídicas de ayer y de hoy, para llegar a sentar las bases de la comparación jurídica y los criterios para clasificar los diferentes sistemas jurídicos. También se ofrecen unas nociones básicas sobre las formas de organización jurídica, que permitan al comparatista adentrarse en la variedad de aquéllos (formas de estado, de gobierno y de organización de los Tribunales). Gran interés ofrece la parte dedicada a las fuentes del derecho, o formas de producción jurídica, con especial atención al derecho consuetudinario, a la jurisprudencia de los Tribunales, al derecho convencional, al Derecho divino y a la norma constitucional. En el capítulo conclusivo llama el autor la atención sobre el gradual acercamiento del *common law* al *civil law*, así como el hecho del derrumbamiento de la antigua Unión Soviética, que hace perder protagonismo mundial al *soviet law*, por más que permanezca en Cuba, China y otros países asiáticos; por otra parte, el autor es partidario de reducir la singularidad de los sistemas jurídicos extraeuropeos; y finaliza reafirmando su convicción de ser el principio democrático la base, tanto del derecho constitucional, como del derecho internacional.

4. En la presentación del *Trattato di diritto comparato diretto da Rodolfo Sacco*<sup>5</sup> se nos dice que la casa UTET ha programado un Tratado de Derecho comparado en varios volúmenes, reagrupados en tres series; la primera se dedicará a los sistemas jurídicos y está precedida por la *Introduzione al diritto comparato* del mismo autor<sup>6</sup>; la segunda se dedicará a los grandes sectores del derecho privado (persona, familia, propiedad, contrato, compraventa, responsabilidad civil, enriquecimiento, sociedades, etc.); finalmente, la tercera serie se dedicará a las disciplinas extraprivatísticas (Derecho penal, procesal, administrativo, constitucional, etc.). Las tres series se escalonarán en el tiempo. Según la Editorial este Tratado va a diferir de la única obra que puede parangonársele, la *International Encyclopedia of Comparative Law*, en varios aspectos. La Enciclopedia se redacta por juristas nacionales cuyas aportaciones doctrinales se yuxtaponen con fines comparatísticos, mientras que el Tratado se encomendará exclusivamente a comparatistas. En segundo lugar, el Tratado se encomendará a juristas acostumbrados a trabajar juntos o en equipo, con métodos de trabajo afines o, al menos, compatibles, cosa que no ocurre con la Enciclopedia. Por último, ésta se redacta en inglés y el Tratado lo será en una lengua no internacional. Con el volumen introductorio se pretende preparar a la comparación en general, indicando los instrumentos, los objetos, algunas aplicaciones ejemplares, y los resultados, así como una introducción a los diversos sistemas jurídicos.

<sup>4</sup> PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati* (Milano, 1995), 369 pp.

<sup>5</sup> *Trattato di diritto comparato diretto da R. Sacco*, Utet, (Torino, 1995). Figura en la contraportada de la obra que se indica en la nota siguiente.

<sup>6</sup> SACCO, *Introduzione al diritto comparato* (Torino, 1995), 271 pp.



Por ser anteriormente conocida, no hace falta decir mucho de esta Introducción, que constituye la 5.<sup>a</sup> edición del texto publicado por primera vez en 1980, en el que se reelaboraban aportaciones anteriores de su autor. Aparte del éxito editorial alcanzado en Italia, la obra había aparecido ya en una adaptación francesa (*La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, 1991), y en una edición parcial inglesa (bajo el título *Legal formants: a dynamic approach to comparative law*, publicado en la revista *The American Journal of Comparative Law*, 1991, pp. 1-34 y 343-402). Constituyen, en mi opinión, aportaciones singularmente importantes del Profesor Sacco, sus reflexiones a propósito de los problemas lingüísticos derivados de la traducción de los textos jurídicos extranjeros, que es una de las primeras tareas a que se enfrenta el comparatista; su concepción del «formante jurídico» como objeto de la comparación; sus consideraciones a propósito de la circulación de los modelos jurídicos; y sus sugerencias, singularmente útiles, sobre el futuro de la enseñanza del derecho comparado en las Facultades de Derecho, con base en la rica experiencia italiana.

Mucho más novedoso es el volumen sobre *Il diritto africano*<sup>7</sup>, debido en gran parte al propio Sacco, aunque auxiliado por un equipo de colaboradores (Marco Guadagni, Roberta Aluffi Beck-Peccoz y Luca Castellani). Hay que decir que la exposición de las líneas generales del ordenamiento jurídico de la casi totalidad de países africanos (apenas si se echa en falta Guinea Ecuatorial), viene precedida por algunas consideraciones generales, muy sugestivas, sobre las grandes épocas del derecho (especialmente, la del derecho sin legislador y sin juristas, y la del derecho en las sociedades de poder difuso), seguidas de otras sobre África y tradición (unidad y diversidad, los africanos en el árbol genealógico de la humanidad, las culturas africanas en relación con las grandes épocas del derecho); me parece del mayor interés el capítulo sobre el derecho tradicional (¿mejor, *derechos tradicionales*?) así como el dedicado a sus instituciones típicas. No podía faltar una referencia a las aportaciones externas, especialmente, la religiosa representada por el Islam (la religión mayoritaria en África en su conjunto) y la huella dejada por los países colonizadores europeos, todavía de mucho peso en los nuevos estados. Por último, se aborda el tema de la independencia y sus consecuencias (el nuevo constitucionalismo africano, el poder militar, el partido único, la familia, etc.). Para el jurista español creo no equivocarme si afirmo que el contenido del presente volumen constituye una rigurosa novedad; hemos de reconocer que ni siquiera disponemos de estudios sobre la evolución jurídica experimentada en Guinea Ecuatorial, la antigua colonia española; tampoco abundan estudios jurídicos sobre los países del Magreb (¿qué queda del Código de Obligaciones y contratos de la zona Norte del Protectorado?). De aquí el enorme atractivo que puede ofrecer la lectura de este volumen en particular.

5. El jurista español no puede menos de advertir la escasa significación que nuestro sistema jurídico ocupa en las obras aquí examinadas. Ninguna alusión en la obra de Zweigert-Kötz. Cuando parece que se prepara próximamente una tercera edición alemana de la misma, podría tomarse nota de esa carencia. En cambio Pizzorusso hace un par de referencias a temas de derecho español, con invocación de textos legales y bibliografía que resultan bastante actuales; así, a propósito del derecho consuetudinario en página 255 se refiere al artículo 1.3 CC con cita de Espín (que aparece como Cánovas), Eli-

<sup>7</sup> SACCO, *Il diritto africano* (Torino, 1995), 395 pp.

zalde y Aymerich, y Fernández Rodríguez (acaso podría parecer exigencia excesiva que el autor llegara a conocer la costumbre *contra legem* del Derecho foral navarro); a propósito del valor de la jurisprudencia, se olvida el artículo 1.6 CC y se hace una vaga alusión a la doctrina legal, sin referencias doctrinales. No mucho mayores son las referencias bibliográficas españolas contenidas en la obra de Sacco; hay una cita correcta a la *Iniciación al Derecho comparado*, de Solá Cañizares (1954), y una referencia marginal (p. 226) a que el Código civil español *é molto sensibile al modello francese*. Quizá, demasiado poco en una obra tan ambiciosamente programada, y tan prometedoramente comenzada a desarrollar.

El colofón para españoles podría ser el siguiente: dado que, hasta ahora, ha resultado inútil expresar nuestras quejas en los foros adecuados, y acaso, como nueva versión del *que inventen ellos*, podría extraerse la errónea conclusión de continuar en nuestro, ya menos *espléndido*, y, probablemente, *imposible* aislamiento. Seguramente lo acertado es ponerse a trabajar, con seriedad, en el Derecho comparado y estar presentes allí dónde nuestra presencia puede resultar eficaz.

Cuando en no pocas Facultades se está en fase de elaboración de los nuevos Planes de estudio, puede ser el momento adecuado para reflexionar sobre la oportunidad de introducirlo, al menos, como asignatura optativa. Quiérase o no, respetando cuantas opiniones contrarias se hayan expresado, no cabe negar que el Derecho Comparado se va abriendo paso en los países de nuestro entorno cultural, dando cumplimiento así a las conclusiones del Coloquio celebrado en 1994 en Metz, bajo los auspicios de la Comisión de las Comunidades europeas bajo el sugestivo lema de *La formation juridique dans l'Europe de demain*. El Derecho comparado es uno de los instrumentos más adecuados para superar la óptica actual, todavía inevitablemente nacionalista, de los estudios jurídicos.

Gabriel GARCÍA CANTERO  
Catedrático de Derecho Civil  
Emérito de la Universidad de Zaragoza  
Presidente de la Asociación Española de Derecho Comparado



## Libros

**CAMARERO SUÁREZ, M.<sup>a</sup> Victoria:** *Derecho y conflictividad matrimonial. Datos básicos para una sociología jurídica de la provincia de Castellón (1981-1991)*, ed. Servei de Publicacions de la Diputació de Castelló, Castellón, 1997, 331 pp.

Es grato poder leer un libro sobre sociología jurídica que aborda un tema que afecta a la sociedad española, concretamente al matrimonio, y más grato aún resulta si ha sido escrito con laboriosidad y esmero por una joven profesora de la universidad española que demuestra su interés y su preparación para estos estudios. Para mí es personalmente muy reconfortante, pues vengo animando a mis alumnos a emprender trabajos sobre sociología jurídica matrimonial, en los que me inicié hace más de quince años con un sencillo estudio, patrocinado por el Instituto de Estudios Alicantinos, que se publicó en el Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado (1985), páginas 275 a 350, y que me complace que haya sido superado en su metodología y en sus resultados por el trabajo de la profesora Camarero Suárez.

No abundan las obras sobre sociología jurídica y en España es un terreno de escaso cultivo, sobre todo de la sociología jurídica empírica o experimental. Y es que para acometer estos estudios se necesita, ante todo, una especial preparación jurídica, de tal manera que sólo quienes estén cualificados en el dominio de la Ciencia jurídica reúnen la condición básica para introducirse en este terreno. Si a ello unimos que también han de conocer las técnicas propias de la sociología y de la estadística, tan distintas de la metodología jurídica, se comprende que quienes se inician en la investigación jurídica y aún juristas en su madurez científica, rehúsen acometer estos estudios, unos porque temen que sus esfuerzos no tengan luego la adecuada valoración y reconocimiento entre los cultivadores del Derecho, y otros, salvo los especializados en la disciplina de la sociología jurídica, porque se sienten desplazados de su misión como juristas. Juegan aquí prejuicios subjetivos que tendrían que superarse, porque, de una parte, la sociología jurídica tiene una entidad científica propia y es muy negativo para las Ciencias Jurídicas y Sociales que se descuide el estudio de una disciplina tan importante que a las Universidades corresponden principalmente promover, y, de otra parte, se priva a los cultivadores del Derecho, principalmente a los que formulan las normas y a los que las aplican, de un control indispensable para comprobar los efectos de leyes concretas y el alcance de su aplicación, sobre todo cuando se trata de normas que postulan desde el poder un cambio social, contenido o retrasado, en la dirección común de países que se asientan sobre los mismos parámetros culturales y con una fuerte tendencia a la globalización. ¿Cómo se puede comprobar si es correcta una innovación legislativa, de fuerte impacto social, político, económico, ético, etc., si no se cuenta luego con unos marcadores que informen a los poderes públicos de los resultados que produce aquella innovación, es decir, si apuntan en la dirección pretendida o se producen desviaciones que alejan del objetivo planificado y que hasta pueden comprometer seriamente la estabilidad social? ¿Habría que esperar a que las

desviaciones se traduzcan en desorden y grave conflictividad, o será preferible contar con los adecuados indicadores sociológicos que permitan oportunas correcciones y reajustes de las normas para reordenarlas hacia el fin propuesto? También los que interpretan y aplican las leyes han de tener muy en cuenta el fin o la causa de las mismas, en la que, naturalmente, tiene una relevancia muy cualificada el factor social o el económico o el político, o el ético, o cualquier otro, según la naturaleza y ámbito de operatividad de la norma.

La necesidad de los estudios de sociología jurídica se dejan sentir en mayor grado cuando, con motivo de un cambio político importante, como el acaecido en España y que jurídicamente se polariza en la Constitución de 1978, es de suma utilidad conocer la realidad social sobre la que opera el nuevo diseño jurídico de convivencia democrática y hacer un seguimiento sociológico de la evolución de la sociedad en cuanto a la acomodación al nuevo orden jurídico establecido por la Constitución y por las normas que la desarrollan.

Concretamente, cuando se trata de valorar la aplicación de una ley sobre el matrimonio en lo que concierne a su impacto y consecuencias sociales ha de atenderse fundamentalmente a realizar un seguimiento sociológico del cumplimiento de esa ley, favor o desfavor, bienestar o malestar social que causa, cuantificando sus resultados y utilizándolos para una reelaboración y valoración de los mismos en orden a formular la dirección y grado de cumplimiento. Y no basta, entre otras razones porque no es enteramente fiable para el jurista, el método de investigación sobre el terreno personal basado en la entrevista y el muestreo cuyas limitaciones son conocidas, sino que es preciso explorar el campo real de la aplicación de las leyes, y concretamente, el más representativo que es el judicial cuando el objeto de la investigación es la conflictividad matrimonial.

Es precisamente lo que hace la profesora Camarero y lo explica en las páginas 125 y 126 de su libro, en donde establece sobre fuentes seguras de datos, como son el Consejo General del Poder Judicial y los Servicios del Instituto Nacional de Estadística y del Registro Civil los presupuestos básicos de su investigación, que son:

1.º Los confines de su exploración, a saber: territoriales, la provincia de Castellón; temporales, los diez primeros años de vigencia de la Ley de 7 de julio de 1981; campo operativo de recogida de datos, actuaciones de los Tribunales civiles de la provincia de Castellón sobre separación, divorcio, nulidad civil y eficacia civil de las resoluciones eclesiásticas (ejecución de separación eclesiástica, de nulidad eclesiástica y dispensa *super rato*); campo de litigiosidad investigada, sentencias recaídas y procesos incoados; incidencia de desfase a tener en cuenta, procesos en trámite sin sentencia definitiva.

2.º Los datos recogidos sientan las bases necesarias y precisas para un análisis jurídico-sociológico de la conflictividad matrimonial y de las de las respuestas o soluciones jurídicas por las que han optado los castellonenses.

3.º Así queda abierta una doble vía a la ulterior investigación: a) conseguir series cronológicas imprescindibles para conclusiones comparativas y tendenciales, que reconducirían a interesantes incidencias y conexiones; b) abarcar nuevos campos de observación recurriendo a métodos diversos para alcanzar sus últimas facetas, como los nuevos matrimonios de los divorciados y sus efectos sobre los hijos, seguimiento en la investigación

del concepto que socialmente se tiene del matrimonio y de su fuerza en la sociedad, etc.

A la metodología, pieza fundamental de toda investigación sociológica se refiere la autora en las páginas 126 a 142. Sigue con toda lógica el método empírico de observación de documentación procesal, al que sigue el analítico comparativo de la realidad observada y cuantificada estadísticamente, con la ventaja sobre otros métodos de que capta directamente la desnuda realidad jurídico-social que se pretende valorar. En menor medida utiliza el método comparativo externo, poniendo en relación los factores analizados con otros territoriales y nacionales homólogos (provincias, regiones y nación). El análisis tiene plena cabida en la sociología jurídica y se contrae a poner de manifiesto algunas situaciones de dependencia estadística entre el fenómeno jurídico y otros de naturaleza distinta, como el social o el económico.

Con esta metodología se consigue estructurar series estadísticas completas (escalas nominales y ordinales, de intervalos y de relación) de cada uno de los factores observados, que serán los indicadores cuantitativos básicos para la valoración de los fenómenos resultantes de la conflictividad objeto de la investigación. Importante es el análisis cuantitativo y cualitativo de las categorías explicitadas y estudiadas, como nulidades, divorcios y separaciones, por un lado, medidas personales y patrimoniales, por otro. No menos interesante es el análisis relacionante de estas categorías así como de las situaciones residuales procedentes del régimen matrimonial precedente. Esta técnica, que tiene muy en cuenta la frecuencia e intensidad de las variables, la maneja bien la autora.

Es interesante examinar la plantilla o cuestionario de que se valió la profesora Camarero para la recogida de datos, con uniformidad y completividad, vaciándose cada proceso en esas plantillas, sobre las cuales se tendría que desarrollar la posterior investigación, muy condicionada, lógicamente, por la naturaleza de cada uno de los datos recogidos, como igualmente éstos dependen de los factores del análisis posterior. Por ello no es fácil la elaboración del cuestionario base en su estructura, niveles, densidad de conflictividad, fenómenos de movilidad y de flujo, desviaciones varias como las que se producen en la ejecución de medidas judiciales, etc. y la autora salva con éxito esta empresa, como puede apreciarse con la simple lectura de algunos de los epígrafes del cuestionario:

Número de separaciones, divorcios y nulidades; opción entre separación y divorcio; clases de matrimonios sobre los que incide la separación o el divorcio; iniciativa procesal en los procesos matrimoniales; grado de estimación de las demandas; causalidad jurídica; causalidad sociológica; duración del matrimonio legal; edades de los esposos, número y edad de los hijos; profesiones de los cónyuges; antecedentes litigiosos, duración del proceso; régimen económico del matrimonio, efectos de los procesos matrimoniales (pensiones, cesión del hogar, custodia de los hijos, régimen de visitas, patria potestad); grado de cumplimiento de los efectos, modificación de medidas y su cumplimiento.

Se presenta aquí un cuestionario que, a la vez, es un programa del contenido de la investigación acometida por la autora y que desarrolla paciente y amorosamente. Solamente me voy a detener en algunas cuantificaciones y sus valoraciones para comprobar la aplicación de los métodos utilizados, los resultados obtenidos y sus posibles aplicaciones.

El número de procesos matrimoniales (separaciones, divorcios y nulida-

des) registrados sobre una «Base Contestan» fue de 3.764, que se distribuyen de la siguiente manera:

		Porcentaje
Separación .....	2.112 .....	56,1
Divorcio .....	1.613 .....	42,9
Nulidad civil .....	3 .....	0,1
Ejecución sep. ecles. ....	8 .....	0,2
(Pendientes régimen anterior)		
Ejecución nul. ecles. ....	25 .....	0,7
Dispensa <i>super rato</i> .....	3 .....	0,1

A la vista de estos indicadores, la primera operación que hace la autora es un análisis comparativo entre los mismos, resaltando el escaso número de sentencias de nulidad civil y lo achaca a tres razones: una, que la separación y el divorcio son la salida propia de la ruptura matrimonial, que no afecta a la estructura del matrimonio; otra, la mayor complejidad de la nulidad y ello aunque el divorcio se regula sobre la fase previa de separación y subsiguiente; y la última, que los unidos por matrimonio canónico tienen mejor expectativa de nulidad ante la jurisdicción eclesiástica que ante la civil. Sigue comparando con el referente nacional y afirma que la escasez de nulidades civiles es un fenómeno paralelo al resto del territorio nacional.

A continuación pasa al análisis de la conflictividad matrimonial mediante un acabado tratamiento estadístico en catorce cuadros, con ítems de partidos judiciales que se agrupan en el provincial y series que abarcan los años 1981-1991. Sobre tasas por cada 10.000.000 habitantes y combinando el método comparativo, destaca en sus consideraciones los siguientes resultados:

Superioridad del número de separaciones sobre el de divorcios.

Progresividad de la litigiosidad en la sucesión de años examinada.

Inferioridad del número de separaciones, divorcios y nulidades en la provincia de Castellón respecto de la tasa media territorial (Valencia) y la nacional (España), con desaceleración durante los años 1989 y 1990 y recuperación del sostenido crecimiento en 1991.

Progresividad del número de separaciones sobre el de divorcios.

Disminución progresiva del número real de matrimonios en relación con el aumento demográfico a nivel nacional. La tasa de ese número se mantiene estable en la provincia de Castellón durante el decenio investigado.

La opción de contraer matrimonio canónico/matrimonio civil se decanta siempre en la secuencia cronológica a favor mayoritariamente del matrimonio canónico, incluso con un moderado aumento.

La disociación matrimonial afecta con mayores frecuencias a los matrimonios canónicos que a los civiles, hasta el extremo de que son los matrimonios canónicos los que soportan la casi totalidad de los procesos de separación y divorcio. Así a lo largo del decenio investigado se registraron en la provincia de Castellón 2.520 procesos matrimoniales para la disociación de matrimonios canónicos con una frecuencia de sólo 557 procesos para la disociación de matrimonios civiles, sin grandes variaciones en la secuencia anual del decenio.

Índices y tendencias de la conflictividad matrimonial se aprecian bien a través del recurso al procedimiento de mutuo acuerdo o al proceso contencio-

so. Las cifras acusan durante el período examinado y para toda la provincia 1.256 separaciones de mutuo acuerdo (62,7 %) y 916 contenciosas (45,7 %); 730 divorcios de mutuo acuerdo (47 %) y 905 contenciosos (58,3 %), siendo mayor la iniciativa procesal de la esposa (36,9 %) que la del esposo (15,0 %), siendo el resto de iniciativa conjunta (48,1 %).

En todos estos supuestos la autora hace buenos razonamientos explicativos de los valores diferenciales y de la evolución que muestran las series temporales o territoriales.

El análisis de las causas invocadas en los procesos civiles de separación, divorcio y nulidad está bien tratado en las páginas 187 a 221 y es sumamente expresivo de las intimidades de la disociación conyugal y del grado de conflictividad. La separación y divorcio de mutuo acuerdo en los supuestos de causa legal vienen cuantificados numéricamente y debidamente seriados, con acertados apuntes sobre el análisis absoluto de cada uno de ellos y sus conexiones. Del mismo modo estudia las causas jurídicas de nulidad civil y la eficacia civil de las resoluciones eclesiásticas sobre nulidad cuantificadas por las causas alegadas en el proceso canónico y la eficacia civil de los rescriptos pontificios de dispensa del matrimonio rato y no consumado. Junto a estas causas jurídicas se ordenan las que la autora denomina causas sociológicas de la ruptura del matrimonio, prestando atención al cese de la convivencia, a la dificultad de la vida en común, a los divorciados previamente separados judicialmente, a la conducta injuriosa o vejatoria, al incumplimiento de deberes conyugales, abandono del hogar, alcoholismo, divorciados previamente separados canónicamente, infidelidad, enfermedad mental, toxicomanía, vida laboral problemática y ludopatía. Se nos muestra aquí un universo de conflictividad jurídica matrimonial cuya valoración sociológica tiene un gran interés y que ofrece el más eficaz test de control de las líneas tendenciales de esta conflictividad.

También se estudia la conflictividad matrimonial atendiendo a otras variables, como la duración del matrimonio (disociación máxima, de 10 a 20 años), edades de los cónyuges (clímax, de 30 a 40 años), número y edad de los hijos menores (a mayor número menor separación y divorcialidad; al progreso de edad menor separabilidad y mayor divorcialidad), las profesiones de los cónyuges (esposo: máxima disociación, trabajadores autónomos; esposa, empleadas en trabajos administrativos o comerciales).

Las medidas provisionalísimas y las provisionales son objeto de somero estudio, reducido al examen cuantitativo de unas y otras. De las primeras se produjeron solamente 284, que aparecen resueltas con 266 concedidas a la esposa y 13 al esposo; y 422 provisionales o coetáneas, con 368 en favor de la esposa y 4 en favor del esposo. Son índices sociales que proclaman una tendencia favorable a un estatus de preeminencia femenina en las soluciones provisionales de la conflictividad matrimonial por vía judicial. Y habría que abundar en el estudio de densidad de los índices de relación esposo/esposa en el análisis y valoración de estas medidas, también en el análisis de relación con las medidas definitivas, es decir, con los efectos que la autora estudia cuidadosamente en las páginas 222 a 256, tomando en consideración las siguientes variables: las pensiones alimenticia y compensatoria y sus cuantías; la cesión del hogar familiar; régimen económico del matrimonio; custodia de los hijos; régimen de visitas; patria potestad. Cuadros estadísticos ilustran estas situaciones y proporcionan datos de interés que la autora va analizando y explicando con atinados juicios y consideraciones sobre el número de pen-



siones solicitadas y cuantía de las mismas, la preferencia de cesión del hogar a la mujer y escasos supuestos de continuidad de la convivencia en el hogar familiar, la custodia de los hijos en gran mayoría decidida en favor de la mujer, así como el régimen de visitas común y especiales. Es una parte muy lograda del libro, sin faltar la elaboración de algún estereotipo de estas situaciones, que tendríamos que cuidar en nuestras investigaciones para que la sociedad se viera retratada en estos comportamientos.

Es un acierto la dedicación de un capítulo al análisis del grado de incumplimiento de algunas medidas, concretamente la pensión, la asignación del hogar y el régimen de visitas, en donde destaca una pequeña cifra de incumplimientos en relación con la no constancia en los autos de estos datos. Es un tema que habrá de cuidarse en futuros trabajos, incluso recurriendo a la investigación de procesos penales.

En relación con las medidas y efectos de las resoluciones judiciales habría que plantearse ese nuevo tipo de conflictividad matrimonial consecutiva a la terminación de los procesos judiciales. ¿Sigue la conflictividad o no? Si continúa, ¿es más atenuada o más agudizada? Es decir surge de nuevo la pregunta sobre si el proceso pacifica o no, o simplemente resuelve el conflicto tratando de establecer un nuevo estatus exento de conflictividad o igualmente conflictivo. La autora ha cumplido con presentarnos toda una rica problemática socio-jurídica de la conflictividad matrimonial y a los juristas corresponde elevarse abstractamente a la consideración de los conceptos generales que suscita la lectura de este libro. Claro que resultaría de plena utilidad que se realizaran estudios análogos en todas las provincias españolas para llevar a cabo luego un estudio nacional, tarea difícil de iniciarla y acabarla si no se contara con un organismo coordinador que cuidara de la preparación, impulso y dirección de tan importante obra. De todos modos, la investigación permanece abierta y quizá habría que completarla atendiendo a otras fuentes como las que pueden suministrar nuevas variables de conflictividad, como los malos tratos entre cónyuges, sobre todo padecidos por la esposa, la incidencia de la mediación familiar en la conflictividad antes y durante el proceso, así como en la ejecución de medidas. Por último, hay que destacar la importancia cada vez mayor de presentar estereotipos de conductas y de tendencias, que contribuyen a reflejar los comportamientos típicos en la conflictividad conyugal y de las expectativas augurables.

No es posible en el corto espacio de una reseña profundizar en tan elevado número de datos como utiliza la autora y en sus consideraciones valorativas, y sólo una lectura atenta puede descubrir la riqueza de su contenido. Bastan las indicaciones que he expuesto para darse idea de la magnitud científica del libro. Solamente cabe añadir que consta de tres capítulos, dos introductorios y el tercero que se concreta al estudio de la conflictividad matrimonial en la provincia de Castellón. El primero es de contenido sociológico y atañe la evolución del cambio social y de la familia; el segundo es un tema puramente jurídico, necesario para dar a conocer los presupuestos sobre separación, nulidad y disolución matrimoniales, efectos de cada una de estas situaciones finales y efectos comunes, los procesos matrimoniales y la eficacia civil de las resoluciones eclesiásticas sobre nulidad y dispensa *super rato*, habiendo logrado la autora configurar una síntesis lo suficientemente ilustrativa de estos temas. Muy valiosos son los cuatro apéndices que se insertan: a) el número de matrimonios según la religión católica, otras religiones y

matrimonios civiles; b) cuestionario o plantilla; c) tratamiento estadístico y d) gráficos.

Por último, hemos de resaltar el amplio y excelente prólogo de diecinueve páginas con el que el profesor Juan Viladrich presenta y enriquece la obra. Partiendo de la consideración de los datos y valoraciones presentados por la profesora Camarero, se eleva hacia sus temas preferidos, como la crisis y agonía de la familia, la servidumbre que deben los sistemas matrimoniales a los derechos fundamentales y a la red de nexos entre *ius connubii* y la libertad religiosa y otros derechos fundamentales, como el pensamiento y conciencia, que, si bien permiten opciones de relaciones afectivas y sexuales excluyentes de toda vinculación jurídica o la heterosexualidad, no son opciones protegidas por el *ius connubii* o derecho fundamental a casarse. El Estado podrá legalizarlas, pero lo que no puede es definir las meras convivencias afectivas con los nombres de matrimonio o de familia. Añade que el reconocimiento de la soberanía de la familia conlleva a la par su reconocimiento como sujeto social primordial. Y el mayor enemigo de la familia es el tipo de espacio real, extremadamente angosto, en el que el modelo económico y el modelo político de Estado la obligan a vivir, terminando con un excelente estudio crítico de las actuales políticas familiares.

La obra suscita, como escribe el profesor Viladrich, innumerables y sugestivas reflexiones en niveles distintos del estudio socio-jurídico realizado por la autora; pero, también el libro es recomendable por el tratamiento científico del tema con acierto y pulcritud, así como por las perspectivas que puede abrir en estos estudios si sabemos comprender el mensaje que para los juristas enana de esta publicación. Anteriormente he expuesto algunos otros campos explorables en el ámbito de la conflictividad matrimonial, sobre todo si nos decidimos a poner manos a la obra para lograr el mapa socio-jurídico de la conflictividad matrimonial en España, para luego seguir con la misma técnica en otros temas matrimoniales y familiares.

Mariano LÓPEZ ALARCÓN



# Revistas Españolas

**ISABEL ARANA DE LA FUENTE**  
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. *Derecho civil*: 1. Introducción. 2. Derecho de la persona. 3. Persona jurídica. 4. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 5. Derechos reales. Derecho inmobiliario registral. 6. Derecho de familia. 7. Derecho de sucesiones.–II. *Derecho mercantil*: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico. 4. Contratos mercantiles. 5. Títulos valor, letra de cambio y cheque. 6. Derecho concursal.–III. *Derecho urbanístico y del medio ambiente*.–IV. *Derecho de la Unión Europea*.–V. *Derecho procesal*.–Abreviaturas.

## DERECHO CIVIL

### INTRODUCCIÓN

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: «Imperialismo económico y dogmática jurídica», en *RDM*, núm. 233, 1999, pp. 925 y ss.

BERTZEL, Karl: «*Lex est quodcumque notamus*. Observaciones relativas a la historia de la divisa de la Unión Internacional del Notariado Latino y del emblema del *Gnomón*», en *RJNot.*, núm. 22, 1997, pp. 9 y ss.

CALVO MELIIDE, Alberto: «Ensayo sobre la unidad del Derecho Privado», en *Actualidad Civil*, 1999, pp. 1329 y ss.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio: «Hacia un Código Civil europeo: ¿realidad o quimera?», en *La Ley*, 1999-2, D-61.

CHOCRON GIRALDEZ, Ana M.<sup>a</sup>: «El recurso de casación en interés de ley (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1998)», en *La Ley*, 1999-3, D-136.

CORRAL GIJÓN, M.<sup>a</sup> del Carmen: «De la Compilación de Derecho Civil a los “Códigos” de Cataluña», en *RCDI*, núm. 656, 2000, pp. 9 y ss.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Joaquín: «Acercamiento histórico-jurídico y propuesta de regulación del Derecho foral de Extremadura: el Fuero de Baylío», en *La Ley*, 1999-4, D-203.

GARCÍA AMIGO, Manuel: «Consideraciones a la buena fe contractual», en *Actualidad Civil*, 2000, pp. 1 y ss.

- GARCÍA CANTERO, Gabriel: «Nacimiento, desarrollo e importancia actual del Derecho Comparado», en *Actualidad Civil*, 2000, pp. 69 y ss.,
- GARCÍA FIGUEROA, M.<sup>a</sup> Alfonso: «Contra el sistema por sistema. Algunas notas a propósito de *El Sistema en la Jurisprudencia*, de C.W. Canaris y otras obras», en *RDP*, diciembre 1999, pp. 848 y ss.
- IRTI, Natalino: «Derecho y Mercado», en *RDPat*, núm. 3, 1999, pp. 21 y ss.
- MARTÍNEZ-CARDÓS, José Leandro: «La entrada en vigor de las normas», en *RDP*, noviembre 1999, pp. 747 y ss.
- OLAECHEA LABAYEN, Juan B.: «Mestizaje y racismo en la América española: la habilitación real para la fe pública», en *RJNot.*, núm. 24, 1997, pp. 173 y ss.
- PÉREZ FUENTES, Gisela María: «Instituciones del Derecho Civil cubano», en *RCDI*, núm. 655, 1999, pp. 2335 y ss.
- RODRÍGUEZ-PIÑEIRO y BRAVO-FERRER, Miguel: «Unidad de jurisprudencia, igualdad y seguridad jurídica», en *AAMN*, t. XXXVIII, pp. 389 y ss.
- RUIZ GONZÁLEZ, Filiberto: «Algunas cuestiones sobre el Fuero de Baylío», en *La Ley*, 1999-2, D-64.
- SALINAS DE FRIAS, Ana: «Comentario al Real Decreto-Ley 14/1998 de 9 de octubre, de adhesión de España a diversos acuerdos del Fondo Monetario Internacional, o cómo obviar una vez más la intervención de las Cortes en la conclusión de Tratados Internacionales», en *La Ley*, 1999-2, D-59.
- SÁNCHEZ-ARJONA Y MACÍAS, Javier: «Por qué es necesario legislar el Fuero de Baylío», en *Actualidad Civil*, 2000, pp. 503 y ss.

## DERECHO DE LA PERSONA

- ABRIL STOFFELS, Ruth de María: «El Protocolo 11, a la vanguardia de la protección internacional de los derechos humanos», en *La Ley*, 1999-2, D-97.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago: «Nacionalidad. Tutela jurisdiccional. Orden jurisdiccional competente. Procedimiento de tutela de derechos fundamentales. Descolonización del Sahara Occidental. Nacionalidad de los nacidos en el antiguo territorio del Sahara. Opción a la nacionalidad (no). Posesión y utilización de la nacionalidad española durante más de diez años. Requisitos para la consolidación de la nacionalidad española. Exigencia de título inscrito en el Registro Civil», (Comentario a la STS de 28 de octubre de 1998), en *CCJC*, núm. 50, 1999, pp. 557 y ss.
- ARNALDO ALCUBILLA, Enrique: «La ciudadanía europea», en *AAMN*, t. XXXVIII, pp. 75 y ss.
- BASCÓN GRANAJDOS, Carmen y DANNECKER, Gerhard: «Sanciones contra la violación de los derechos de autor en las bases de datos», en *RPJ*, núm. 53, 1999, pp. 107 y ss.

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Derecho de autor sobre reportaje periodístico, con fotografías: copia parcial del mismo en otro reportaje periodístico (plagio); límites a la exclusiva sobre el derecho de explotación; presunción de autoría; indemnización por la infracción del derecho de autor; representación de empresa periodística por subdirector de revista», (Comentario a la STS de 23 de marzo de 1999), en *CCJC*, núm. 51, 1999, pp. 987 y ss.
- BONÉ PINA, José Francisco: «La tutela y la curatela en el nuevo Código de Familia de Cataluña», en *Actualidad Civil*, 2000, pp. 81 y ss.
- BUJOSA VADELL, Lorenzo M.: «Algunos apuntes sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia constitucional», en *La Ley*, 1999-2, D-84.
- CABEZUELO ARENAS, Ana Laura: «Breves notas sobre la protección *post mortem* del honor, intimidad e imagen», en *La Ley*, 1999-1, D-3.
- CABRERA DELGADO, Carmen: «El derecho a la tutela judicial efectiva en el Derecho Privado», en *Actualidad Civil*, 2000, pp. 35 y ss.
- CÁMARA ÁGUILA, Pilar: «Sobre la constitucionalidad de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida (Comentario a la STC 116/1999, de 17 de junio)», en *DPC*, enero-diciembre 1999, pp. 117 y ss.
- CARBAJO GONZÁLEZ, Julio: «Las acciones de impugnación de la filiación en la jurisprudencia (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1997)», en *Actualidad Civil*, 2000, pp. 157 y ss.
- CARRASCO DURÁN, Manuel: «Supuestos problemáticos de la articulación entre los procesos judiciales y el recurso de amparo», en *La Ley*, 1999-2, D-74.
- CAVANILLAS MÚGICA, Santiago: «El tratamiento automatizado de datos procedentes de fuentes accesibles al público (A propósito de la STSJ de Madrid de 30 de septiembre de 1998 y el Proyecto de reforma de la LORTAD)», en *DPC*, enero-diciembre 1999, pp. 149 y ss.
- CORBELLA I DUCH, Josep: «El derecho fundamental a la intimidad personal en el ámbito penitenciario», en *La Ley*, 1999-1, D-39.
- CORRAL GIJÓN, María del Carmen: «Nuevas tendencias de la protección del menor», en *RCDI*, núm. 655, 1999, pp. 2255 y ss.
- DANNECKER, Gerhard y BASCÓN GRANAJDOS, Carmen: «Sanciones contra la violación de los derechos de autor en las bases de datos», en *RPJ*, núm. 53, 1999, pp. 107 y ss.
- DÍAZ MARTÍN, Fernando Ricardo: «Pérdida y recuperación de la nacionalidad española: doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado», en *Actualidad Civil*, 1999, pp. 1507 y ss.
- DOLZ LAGO, Manuel Jesús: «Origen biológico y derecho a la herencia genética (Comentario a la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999)», en *RGD*, diciembre 1999, pp. 14217 y ss.

- DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel: «Actos administrativos implícitos, buena fe y Derecho a la tutela judicial (Comentario a la STC 157/1999, de 14 de septiembre)», en *RGD*, abril 2000, pp. 3883 y ss.
- DOVAL PAIS, Antonio y JAREÑO LEAL, Ángeles: «Revelación de datos personales, intimidad e informática», en *La Ley*, 1999-4, D-199.
- ESCOBAR ROCA, Guillermo: «Derechos fundamentales e intervención administrativa (A propósito de la STC 37/1998)», en *La Ley*, 1999-3, D-141.
- GARCÍA VARELA, Román: «La utilización no autorizada de un nombre artístico para la promoción de un producto», en *La Ley*, 1999-3, D-142.
- HERNÁNDEZ GIL, Francisco: «El Ministerio Fiscal y las instituciones protectoras del menor», en *AAMN*, t. XXXVIII, pp. 97 y ss.
- JAREÑO LEAL, Ángeles y DOVAL PAIS, Antonio: «Revelación de datos personales, intimidad e informática», en *La Ley*, 1999-4, D-199.
- MARÍN LÓPEZ, Juan José: «Los locos y su libertad: el artículo 211 del Código Civil (Comentario a la STC 129/1999, de 1 de julio)», en *DPC*, enero-diciembre 1999, pp. 183 y ss.
- MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual: «Reportaje periodístico e información radiofónica sobre un romance entre un aristócrata y un banquero. Intromisión ilegítima del derecho al honor. Responsabilidad de los directores de empresa. Límites al derecho a la información y a la libertad de expresión», (Comentario a la STS de 24 de septiembre de 1998), en *CCJC*, núm. 50, 1999, pp. 509 y ss.
- MUÑIZ VEGA, Gonzalo: «La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Castillo Algar y la jurisdicción militar», en *La Ley*, 199-2, D-63.
- PÉREZ MILLA, José Javier: «Consolidación de la españolidad indígena (comentario a la STS de 28 de octubre de 1998), en *RCDI*, núm. 655, 1999, pp. 2207 y ss.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás: «Algunos apuntes sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia constitucional», en *La Ley*, 1999-2, D-84.
- RODRÍGUEZ-PIÑEIRO Y BRAVO-FERRER, Miguel: «Unidad de jurisprudencia, igualdad y seguridad jurídica», en *AAMN*, t. XXXVIII, pp. 389 y ss.
- ROFES I PUJOL, María Isabel: «Principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo y sus excepciones», en *RJNot.*, Núm. 21, 1997, pp. 195 y ss.
- RUIZ MIGUEL, Carlos: «Nacionalidad española de ciudadanos saharauis: secuela de una descolonización frustrada (y frustrante)», en *RGD*, diciembre 1999, pp. 14235 y ss.
- SALVADOR, Pablo: «Honor, intimidad personal y familiar y derecho a la propia imagen en la jurisprudencia civil del Tribunal Supremo del bienio 1996-1997», en *RPJ*, núm. 53, 1999, pp. 455 y ss.

- SALVADOR GUTIÉRREZ, Susana: «Derecho a la identidad», en *Actualidad Civil*, 1999, pp. 1469 y ss.
- TORRES CAZORLA, María Isabel: «Nota a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.<sup>a</sup>) de 28 de octubre de 1998: ¿Una medida alternativa para solventar una descolonización inacabada?», en *La Ley*, 1999-2, D-76.
- VALLADARES RASCÓN, Etelvina: «La legitimación del tutor para el ejercicio de la acción de separación en representación de su pupilo (Comentario a la STS de 27 de febrero de 1999)», en *DPC*, enero-diciembre 1999, pp. 273 y ss.
- VIGURI PEREA, Agustín: «Intimidad *versus* informática. La protección de datos personales: perspectiva desde el Derecho comparado», en *La Ley*, 1999-2, D-93.

### PERSONA JURÍDICA

- BACIGALUPO, Silvina: «Los derechos fundamentales de las personas jurídicas», en *RPJ*, núm. 53, 1999, pp. 49 y ss.
- MARCO MARCO, Joaquín José: «La inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas: la sentencia del Tribunal Constitucional 69/1999, de 26 de abril de 1999», en *RGD*, enero-febrero 2000, pp. 117 y ss.
- MINGORANCE GOSÁLVEZ, María del Carmen: «Consideraciones sobre la figura del Presidente de la Fundación. Posibilidad de designar copresidente», en *Actualidad Civil*, 2000, pp. 181 y ss.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando: «La personalidad jurídica de las sociedades civiles», en *AAMN*, t. XXXVIII, pp. 9 y ss.
- POVEDA BERNAL, Margarita Isabel: «Naturaleza y ámbito competencial y eficacia del Registro de Fundaciones» en *RDP*, octubre 1999, pp. 684 y ss.

### OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

- ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen: «Disposición testamentaria “institución a favor del alma”. Tratos preliminares. Oferta contractual», (Comentario a la STS de 16 de diciembre de 1998), en *CCJC*, núm. 50, 1999, pp. 693 y ss.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: «El derecho de las condiciones generales y las cláusulas predispuestas», en *RJC*, núm. 1, 2000, pp. 9 y ss.
- ARCOS VIEIRA, M.<sup>a</sup> Luisa y EGUSQUIZA BALMASEDA, M.<sup>a</sup> Ángeles: «Acuerdos no vinculantes: visión general y planteamiento», en *RJN*, núm. 27, 1999, pp. 93 y ss.
- AZPARREN LUCAS, Agustín: «El control jurisdiccional», en *RJNot.*, núm. 24, 1997, pp. 9 y ss.
- BADENAS CARPIO, Juan Manuel: «Sobre la posible publicación del contrato de hospedaje», en *Actualidad Civil*, 2000, pp. 619 y ss.



- BARUTEL MANAUT, Carles: «La Recomendación 97/489 de la Comisión de la Unión Europea (UE). Novedades que incorpora», en *RGD*, marzo 2000, pp. 1903 y ss.
- Estudio de la Recomendación de 30 de julio de 1997, relativa a las transacciones efectuadas mediante instrumentos electrónicos de pago, en particular, a las relaciones entre emisores y titulares de tales instrumentos.
- BAYO RECUERO, Nieves: «Consideraciones sobre la subrogación en el pago», en *Actualidad Civil*, 2000, pp. 217 y ss.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Responsabilidad sanitaria derivada del nacimiento de una niña con malformaciones: falta de diagnóstico sobre las malformaciones del feto; responsabilidad subjetiva y responsabilidad objetiva; interrupción del embarazo: daños derivados de la privación de dicha facultad», (Comentario a la STS de 4 de febrero de 1999), en *CCJC*, núm. 50, 1999, pp. 841 y ss.
- BERNARDO SAN JOSÉ, Alicia: «Sumisión de cuestión litigiosa a arbitraje», (Comentario a la STS de 1 de junio de 1999), en *CCJC*, núm. 51, 1999, pp. 1175 y ss.
- BOLÁS ALFONSO, Juan: «La función notarial como factor de seguridad jurídica preventiva del consumidor», en *RJNot.*, núm. 24, 1997, pp. 31 y ss.
- BUSTOS PUECHE, José Enrique: «Otra sentencia sensata en materia de responsabilidad civil (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1999)», en *La Ley*, 1999-3, D-158.
- CABRERA HERNÁNDEZ, José M.<sup>a</sup>: «La modificación del número 3 del artículo 1732 del Código Civil», en *RJNot.*, núm. 24, 1997, pp. 101 y ss.
- CAMPO VILLEGAS, Elías: «Convenio arbitral y rigidez formalista», en *RJC*, núm. 1, 2000, pp. 67 y ss.
- CARRIÓN, Salvador: «Apuntes doctrinales en torno a la subrogación del deudor solidario *solvens*», en *Actualidad Civil*, 2000, pp. 321 y ss.
- «Sobre la apreciabilidad o no de oficio de las nulidades absolutas. Comentario a la S.T.S. (Sala 1.<sup>a</sup>) de 24 de abril de 1997», en *RDP*, noviembre 1999, pp. 729 y ss.
- CAUMONT, Arturo: «El pacto de desistimiento unilateral a favor de un solo contratante en negocio jurídico de ejecución no continuada», en *RJNot.*, núm. 23, 1997, pp. 19 y ss.
- CAVANILLAS MÚGICA, Santiago: «Responsabilidad por ruptura de tratos preliminares», (Comentario a la STS de 14 de junio de 1999), en *CCJC*, núm. 51, 1999, pp. 1231 y ss.
- CAZORLA GONZÁLEZ, Mónica: «La responsabilidad derivada del contrato de aparcamiento», en *Actualidad Civil*, 2000, pp. 193 y ss.
- CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis Humberto: «Negocio jurídico fiduciario. Simulación relativa. Pacto comisorio. Causa ilícita. Nulidad del contrato», (Comentario a la STS de 15 de junio de 1999), en *CCJC*, núm. 51, 1999, pp. 1243 y ss.

- CORRAL GARCÍA, Eduardo: «El desistimiento del contrato en la nueva Ley de ventas de bienes muebles a plazos», en *La Ley*, 1999-4, D-184.
- CREMADES, Bernardo M.: «Convenio de Bruselas y arbitraje», en *La Ley*, 1999-2, D-67.
- CUEVILLAS MATOZZI, Ignacio de: «El concepto de oferta contractual en el comercio internacional: un análisis de los Principios de UNIDROIT desde la perspectiva del Derecho privado español», en *Actualidad Civil*, 1999, pp. 1387 y ss.
- DÍAZ ROMERO, M.<sup>a</sup> del Rosario: «Liquidación del estado posesorio: gastos necesarios y mejoras útiles. Buena o mala fe posesoria derivada de nulidad de contrato de compraventa», (Comentario a la STS de 28 de noviembre de 1998), en *CCJC*, núm. 50, 1999, pp. 659 y ss.
- ECHEVERRÍA SUMMERS, Francisco M.: «Nulidad del acuerdo que redistribuye como gasto común el impago de morosos», (Comentario a la STS de 26 de marzo de 1999), en *CCJC*, núm. 51, 1999, pp. 1011 y ss.
- EGUSQUIZA BALMASEDA, M.<sup>a</sup> Ángeles y ARCOS VIEIRA, M.<sup>a</sup> Luisa: «Acuerdos no vinculantes: visión general y planteamiento», en *RJN*, núm. 27, 1999, pp. 93 y ss.
- EMPARANZA, Alberto: «Un intento desencaminado de reformar el régimen jurídico del transporte por carretera: la Orden de 25 de abril de 1997», en *DN*, marzo 2000, pp. 1 y ss.
- ESPIAU ESPIAU, Santiago: «Contrato de compraventa. Resolución del contrato por incumplimiento. Deuda mancomunada indivisible», (Comentario a la STS de 16 de febrero de 1999), en *CCJC*, núm. 50, 1999, pp. 861 y ss.
- ESPINOSA CALABUIG, Rosario: «Las cláusulas de jurisdicción en los conocimientos de embarque y el artículo 17 del Convenio de Bruselas», en *La Ley*, 1999-4, D-208.
- ESTEBAN DE LA ROSA, Gloria: «Ley aplicable a la responsabilidad por productos en Derecho internacional privado español», en *RGD*, abril 2000, pp. 4363 y ss.
- ESTEVE GONZÁLEZ, Lydia: «El enriquecimiento injusto y sin causa y la “calificación autónoma” del supuesto de hecho del artículo 10.9.III del Código Civil español», en *RDP*, octubre 1999, pp. 705 y ss.
- FELIU REY, Manuel Ignacio: «Venta fuera de establecimiento y multipropiedad: la STJCE de 22 de abril de 1999 (Asunto *Travel Vac*)», en *DN*, diciembre 1999, pp. 14 y ss.
- FEMENÍA LÓPEZ, Pedro J.: «Legitimación activa del promotor inmobiliario para el ejercicio de la acción decenal. Concepto de ruina», (Comentario a la STS de 21 de junio de 1999), en *CCJC*, núm. 51, 1999, pp. 1251 y ss.
- FERNÁNDEZ DOMINGO, Jesús Ignacio: «La contratación electrónica y el Real Decreto-Ley 14/1999 sobre firma electrónica», en *Actualidad Civil*, 2000, pp. 527 y ss.

- FONTAN TIRADO, Rafael: «Competencia objetiva en materia de responsabilidad sanitaria: aproximación urgente a la luz de las Leyes 29/1998 y 4/1999», en *La Ley*, 1999-3, D-163.
- FONTESTAD PORTALÉS, Leticia: «Responsabilidad civil derivada de accidentes de circulación: juicio ejecutivo de la Ley del Automóvil», en *Actualidad Civil*, 2000, pp. 283 y ss.
- FRIGOLA I RIERA, Antoni: «La cláusula de sumisión expresa después de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación», en *La Ley*, 1999-2, D-81.
- FUENTESECA, Cristina: «La Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación deroga el contenido del artículo 1591 del Código Civil a partir del 6 de mayo del año 2000», en *Actualidad Civil*, 2000, pp. 449 y ss.
- GALÁN CORTÉS, Julio César y RODA GARCÍA, Luis: «Nuevas perspectivas en materia de criterios indemnizatorios como consecuencia del contagio del VIH y VHC», en *La Ley*, 1999-3, D-161.
- GARCÍA AMIGO, Manuel: «Consideraciones a la buena fe contractual», en *Actualidad Civil*, 2000, pp. 1 y ss.
- GARCÍA HERNÁNDEZ, Tomás y otros: «La medicina ante el Derecho y la responsabilidad objetiva», en *La Ley*, 1999-1, D-14.
- GARCÍA SOLE, Fernando: «La reciente normativa sobre *factoring*», en *La Ley*, 1999-2, D-58.
- GARCÍA VARELA, Román: «La responsabilidad civil de los notarios», en *La Ley*, 1999-1, D-8.
- «Responsabilidad de la Administración hospitalaria por infección de SIDA mediante transfusión sanguínea», en *La Ley*, 1999-2, D-78.
- «La responsabilidad civil de los Jueces y Magistrados», en *La Ley*, 1999-2, D-88.
- «La responsabilidad civil del médico forense por asistencia facultativa negligente a un detenido», en *La Ley*, 1999-3, D-120.
- «La responsabilidad civil del cirujano por actuar en función indebida de anestesiólogo», en *La Ley*, 1999-3, D-164.
- GACÓN INCHAUSTI, Fernando: «Nuevo marco para la adopción de medidas cautelares en el arbitraje internacional: la sentencia *Van Uden* del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en *La Ley*, 1999-3, D-159.
- GASPAR LERA, Silvia: «Eficacia subjetiva del arbitraje», en *Actualidad Civil*, 1999, pp. 1387 y ss.
- GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio V.: «Cláusula penal y resolución del contrato. Naturaleza jurídica del *leasing*», (Comentario a la STS de 17 de noviembre de 1998), en *CCJC*, núm. 50, 1999, pp. 619 y ss.

- GÓMEZ CALLE, Esther: «Responsabilidad por culpa del titular de un Centro docente. Delimitación temporal de la obligación de vigilancia a los alumnos», (Comentario a la STS de 4 de junio de 1999), en *CCJC*, núm. 51, 1999, pp. 1187 y ss.
- GONZÁLEZ CARRASCO, M.<sup>a</sup> del Carmen: «Ejecución de sentencia en sus propios términos. Imposibilidad. Sentencia firme anterior contradictoria con el fallo. Sustitución de condena a la entrega del inmueble y otorgamiento de escritura pública por la indemnización de daños y perjuicios. Cesión de suelo a cambio de edificación futura. Legitimación del comunero en beneficio de la comunidad», (Comentario a la STS de 14 de diciembre de 1998), en *CCJC*, núm. 50, 1999, pp. 675 y ss.
- GONZÁLEZ CASSO, Joaquín: «La responsabilidad civil subsidiaria del propietario de un vehículo», en *La Ley*, 1999-4, D-191.
- HERRERA DEL REY, Joaquín José: «Moneda única y ficción nominalista», en *RDP*, enero 2000, pp. 3 y ss.
- «Moneda única y nominalismo», en *La Ley*, 1999-3, D-171.
- HINOJAL FONSECA, Rafael: «La valoración del perjuicio estético para su aplicación a la Ley 30/1997», en *La Ley*, 1999-3, D-172.
- JUAN Y MATEU, F. y MARTÍNEZ SANZ, F.: «El nuevo régimen jurídico de las cláusulas de resolución por el empresario en la contratación con consumidores», en *RDM*, núm. 234, 1999, pp. 1469 y ss.
- LA MONEDA DÍAZ, Francisco: «Una causa de resolución de los contratos de arrendamientos urbanos en la nueva Ley 8/1999, de 6 de abril, de reforma de la Ley de Propiedad Horizontal», en *RGD*, marzo 2000, pp. 1857 y ss.
- LAUROBA LACASA, M.<sup>a</sup> Elena: «Dación en pago. Fianza. Congruencia», (Comentario a la STS de 25 de mayo de 1999), en *CCJC*, núm. 51, 1999, pp. 1155 y ss.
- LETE ACHIRICA, Javier: «La Directiva sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo de 25 de mayo de 1999 y su transposición en el Derecho español», en *Actualidad Civil*, 1999, pp. 1365 y ss.
- «La regulación de la venta a distancia de servicios financieros en la Comunidad Europea ¿una apuesta de futuro?, en *La Ley*, 1999-2, D-113.
- LÓPEZ HERNÁNDEZ, Cristina Victoria: «Sobre el régimen registral de los contratos de arrendamientos urbanos introducidos por la Ley 29/1994, de 24 de noviembre», en *RCDI*, núm. 656, 2000, pp. 131 y ss.
- LÓPEZ ORTEGA, R. y PORFIRIO CARPIO, L. J.: «Aspectos doctrinales y jurisprudenciales sobre los créditos documentarios en las reglas y usos uniformes (Publicación 500 CCI)», en *RDPat.*, núm. 3, 1999, pp. 91 y ss.
- MAGRO SERVET, Vicente: «La responsabilidad sanitaria bajo el marco competencial del orden jurisdiccional contencioso-administrativo», en *La Ley*, 1999-3, D-117.

- MALUQUER DE MOTES BERNET, Carlos J.: «Existencia de una relación de fianza que determina para los fiadores la producción de unos daños y perjuicios que son objeto de indemnización por el causante del daño. Ello crea una comunidad de derechos de crédito que convierte a los acreedores en comuneros y que excluye, por no existir inicialmente una especificación de cuotas, el que sea aplicable la presunción de la existencia de igualdad de las mismas, ya que no puede producirse un régimen de solidaridad que máximo permite una actividad de cuasi-gestión, para un acreedor a efectos cobratorios sin perjuicio de proceder a la pertinente rendición de cuentas», (Comentario a la STS de 14 de noviembre de 1998), en *CCJC*, núm. 50, 1999, pp. 609 y ss.
- MARCO ALCALÁ, Luis Alberto: «Tercería de mejor derecho. Pólizas intervenidas por corredor de comercio. Preferencia, concurrencia y prelación de créditos entre póliza de contrato de arrendamiento financiero o *leasing* y apertura de crédito. Momento a partir del cual opera la preferencia entre ambas», (Comentario a la STS de 9 de noviembre de 1998), en *CCJC*, núm. 50, 1999, pp. 467 y ss.
- MARÍN LÓPEZ, Juan José: «Cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas; régimen de la Ley 57/1968, de 27 de julio, y del Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación. Falta de constitución por el constructor de cuenta especial: consecuencias. Seguro de caución y obligaciones fideusorias. Condiciones generales de la contratación; cláusulas que reflejan disposiciones imperativas o dispositivas; control de su carácter abusivo. Contratos normados», (Comentario a la STS de 30 de diciembre de 1998), en *CCJC*, núm. 50, 1999, pp. 745 y ss.
- «*Leasing*: objeto defectuoso. Resolución por el usuario de los contratos de compraventa y de arrendamiento financiero. Consecuencias», (Comentario a la STS de 24 de mayo de 1999), en *CCJC*, núm. 51, 1999, pp. 1141 y ss.
- MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa: «Convenio regulador de los efectos de separación o divorcio: validez y eficacia de los acuerdos que lo modifican o complementan. Deudas de dinero: daños moratorios», (Comentario a la STS de 21 de diciembre de 1998), en *CCJC*, núm. 50, 1999, pp. 715 y ss.
- MARTÍNEZ BAZA, Pelegrín y otros: «La medicina ante el Derecho y la responsabilidad objetiva», en *La Ley*, 1999-1, D-14.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos: «El cumplimiento de las obligaciones y sus subrogados en el Derecho Navarro», en *RJN*, núm. 27, 1999, pp. 9 y ss.
- MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual: «Reportaje periodístico e información radiofónica sobre un romance entre un aristócrata y un banquero. Intromisión ilegítima del derecho al honor. Responsabilidad de los directores de empresa. Límites al derecho a la información y a la libertad de expresión», (Comentario a la STS de 24 de septiembre de 1998), en *CCJC*, núm. 50, 1999, pp. 509 y ss.
- MARTÍNEZ LEÓN, Camino y otros: «La medicina ante el Derecho y la responsabilidad objetiva», en *La Ley*, 1999-1, D-14.

- MARTÍNEZ LEÓN, María de las Mercedes y otros: «La medicina ante el Derecho y la responsabilidad objetiva», en *La Ley*, 1999-1, D-14.
- MARTÍNEZ SALAZAR, Lucio: «Notas sobre la interpretación de las condiciones generales de la contratación», en *La Ley*, 1999-3, D-122.
- MARTÍNEZ SANZ, Fernando: «Contrato de arrendamiento de local de negocio; resolución anticipada unilateral por el arrendatario; obligación de abonar las rentas que procedían hasta la expiración del contrato; obligación de indemnizar la clientela cedida», (Comentario a la STS de 17 de octubre de 1998), en *CCJC*, núm. 50, 1999, pp. 543 y ss.
- MARTÍNEZ SANZ, F. y JUAN Y MATEU, F.: «El nuevo régimen jurídico de las cláusulas de resolución por el empresario en la contratación con consumidores», en *RDM*, núm. 234, 1999, pp. 1469 y ss.
- MOISSET DE ESPANÉS, Luis: «La mora en el Código Civil de Paraguay de 1987», en *RDP*, diciembre 1999, pp. 827 y ss.
- MORERA I PEREZ, Jordi: «La responsabilidad civil decenal en el anteproyecto de la Ley de Ordenación de la Edificación», en *La Ley*, 1999-3, D-177.
- MORO ALMARZ, M.<sup>a</sup> Jesús: «Pago de lo indebido. Acción de restitución. Inexistencia de transacción y existencia de error en el pago por el librado de la comisión de devolución de letra de cambio no pagada al vencimiento», (Comentario a la STS de 8 de julio de 1999), en *CCJC*, núm. 51, 1999, pp. 1307 y ss.
- MUNAR BERNAT, Pedro A.: «Sobre la aplicabilidad de la Directiva 85/577/CE, de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, a un contrato de multipropiedad (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 22 de abril de 1999)», en *DPC*, enero-diciembre 1999, pp. 235 y ss.
- PAGADOR LÓPEZ, Javier: «Impugnación por vicios del consentimiento y condiciones generales de la contratación», en *La Ley*, 1999-2, D-87.
- PARRA LUCÁN, M.<sup>a</sup> Ángeles: «Contrato de arrendamiento financiero (*leasing*). *Lease back*. Distinción con compraventa a plazos. Tercería de dominio», (Comentario a la STS de 1 de febrero de 1999), en *CCJC*, núm. 50, 1999, pp. 823 y ss.
- PASQUAU LIAÑO, Miguel: «Enriquecimiento injustificado: subsidiariedad de la acción. Venta como libre de cargas de inmueble hipotecado; ejecución hipotecaria: evicción y gravámenes ocultos. Transcurso del plazo *ex artículo 1483 CC*», (Comentario a la STS de 19 de febrero de 1999), en *CCJC*, núm. 50, 1999, pp. 885 y ss.
- «Cláusulas abusivas: nulidad de la cláusula, validez del contrato. Constitucionalidad de las normas que ordenan la nulidad de las cláusulas abusivas en contratos con consumidores», (Comentario a la STS de 7 de julio de 1999), en *CCJC*, núm. 51, 1999, pp. 1299 y ss.
- PELAYO PARDOS, Santiago: «SIDA, hepatitis y artículo 37 de la Ley 4/1999 de modificación de la Ley 30/1992. La teoría de los riesgos del desarrollo», en *La Ley*, 1999-2, D- 68.

- PÉREZ-URDAIBAI JIMÉNEZ, Nicolás: «El contrato de transporte aéreo: revisión doctrinal y jurisprudencial», en *RGD*, abril 2000, pp. 3791 y ss.
- PETIT LAVALL, M.<sup>a</sup> Victoria: «La unilateralidad en la determinación del tipo de interés por las entidades de crédito», en *RDBB*, núm. 76, 1999, pp. 169 y ss.
- PORFIRIO CARPIO, L. J. y LÓPEZ ORTEGA, R.: «Aspectos doctrinales y jurisprudenciales sobre los créditos documentarios en las reglas y usos uniformes (Publicación 500 CCI)», en *RDPat.*, núm. 3, 1999, pp. 91 y ss.
- PRATS ALBENTOSA, Lorenzo: «Donación con modo. Cosa juzgada. Compatibilidad de la acción revocatoria y de cumplimiento de obligaciones», (Comentario a la STS de 6 de abril de 1999), en *CCJC*, núm. 51, 1999, pp. 1053 y ss.
- REBOLLO GONZÁLEZ, Juan Carlos: «El sistema convencional en la ejecución de laudos arbitrales extranjeros», en *RPJ*, núm. 53, 1999, pp. 343 y ss.
- REGLERO CAMPOS, L. Fernando: «Contrato de seguro. La peritación del artículo 38 LCS. Dictamen conjunto de los peritos nombrados por las partes y del tercero perito designado por el Juez», (Comentario a la STS de 5 de junio de 1999), en *CCJC*, núm. 51, 1999, pp. 1211 y ss.
- REQUEJO ISIDRO, Marta: «Hans Hermann Mietz v. Intership Yachting Sneek BV: venta a plazos y medidas cautelares, y otras cosas (que el Tribunal no resuelve). Comentario a la STJCE de 27 de abril de 1999», en *La Ley*, 1999-3, D-148.
- RIVERA ÁLVAREZ, Joaquín M.<sup>a</sup>: «La cláusula de sumisión expresa y la contratación por adhesión: un supuesto singular. Comentario a la STS (Sala 1.<sup>a</sup>) de 20 de enero de 1998», en *RDP*, octubre 1999, pp. 723 y ss.
- ROBLES LATORRE, Pedro: «Venta de acciones postgananciales por parte del cónyuge que nominalmente aparece como titular. Impugnación del negocio transmisivo por parte del otro cónyuge. Posible aplicación del artículo 1384. Ineficacia del negocio transmisivo. Mala fe del adquirente», (Comentario a la STS de 31 de diciembre de 1998), en *CCJC*, núm. 50, 1999, pp. 799 y ss.
- RODA GARCÍA, Luis y GALÁN CORTÉS, Julio César: «Nuevas perspectivas en materia de criterios indemnizatorios como consecuencia del contagio del VIH y VHC», en *La Ley*, 1999-3, D-161.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: «El ejercicio extrajudicial de su *ius distrahendi* por el acreedor hipotecario», en *RJNot.*, núm. 23, 1997, pp. 165 y ss.
- «La responsabilidad civil del notario conforme a los artículos 705 y 715 del Código Civil», en *RJNot.*, núm. 24, 1997, pp. 113 y ss.
- RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma M.<sup>a</sup>: «Responsabilidad civil de los medios de comunicación», en *RDPat.*, núm. 3, 1999, pp. 67 y ss.
- RODRÍGUEZ RAMOS, Antonio Manuel: «Un nuevo ejemplo de dación en pago: el artículo 99 del Código Civil», en *Actualidad Civil*, 2000, pp. 269 y ss.

- ROMERO CANDAU, Pedro Antonio: «Pactos sobre la herencia de un tercero», en *AAMN*, t. XXXVIII, pp. 177 y ss.
- RUBIDO DE LA TORRE, Carlos: «La protección del consumidor: su marco legal. Especial referencia a la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación», en *Actualidad Civil*, 1999, pp. 1545 y ss. y 2000, pp. 305 y ss.
- SABATER BAYLE, Elsa: «Contrato de *leasing*. Incumplimiento de las obligaciones del arrendatario financiado. Cláusula penal. Aplicabilidad de la Ley de Represión de la Usura de 23 de julio de 1908», (Comentario a la STS de 28 de junio de 1999), en *CCJC*, núm. 51, 1999, pp. 1269 y ss.
- SERRANO CHAMORRO, M.<sup>a</sup> Eugenia: «Responsabilidad extracontractual. Contrato de permuta. Precontrato. Legitimación de la sociedad permutante para reclamar los daños causados a la edificación cuyo inmueble permutó», (Comentario a la STS de 11 de mayo de 1999), en *CCJC*, núm. 51, 1999, pp. 1095 y ss.
- SEUBA, Joan Carles: «La responsabilidad civil por uso de sangre o productos hemoderivados. Un estudio jurisprudencial», en *DPC*, enero-diciembre 1999, pp. 379 y ss.
- SIERRA PÉREZ, Isabel: «La responsabilidad en la construcción y la Ley de Ordenación de la Edificación», en *RDPat.*, núm. 3, 1999, pp. 111 y ss.
- TAPIA HERMIDA, Alberto Javier: «Aspectos polémicos del Seguro de Responsabilidad Civil. Reflexiones sobre la jurisprudencia reciente» en *RDM*, núm. 233, 1999, pp. 977 y ss.
- TIRADO SUÁREZ, Francisco Javier: «Conveniente –o necesaria– reforma de la Ley de Contrato de Seguro», en *DN*, febrero 2000, pp. 1 y ss.
- TRIGO GARCÍA, Belén: «La remuneración del prestador de servicios. Criterios de determinación», en *Actualidad Civil*, 2000, pp. 577 y ss.
- VATTIER FUENZALIDA, Carlos: «El régimen legal de la firma electrónica», en *Actualidad Civil*, 2000, pp. 411 y ss.
- VILLORIA RIVERA, Íñigo: «La responsabilidad del Poder Legislativo en el Derecho español. Repercusiones de la jurisprudencia del tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre responsabilidad de los poderes públicos», en *La Ley*, 1999-2, D-101.
- VIVES MARTÍNEZ, Gemma: «Comentario a las cláusulas abusivas en la Ley de 13 de abril de 1998 de las Condiciones Generales de la Contratación. Tendencias de las Audiencias Provinciales y jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Actualidad Civil*, 1999, pp. 1297 y ss.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: «Indemnización por la pérdida de una expectativa. Diferencia entre el régimen de la responsabilidad por negligencia médica y el régimen objetivo de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», (Comentario a la STS de 10 de octubre de 1998), en *CCJC*, núm. 50, 1999, pp. 533 y ss.



## DERECHOS REALES. DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

- ALBADALEJO, Manuel: «Copesión de varios como únicos herederos del causante y usucapión o no por ellos de la parte de bienes que habían correspondido a otro heredero que nunca poseyó. Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 6 de noviembre de 1998», en *RDP*, diciembre 1999, pp. 861 y ss.
- ÁLVAREZ OLALLA, Pilar: «La constitucionalidad de la privación del uso del piso o local al propietario, ante la realización de actividades prohibidas en Estatutos, dañosas para la finca, molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas (SSTC 301/1993, de 21 de octubre y 28/1999, de 8 de marzo)», en *DPC*, enero-diciembre 1999, pp. 9 y ss.
- BASCÓN GRANADOS, Carmen y DANNECKER, Gerhard: «Sanciones contra la violación de los derechos de autor en las bases de datos», en *RPJ*, núm. 53, 1999, pp. 107 y ss.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Derecho de autor sobre reportaje periodístico, con fotografías: copia parcial del mismo en otro reportaje periodístico (plagio); límites a la exclusiva sobre el derecho de explotación; presunción de autoría; indemnización por la infracción del derecho de autor; representación de empresa periodística por subdirector de revista», (Comentario a la STS de 23 de marzo de 1999), en *CCJC*, núm. 51, 1999, pp. 987 y ss.
- BLANQUER UBEROS, Roberto: «La tutela judicial del derecho a la inscripción del título», en *RJNot.*, núm. 21, 1997, pp. 51 y ss.
- CABALLOL ANGELATS, Lluís: «Consideraciones sobre la exclusividad de la potestad de ejecutar, con motivo de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1998, sobre el proceso notarial de realización hipotecaria», en *La Ley*, 1999-3, D-174.
- CALVO MEIJIDE, Alberto: «Reflexiones sobre la usucapión y la protección registral del tercero hipotecario. Comentarios al artículo 36 de la Ley Hipotecaria», en *Actualidad Civil*, 2000, pp. 127 y ss.
- CHINCHILLA PEINADO, Juan Antonio: «La reversión expropiatoria (Breves acotaciones)», en *RDU*, núm. 173, 1999, pp. 73 y ss.
- CORDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: «Multipropiedad: constitución e inscripción registral en el nuevo aprovechamiento por turno», en *Actualidad Civil*, 1999, pp. 1443 y ss.
- CORREA DELCASSO, Juan Pablo: «El proceso monitorio de la nueva Ley de Propiedad Horizontal: indicaciones prácticas de aplicación en aras a salvaguardar su constitucionalidad parcial», en *La Ley*, 1999-2, D-111.
- CUTILLAS TORNOS, José M.ª: «La certificación del Acta de Conciliación como título formal, válido y eficaz, para inscribir en el Registro de la Propiedad la partición de la herencia realizada por todos los herederos», en *RGD*, abril 2000, pp. 3799 y ss.

- DANNECKER, Gerhard y BASCÓN GRANADOS, Carmen: «Sanciones contra la violación de los derechos de autor en las bases de datos», en *RPJ*, núm. 53, 1999, pp. 107 y ss.
- DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel: «Aspectos procesales de la nueva Ley 8/1999 de 6 de abril, sobre Propiedad Horizontal», en *La Ley*, 1999-2, D-109.
- DÍAZ MÉNDEZ, Nicolás: «Aspectos procesales de la nueva Ley 8/1999 de 6 de abril, sobre Propiedad Horizontal», en *La Ley*, 1999-2, D-109.
- DÍAZ MORENO, Alejandro: «El alcance de la doctrina de la Sala 1.<sup>a</sup> del TS ante el procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria», en *RDPat.*, núm. 3, 1999, pp. 135 y ss.
- DÍAZ ROMERO, M.<sup>a</sup> del Rosario: «Liquidación del estado posesorio: gastos necesarios y mejoras útiles. Buena o mala fe posesoria derivada de nulidad de contrato de compraventa», (Comentario a la STS de 28 de noviembre de 1998), en *CCJC*, núm. 50, 1999, pp. 659 y ss.
- DÍAZ RUIZ, Emilio: «Irreivindicabilidad de los bienes adquiridos en ferias y mercados», en *RDM*, núm. 233, 1999, pp. 1117 y ss.
- DORREGO DE CARLOS, Alberto: «Los complejos inmobiliarios en la reforma de la Ley de Propiedad Horizontal de 1999», en *RCDI*, núm. 655, 1999, pp. 2303 y ss.
- DOWNES, Noemí: «¿Un mercado común de derechos de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido? (Comentario a la Ley 42/1998 de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias)», en *La Ley*, 1999-2, D-85.
- «Una nueva vía para la protección de los consumidores de «multipropiedad». A propósito de la STJCE (Sala 3.<sup>a</sup>) de 22 de abril de 1999», en *La Ley*, 1999-4, D-209.
- EVANGELIO LLORCA, Raquel: «La protección interdictal contra inmisiones excesivas», en *Actualidad Civil*, 2000, pp. 549 y ss.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: «La publicidad registral de las normas de régimen interior de las comunidades de propietarios (art. 6 LPH)», en *RCDI*, núm. 656, 2000, pp. 85 y ss.
- GARCÍA MAS, Francisco Javier: «Breves notas al Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, por el que se modifican determinados artículos del Reglamento Hipotecario, con especial consideración a las inmatriculaciones y a los excesos de cabida», en *RCDI*, núm. 655, 1999, pp. 2231 y ss.
- GONZÁLEZ CARRASCO, M.<sup>a</sup> del Carmen: «Ejecución de sentencia en sus propios términos. Imposibilidad. Sentencia firme anterior contradictoria con el fallo. Sustitución de condena a la entrega del inmueble y otorgamiento de escritura pública por la indemnización de daños y perjuicios. Cesión de suelo a cambio de edificación futura. Legitimación del comunero en beneficio de la comunidad», (Comentario a la STS de 14 de diciembre de 1998), en *CCJC*, núm. 50, 1999, pp. 675 y ss.

- «Derecho de elevación. Constitución por el promotor. Compatibilidad con el régimen de propiedad horizontal. Naturaleza jurídica de las reservas de modificación del título constitutivo. Jerarquía normativa», (Comentario a la STS de 10 de mayo de 1999), en *CCJC*, núm. 51, 1999, pp. 1081 y ss.
- HUERTA TRÓLEZ, Antonio: «Ejecución notarial de la prenda», en *AAMN*, t. XXXVIII, pp. 141 y ss.
- JIMÉNEZ LINARES, M.<sup>a</sup> Jesús: «Algunos aspectos de la nueva regulación de la llamada *multipliedad*», en *Actualidad Civil*, 2000, pp. 363 y ss.
- LA MONEDA DÍAZ, Francisco: «Una causa de resolución de los contratos de arrendamientos urbanos en la nueva Ley 8/1999, de 6 de abril, de reforma de la Ley de Propiedad Horizontal», en *RGD*, marzo 2000, pp. 1857 y ss.
- LLOBREGAT HURTADO, M.<sup>a</sup> Luisa: «Distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de propiedad industrial (Comentario a la STC 103/1999, de 3 de junio)», en *DPC*, enero-diciembre 1999, pp. 165 y ss.
- LÓPEZ FERNÁNDEZ, Luis Miguel: «Urbanización privada. Reclamación de cantidad en concepto de gastos de conservación de servicios comunes. Legitimación activa: aplicación analógica de la Ley de Propiedad Horizontal», (Comentario a la STS de 6 de julio de 1999), en *CCJC*, núm. 51, 1999, pp. 1285 y ss.
- LÓPEZ HERNÁNDEZ, Cristina Victoria: «Sobre el régimen registral de los contratos de arrendamientos urbanos introducidos por la Ley 29/1994, de 24 de noviembre», en *RCDI*, núm. 656, 2000, pp. 131 y ss.
- LÓPEZ MEDEL, Jesús: «La doble inmatriculación y los efectos de la informatización», en *RCDI*, núm. 655, 1999, pp. 2413 y ss.
- LUCES GIL, Francisco: «Los nuevos procesos de la Ley de Propiedad Horizontal», en *Actualidad Civil*, 2000, pp. 421 y ss.
- MARTÍN DIZ, Fernando: «El futuro de la ejecución judicial de la garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles: análisis del Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, 1999-4, D-192.
- MARTÍNEZ MORO, Francisco: «Cancelación de cargas y derechos caducados que consten vigentes en los asientos del Registro de la Propiedad», en *RJC*, núm. 1, 2000, pp. 289 y ss.
- MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMES, Eduardo: «De la referencia catastral», en *AAMN*, t. XXXVIII, pp. 47 y ss.
- MERCADAL VIDAL, Francisco: «Constitución de una hipoteca de máximo sobre una finca integrante del patrimonio social por el administrador único de una sociedad de responsabilidad limitada en garantía de una deuda ajena y sin acreditarse la autorización o la ratificación de la Junta general», (Comentario a la RDGRN de 17 de noviembre de 1998), en *CCJC*, núm. 50, 1999, pp. 629 y ss.
- MERINO BAYLOS, Pedro: «Diseño industrial. Una aproximación al régimen protector que establecen la propiedad industrial y el derecho de autor

- sobre los dibujos y modelos industriales», en *GJ*, enero-febrero 2000, pp. 108 y ss.
- MIQUEL GONZÁLEZ, José María: «Las cargas anteriores en la ejecución de un crédito hipotecario posterior», en *RDPat.*, núm. 3, 1999, pp. 27 y ss.
- MOLL DE ALBA, Chantal: «Acción reivindicatoria y acción de deslinde en los supuestos de construcción en suelo ajeno. Articulación procesal de la opción del artículo 361 CC. Proceso civil. La sentencia. Incongruencia procesal», (Comentario a la STS de 18 de mayo de 1999), en *CCJC*, núm. 51, 1999, pp. 1115 y ss.
- MONTEAGUDO, Montiano: «Confusión, error y engaño en el Derecho de marcas: el caso “Puma” (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de 2 de junio de 1998)», en *RGD*, marzo 2000, pp. 2353 y ss.
- MONTSERRAT VALERO, Antonio: «El pacto de extensión de la hipoteca inmobiliaria a los muebles colocados permanentemente en la finca hipotecada (art. 111.1.º LH) impide la constitución posterior de una hipoteca mobiliaria sobre la maquinaria industrial afectada por el pacto», (Comentario a la RDGRN de 21 de noviembre de 1998), en *CCJC*, núm. 51, 1999, pp. 931 y ss.
- «Piso en copropiedad o bien ganancial: ¿hay *litis* consorcio pasivo necesario en la reclamación de las cuotas comunitarias? [Art. 9.1.e) de la L.P.H.]», en *RDP*, octubre 1999, pp. 667 y ss.
- MUNAR BERNAT, Pedro A.: «Sobre la aplicabilidad de la Directiva 85/577/CE, de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, a un contrato de multipropiedad (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 22 de abril de 1999)», en *DPC*, enero-diciembre 1999, pp. 235 y ss.
- «Algunas reflexiones en torno a la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, de derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias», en *RJC*, núm. 1, 2000, pp. 33 y ss.
- MUÑOZ XANCO, Juan: «La problemática de la comunicación pública por la recepción de las emisiones de radiodifusión, en el contexto del artículo 20 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual», en *La Ley*, 1999-3, D-131
- «La acreditación de la legitimación activa por las emitidas de gestión de los derechos de la propiedad intelectual», en *La Ley*, 1999-3, D-167.
- PÉREZ UREÑA, Antonio Alberto: «Las actas de las Juntas de Propietarios», en *RGD*, enero-febrero 2000, pp. 61 y ss.
- RICHARD, Soledad: «Aproximación al Sistema de Nombres de Dominio de Internet en la actualidad», en *RGD*, marzo 2000, pp. 2327 y ss.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: «El ejercicio extrajudicial de su *ius distrahendi* por el acreedor hipotecario», en *RJNot.*, núm. 23, 1997, pp. 165 y ss.
- RODRÍGUEZ MONTERO, Ramón: «Inhibición legislativa y determinación jurisprudencial del derecho: ¿aplicación retroactiva o irretroactiva del artículo

lo 25 de la Ley de Dereito Civil de Galicia en materia de constitución de servidumbres de paso por usucapión? (Comentario a las sentencias del TSJ Galicia 15 y 16/1998, de 24 de septiembre)», en *La Ley*, 1999-2, D-103.

ROGEL VIDE, Carlos: «Derechos de autor y propiedad de la cosa material a la que está incorporada la creación intelectual. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 5 de febrero de 1998», en *RDP*, enero 2000, pp. 81 y ss.

RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel: «Multipropiedad y Ley sobre derechos de aprovechamiento por turnos: la incomprensible voluntad de poner puertas al campo», en *La Ley*, 1999-3, D-180.

SANTDIUMENGE I FARRÉ, Josep: «Notes sobre l'acció de cessació i la privació temporal de l'ús de la vivenda o local previstes a l'art. 7,2 de la Ley de Propietat Horizontal», en *RJC*, núm. 1, 2000, pp. 93 y ss.

VIDAL MARTÍNEZ, Patricia: «Novedades jurisprudenciales del TJCE en materia de agotamiento del derecho de marca», en *RGD*, marzo 2000, pp. 2377 y ss.

VIDAL-QUADRAS TRÍAS DE BES, Javier: «La presunción de uso del procedimiento ajeno patentado del artículo 61.2 de la Ley de Patentes», en *RGD*, marzo 2000, pp. 2299 y ss.

## DERECHO DE FAMILIA

ARECHEDERRA ARANZADI, Luis Ignacio: «El nuevo matrimonio del divorciado y las Leyes 105 y 106 del Fuero Nuevo», en *RJN*, núm. 27, 1999, pp. 205 y ss.

BALLESTEROS DE LOS RÍOS, María: «Reclamación de filiación materna frustrada por la no práctica de una prueba biológica esencial y adopción declarada nula por asentimiento prestado con anterioridad al parto (Comentario a la STS de 21 de septiembre de 1999)», en *DPC*, enero-diciembre 1999, pp. 9 y ss.

BENAVENTE MOREDA, Pilar: «Oposición a las operaciones divisorias de bienes gananciales realizadas por el contador-partidor dirimente. Atribución preferente de local profesional ganancial», (Comentario a la STS de 30 de diciembre de 1998), en *CCJC*, núm. 50, 1999, pp. 781 y ss.

BONÉ PINA, José Francisco: «La tutela y la curatela en el nuevo Código de Familia de Cataluña», en *Actualidad Civil*, 2000, pp. 81 y ss.

CÁMARA ÁGUILA, Pilar: «Sobre la constitucionalidad de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida (Comentario a la STC 116/1999, de 17 de junio)», en *DPC*, enero-diciembre 1999, pp. 117 y ss.

COLLANTES DE TERÁN DE LA HERA, M.<sup>a</sup> José: «Donaciones matrimoniales en la codificación civil española», en *RDP*, noviembre 1999, pp. 774 y ss.

DE MARINO Y GÓMEZ-SANDOVAL, Belén: «Las adopciones transnacionales», en *La Ley*, 1999, D-60.

- DIAGO DIAGO, Pilar: «La protección de la vivienda familiar: un análisis de Derecho interregional», en *Actualidad Civil*, 1999, pp. 1343 y ss.
- DOLZ LAGO, Manuel Jesús: «La intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos matrimoniales: algunas reflexiones acerca de su “absentismo” secular y remedios para evitarlo», en *La Ley*, 1999-3, D-130.
- ESPINOSA CALABUIG, Rosario: «Una nueva reforma en materia de adopción internacional en España», en *RGD*, abril 2000, pp. 4343 y ss.
- ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco: «La negativa al sometimiento a las pruebas biológicas de filiación y la STC 95/1999, de 31 de mayo, ¿una renuncia a postulados anteriores?», en *Actualidad Civil*, 2000, pp. 467 y ss.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Joaquín: «Acercamiento histórico-jurídico y propuesta de regulación del Derecho foral de Extremadura: el Fuero de Baylío», en *La Ley*, 1999-4, D-203.
- GARCÍA VARELA, Román: «La cuestión de la legitimación del tutor para ejercitar la acción de separación matrimonial o de divorcio del tutelado», en *La Ley*, 1999-3, D-125.
- MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa: «Convenio regulador de los efectos de separación o divorcio: validez y eficacia de los acuerdos que lo modifican o complementan. Deudas de dinero: daños moratorios», (Comentario a la STS de 21 de diciembre de 1998), en *CCJC*, núm. 50, 1999, pp. 715 y ss.
- MONTSERRAT VALERO, Antonio: «Piso en copropiedad o bien ganancial: ¿hay *litis* consorcio pasivo necesario en la reclamación de las cuotas comunitarias? [Art. 9.1.e) de la L.P.H.]», en *RDP*, octubre 1999, pp. 667 y ss.
- OCAÑA RODRÍGUEZ, Antonio: «De nuevo en torno al artículo 1373 del Código Civil y al embargo de bienes gananciales», en *La Ley*, 1999-3, D-129.
- RAGEL SÁNCHEZ, Luis-Felipe: «Embargo sobre bienes gananciales por deudas propias de un cónyuge. Procedimiento incidental como medio idóneo para ejercitar la opción del artículo 1373 del Código Civil por parte del cónyuge no deudor. Voto particular», (Comentario a la STS de 12 de enero de 1999), en *CCJC*, núm. 50, 1999, pp. 813 y ss.
- ROBLES LATORRE, Pedro: «Venta de acciones postgananciales por parte del cónyuge que nominalmente aparece como titular. Impugnación del negocio transmisivo por parte del otro cónyuge. Posible aplicación del artículo 1384. Ineficacia del negocio transmisivo. Mala fe del adquirente», (Comentario a la STS de 31 de diciembre de 1998), en *CCJC*, núm. 50, 1999, pp. 799 y ss.
- RODRÍGUEZ BENOT, Andrés: «El reconocimiento de las medidas de protección del menor en un entorno multicultural (un estudio comparado de la eficacia extraterritorial de la adopción de la “Kafala”», en *RGD*, abril 2000, pp. 4419 y ss.
- RODRÍGUEZ RAMOS, Antonio Manuel: «Un nuevo ejemplo de dación en pago: el artículo 99 del Código Civil», en *Actualidad Civil*, 2000, pp. 269 y ss.

- ROMERO COLOMA, Aurelia María: «Las causas de separación en el Ordenamiento Jurídico-Civil español», en *RCDI*, núm. 655, 1999, pp. 2423 y ss.
- RUIZ GONZÁLEZ, Filiberto: «Algunas cuestiones sobre el Fuero de Baylío», en *La Ley*, 1999-2, D-64.
- SÁNCHEZ-ARJONA Y MACÍAS, Javier: «Por qué es necesario legislar el Fuero de Baylío», en *Actualidad Civil*, 2000, pp. 503 y ss.
- VENTOSO ESCRIBANO, Alfonso: «Convivencia *more uxorio*», en *AAMN*, t. XXXVIII, pp. 205 y ss.
- VERDERA SERVER, Rafael: «Adopción y principio de igualdad (Comentario a la STC 46/1999, de 22 de marzo)», en *DPC*, enero-diciembre 1999, pp. 297 y ss.

## DERECHO DE SUCESIONES

- ALBADALEJO, Manuel: «Coposesión de varios como únicos herederos del causante y usucapión o no por ellos de la parte de bienes que habían correspondido a otro heredero que nunca poseyó. Comentario a la STS (Sala 1.<sup>a</sup>) de 6 de noviembre de 1998», en *RDP*, diciembre 1999, pp. 861 y ss.
- ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen: «Disposición testamentaria “institución a favor del alma”. Tratos preliminares. Oferta contractual», (Comentario a la STS de 16 de diciembre de 1998), en *CCJC*, núm. 50, 1999, pp. 693 y ss.
- AMORES CONRADI, Miguel A.: «Sucesiones: acción de petición de herencia; litisconsorcio pasivo: innecesariedad; ley aplicable: la nacional del causante sin aceptar el reenvío de retorno a la ley española», (Comentario a la STS de 21 de mayo de 1999), en *CCJC*, núm. 51, 1999, pp. 1125 y ss.
- BONO, José: «El testamento como *voluntatis sententia*, su composición diplomática moderna», en *RJNot.*, núm. 23, 1997, pp. 215 y ss.
- CARRIÓN, Salvador: «Aceptación tácita de la herencia. La petición de liquidación y el pago del impuesto sucesorio no significan aceptación tácita. Comentario a la STS (Sala 1.<sup>a</sup>) de 20 de enero de 1998», en *RDP*, diciembre 1999, pp. 877 y ss.
- CUTILLAS TORNOS, José M.<sup>a</sup>: «La certificación del Acta de Conciliación como título formal, válido y eficaz, para inscribir en el Registro de la Propiedad la partición de la herencia realizada por todos los herederos», en *RGD*, abril 2000, pp. 3799 y ss.
- DÍEZ BALLESTEROS, Juan Alberto: «La separación y sus consecuencias sobre la legítima del cónyuge viudo. Comentario a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de junio de 1997», en *La Ley*, 1999-1, D-36.

- DUPLÁ MARTÍN, M.<sup>a</sup> Teresa: «Consideraciones en torno al acrecimiento sucesivo en el legado de usufructo», en *RPJ*, núm. 83, 1999, pp. 325 y ss.
- GARCÍA PÉREZ, Rosa: «Donación universal *mortis causa* de un cónyuge a otro. Convenio de La Haya sobre conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias. Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de marzo de 1997», en *RDP*, noviembre 1999, pp. 809 y ss.
- GARCÍA VARELA, Román: «Los títulos nobiliarios y los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio», en *La Ley*, 1999-1, D-33.
- HUALDE MANSO, M.<sup>a</sup> Teresa: «Los legados en testamento de hermandad», en *RJN*, núm. 27, 1999, pp. 121 y ss.
- JIMÉNEZ CLAR, Antonio J.: «La sucesión intestada en el Derecho inglés», en *RCDI*, núm. 655, 1999, pp. 2377 y ss.
- MARSAL GUILLAMET, Joan: «No constituye causa de nulidad de un testamento la circunstancia de que el notario manifestara que la testadora no sabía firmar; se estaba refiriendo a la imposibilidad de saber hacerlo en ese momento», (Comentario a la STS de 29 de mayo de 1999), en *CCJC*, núm. 51, 1999, pp. 1167 y ss.
- MESTRE RODRÍGUEZ, María Luisa: «Sucesión hereditaria: legislación aplicable. Sucesión testamentaria: interpretación del testamento. Institución de heredero: expresión de causa falsa. Revocación del testamento: requisitos», (Comentario a la RDGRN de 26 de noviembre de 1998), en *CCJC*, núm. 50, pp. 645 y ss.
- REAL PÉREZ, Alicia: «Fijación de la legítima. Donaciones inoficiosas. Plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de reducción: cinco años. Analogía. Jurisprudencia a efectos de casación», (Comentario a la STS de 4 de marzo de 1999), en *CCJC*, núm. 51, 1999, pp. 945 y ss.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: «La responsabilidad civil del notario conforme a los artículos 705 y 715 del Código Civil», en *RJNot.*, núm. 24, 1997, pp. 113 y ss.
- TORRES ESCÁMEZ, Salvador: «Dictamen sobre la validez de un testamento ológrafo otorgado en España por un ciudadano noruego, en idioma inglés, sobre un texto parcialmente impreso», en *RJNot.*, núm. 21, 1997, pp. 255 y ss.
- VÁZQUEZ ORGAZ, Jorge: «Responsabilidad del sucesor único o heredero en comunidad hereditaria», en *La Ley*, 1999-1, D-38.
- VERA GONZÁLEZ, José Manuel: «Comunidad hereditaria y enajenación de inmuebles», en *RJNot.*, núm. 22, 1997, pp. 21 y ss.



## DERECHO MERCANTIL.

## PARTE GENERAL. EMPRESA

- ALONSO-CORTÉS CONCEJO, Aurelio: «La Ley de Competencia Desleal a debate», en *EDJ*, núm. 19, 1999, pp. 103 y ss.
- ALZELAI, Igone: «La calificación de las empresas en participación y su relevancia en el ámbito del derecho de la competencia», en *RDM*, núm. 234, 1999, pp. 1547 y ss.
- BAUZÁ GAYÁ, José: «Denominación social y nombre comercial», en *RJNot.*, núm. 21, 1997, pp. 9 y ss.
- BERENGUER FUSTER, Luis y GINER PARREÑO, César A.: «Comentarios críticos sobre la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia», en *DN*, marzo 2000, pp. 22 y ss.
- BIENDICHO GRACIA, Luis F.: «La protección del prestigio comercial de la entidad mercantil frente a los actos difamatorios: los límites del derecho de crítica del consumidor», en *La Ley*, 1999-1, D-7.
- CABRILLO, Francisco: «La regulación de la defensa de la competencia en una economía en transformación», en *GJ*, diciembre 1999, pp. 62 y ss.
- CARRASCO PERERA, Ángel: «Competencia desleal. Venta de libros con regalo y descuento», (Comentario a la STS de 31 de marzo de 1999), en *CCJC*, núm. 51, 1999, pp. 1027 y ss.
- CASADO CERVIÑO, Alberto: «La defensa de la marca comunitaria», en *EDJ*, núm. 19, 1999, pp. 255 y ss.
- CURTO POLO, Mercedes: «Signos distintivos: protección de la marca registrada en la Ley de Marcas. El titular de la marca registrada puede ejercitar su *ius prohibendi* contra un tercero que utilice un signo semejante en relación a productos o servicios no similares cuando dicho uso pueda inducir a error. Acción de indemnización por daños y perjuicios: indemnización por regalía. Indemnización por daños morales», (Comentario a la STS de 18 de febrero de 1999), en *CCJC*, núm. 50, 1999, pp. 867 y ss.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Cristina: «La protección de la presentación comercial —trade dress— en Estados Unidos», en *DN*, noviembre 1999, pp. 17 y ss.
- «La protección de la presentación comercial en Gran Bretaña», en *RDM*, núm. 234, 1999, pp. 1651 y ss.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Juan Manuel: «Tribunales de Marcas Comunitarias», en *EDJ*, núm. 19, 1999, pp. 285 y ss.
- «Debate acerca de la organización administrativa protectora de la libre competencia. Apuntes al proyecto de ley de reforma parcial», en *GJ*, diciembre 1999, pp. 79 y ss.

- FERNÁNDEZ ORDOÑEZ, Miguel A.: «La protección de la competencia desde los órganos sectoriales», en *GJ*, diciembre 1999, pp. 93 y ss.
- FERRÁNDIZ GABRIEL, José Ramón: «Actos de confusión e imitación con riesgo de asociación», en *EDJ*, núm. 19, 1999, pp. 127 y ss.
- FOLGUERA CRESPO, Jaime: «Relación entre la Ley de Defensa de la Competencia y la Ley de Competencia Desleal. Falseamiento de la libre competencia por actos desleales», en *EDJ*, núm. 19, 1999, pp. 197 y ss.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier: «La obligación legal de separación de cuentas por ramas de actividad. El ejemplo de los operadores de telecomunicaciones», en *RDM*, núm. 233, 1999, pp. 1103 y ss.
- GARCÍA LÓPEZ, Ricardo: «El riesgo de confusión en el Derecho de marcas: recientes aportaciones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en *DN*, enero 2000, pp. 10 y ss.
- GINER PARREÑO, César A. y BERENQUER FUSTER, Luis: «Comentarios críticos sobre la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia», en *DN*, marzo 2000, pp. 22 y ss.
- GÓMEZ LOZANO, M.<sup>a</sup> del Mar: «Algunas observaciones sobre el vigente régimen jurídico de las indicaciones geográficas», en *RDM*, núm. 233, 1999, pp. 1163 y ss.
- GONZÁLEZ BUENO CATALÁN DE OCÓN, Carlos: «La designación en España de los Tribunales de Marcas Comunitarias», en *EDJ*, núm. 19, 1999, pp. 273 y ss.
- GORDILLO CAÑAS, Antonio: «Representación aparente: apariencia de hecho frente a publicidad derivada del Registro Mercantil en la actuación de los administradores de la sociedad anónima. Nulidad del contrato celebrado por el representante sin poder. Ratificación tácita», (Comentario a la STS de 18 de marzo de 1999), en *CCJC*, núm. 51, 1999, pp. 973 y ss.
- LEMA DEVESA, Carlos: «La promoción como necesidad comercial del empresario: la información al público y la publicidad», en *RJNot.*, núm. 23, 1997, pp. 143 y ss.
- LLOBREGAT HURTADO, M.<sup>a</sup> Luisa: «Distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de propiedad industrial (Comentario a la STC 103/1999, de 3 de junio)», en *DPC*, enero-diciembre 1999, pp. 165 y ss.
- MAESTRE CASAS, Pilar: «Compatibilidad de las normas bancarias uniformes con el derecho comunitario de la competencia (Comentario a la sentencia del TJCE de 21 de enero de 1999)», en *La Ley*, 1999-2, D-114.
- MARINA MARTÍNEZ-PARDO, Jesús: «Competencia desleal. Daños y perjuicios», en *EDJ*, núm. 19, 1999, pp. 155 y ss.
- MASSAGUER, José: «Aspectos procesales de la acción de competencia desleal: prescripción y competencia territorial», en *EDJ*, núm. 19, 1999, pp. 179 y ss.

- MEDRANO CABALLERO, Ignacio de: «El Derecho Comunitario de marcas: la noción de riesgo de confusión», en *RDM*, núm. 234, 1999, pp. 1515 y ss.
- MERINO BAYLOS, Pedro: «Diseño industrial. Una aproximación al régimen protector que establecen la propiedad industrial y el derecho de autor sobre los dibujos y modelos industriales», en *GJ*, enero-febrero 2000, pp. 108 y ss.
- MIRANDA SERRANO, Luis M.<sup>a</sup>: «La entrada definitiva de las posiciones dominantes *colectivas* en el sistema comunitario europeo de control de concentraciones (STJCE *Francia y otros c. Comisión*, de 31 de marzo de 1998)», en *DN*, febrero 2000, pp. 19 y ss.
- MONTEAGUDO, Montiano: «Confusión, error y engaño en el Derecho de marcas: el caso “Puma” (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.<sup>a</sup>, de 2 de junio de 1998)», en *RGD*, marzo 2000, pp. 2353 y ss.
- PASCUAL Y VICENTE, Julio: «Las conductas prohibidas en la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia», en *GJ*, enero-febrero 2000, pp. 10 y ss.
- PERDICES HUETOS, Antonio B.: «Requisitos objetivos del ilícito concurrencial: actuación en el mercado con fines concurrenciales. Inexistencia de esos requisitos en la prohibición de entrada con consumiciones del exterior en un local de cine dotado de servicio de bar. Actuación que, en todo caso, incluso de concurrir esos requisitos, sería de buena fe», (Comentario a la STS de 15 de abril de 1998), en *CCJC*, núm. 50, 1999, pp. 477 y ss.
- PÉREZ-BUSTAMANTE KÖSTER, Jaime: «La explotación abusiva de la situación de dependencia económica en la Ley de Defensa de la Competencia: examen crítico del nuevo precepto», en *GJ*, enero-febrero 2000, pp. 33 y ss.
- PRIETO KESSLER: «Principales problemas de la regulación del abuso de posición de dominio», en *GJ*, enero-diciembre 2000, pp. 22 y ss.
- RICHARD, Soledad: «Aproximación al Sistema de Nombres de Dominio de Internet en la actualidad», en *RGD*, marzo 2000, pp. 2327 y ss.
- SÁNCHEZ ANDRÉS, Anibal: «Las llamadas *stock options* y las fórmulas mágicas de la ciencia jurídica», en *RJE*, núm. 2, 2000, pp. 21 y ss.
- URÍA FERNÁNDEZ, Francisco: «Aspectos jurídicos más relevantes de la reforma de la legislación de competencia», en *GJ*, diciembre 1999, pp. 67 y ss.
- VAREA SANZ, Mario: «Acción de indemnización de daños y perjuicios en la Ley de Patentes: interpretación del artículo 64.I LP. Modelo industrial: nulidad por falta de novedad, anticipado por un modelo de utilidad relativo a una determinada técnica de ensamblaje de los elementos de un producto», (Comentario a la STS de 27 de julio de 1998), en *CCJC*, núm. 50, 1999, pp. 497 y ss.
- VELAZ NEGUERUELA, José Luis: «El límite a la responsabilidad de los administradores de las empresas», en *La Ley*, 1999-3, D-165.
- VIDAL MARTÍNEZ, Patricia: «Novedades jurisprudenciales del TJCE en materia de agotamiento del derecho de marca», en *RGD*, marzo 2000, pp. 2377 y ss.

VIDAL-QUADRAS TRÍAS DE BES, Javier: «La presunción de uso del procedimiento ajeno patentado del artículo 61.2 de la Ley de Patentes», en *RGD*, marzo 2000, pp. 2299 y ss.

## DERECHO DE SOCIEDADES

ALAGRA PRATS, Esther: «Impugnación de acuerdos sociales. Conducta contraria a la buena fe», (Comentario a la STS de 5 de junio de 1999), en *CCJC*, núm. 51, 1999, pp. 1221 y ss.

ALCALÁ DÍAZ, M.<sup>a</sup> Ángeles: «Sociedades anónimas. Elección del tipo societario. Impugnación de acuerdos del consejo de administración. Responsabilidad de los administradores por actos de representación», (Comentario a la STS de 9 de julio de 1999), en *CCJC*, núm. 51, 1999, pp. 1321 y ss.

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: «Las cláusulas de liquidación del socio saliente: función, contenido y validez», en *AAMN*, t. XXXVIII, pp. 357 y ss.

ALFONSO SÁNCHEZ, Rosalía: «La reforma de la legislación estatal sobre sociedades cooperativas: su incidencia en las Comunidades Autónomas sin ley reguladora», en *La Ley*, 1999-2, D-65.

BADIA, Enrique: «Ejercicio divergente o contrario del derecho de voto en las sociedades anónimas y en las limitadas», en *La Ley*, 1999-1, D-16.

BAUZÁ GAYÁ, José: «Denominación social y nombre comercial», en *RJNot.*, núm. 21, 1997, pp. 9 y ss.

BENAVENTE SOGORB, Rafael J.: «Nulidad de acuerdos sociales: por falta de opinión de los auditores sobre la Cuenta de Pérdidas y Ganancias», (Comentario a la STS de 11 de noviembre de 1998), en *CCJC*, núm. 50, 1999, pp. 591 y ss.

BOQUERA MATARREDONA, Josefina: «La responsabilidad de los fundadores de la sociedad de responsabilidad limitada», en *RDM*, núm. 233, 1999, pp. 12139 y ss.

CIVERA GARCÍA, Antonio: «La reforma del régimen jurídico de la Sociedad Anónima Deportiva», en *RGD*, diciembre 1999, pp. 14537 y ss.

DÍEZ GÓMEZ, Aurelio: «Las sociedades anónimas deportivas», en *RJNot.*, núm. 23, 1997, pp. 39 y ss.

DORADO MUÑOZ, Manuel: «Sociedades anónimas. Impugnación de acuerdos sociales. Falta de legitimación activa en el socio para impugnar», (Comentario a la STS de 4 de marzo de 1999), en *CCJC*, núm. 51, 1999, pp. 959 y ss.

ESTEBAN VELASCO, Gaudencio: «La sociedad cerrada europea: ¿figura complementaria o alternativa a la sociedad europea?», en *RDS*, núm. 13, 1999, pp. 163 y ss.

- FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, Alejandro: «La protección del inversor y la responsabilidad administrativa de los administradores y directivos por infracciones de la normativa del Mercado de Valores», en *RDBB*, núm. 76, 1999, pp. 65 y ss.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: «Participación de trabajadores y directivos en el capital de las sociedades anónimas. Examen de la cuestión en Derecho Societario», en *RDM*, núm. 234, 1999, pp. 1361 y ss.
- FLORES DOÑA, María de la Sierra: «Responsabilidad administrativa por infracción al régimen de participaciones propias y recíprocas en Sociedades Anónimas», en *RDBB*, núm. 76, 1999, pp. 135 y ss.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio: «Las acciones rescatables», en *La Ley*, 1999-3, D-140.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier: «La obligación legal de separación de cuentas por ramas de actividad. El ejemplo de los operadores de telecomunicaciones», en *RDM*, núm. 233, 1999, pp. 1103 y ss.
- «Las acciones rescatables», en *La Ley*, 1999-4, D-202.
- GÓMEZ MENDOZA, María: «Acciones sin voto», en *RDS*, núm. 13, 1999, pp. 13 y ss.
- GONZÁLEZ PERDIGUERO, Miguel Ángel: «Comentario a los artículos del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas modificados por la Ley 37/1998, de 16 de noviembre, y Ley 50/1998, de 30 de diciembre», en *La Ley*, 1999-2, D-96.
- GORDILLO CAÑAS, Antonio: «Representación aparente: apariencia de hecho frente a publicidad derivada del Registro Mercantil en la actuación de los administradores de la sociedad anónima. Nulidad del contrato celebrado por el representante sin poder. Ratificación tácita», (Comentario a la STS de 18 de marzo de 1999), en *CCJC*, núm. 51, 1999, pp. 973 y ss.
- GUASCH MARTORELL, Rafael: «La doctrina de la infracapitalización: aproximación conceptual a la infracapitalización de sociedades», en *RDM*, núm. 234, 1999, pp. 1489 y ss.
- HERNÁNDEZ SAINZ, Esther y LARGO GIL, Rita: «Las sociedades de reafianzamiento», en *RDS*, núm. 13, 1999, pp. 61 y ss.
- LARGO GIL, Rita y HERNÁNDEZ SAINZ, Esther: «Las sociedades de reafianzamiento», en *RDS*, núm. 13, 1999, pp. 61 y ss.
- LLOBREGAT HURTADO, M.<sup>a</sup> Luisa: «Régimen económico de las sociedades cooperativas en el marco de la nueva Ley General de Cooperativas de 16 de julio de 1999 (BOE de 17 de julio)», en *RDS*, núm. 13, 1999, pp. 190 y ss.
- MARROQUÍN PARRA, Francisco y PEDRO MORO, José Luis de: «La diligencia y lealtad en la actuación de los administradores de las Sociedades Anónimas», en *La Ley*, 1999-4, D-188.

- MATA Y MARTÍN, Ricardo M.: «Responsabilidad penal del administrador societario desleal. Estudio del delito del artículo 295 del Código Penal», en *RDS*, núm. 13, 1999, pp. 141 y ss.
- MERCADAL VIDAL, Francisco: «Constitución de una hipoteca de máximo sobre una finca integrante del patrimonio social por el administrador único de una sociedad de responsabilidad limitada en garantía de una deuda ajena y sin acreditarse la autorización o la ratificación de la Junta general», (Comentario a la RDGRN de 17 de noviembre de 1998), en *CCJC*, núm. 50, 1999, pp. 629 y ss.
- MONTEAGUDO, Montiano: «Reclamación de cantidad debida por una sociedad anónima. Responsabilidad solidaria del administrador por las obligaciones sociales ex artículo 262.5 LSA de 22 de diciembre de 1989», (Comentario a la STS de 29 de abril de 1999), en *CCJC*, núm. 51, 1999, pp. 1067 y ss.
- MORILLAS JARILLO, María José: «La nueva regulación estatal de las sociedades cooperativas», en *DN*, diciembre 1999, pp. 1 y ss.
- NEILA NEILA, José M.<sup>a</sup>: «A vueltas sobre la cláusula estatutaria de sometimiento a arbitraje en la impugnación de los acuerdos sociales», en *La Ley*, 1999-3, D-179.
- OLIVENCIA RUIZ, Manuel: «Reglas de conducta de los consejeros y funcionamiento de los consejos de administración», en *AAMN*, t. XXXVIII, pp. 341 y ss.
- PALA LAGUNA, Emilio: «Reducción del capital social para compensar pérdidas existiendo acciones no liberadas», en *La Ley*, 1999-1, D-37.
- PASTOR SEMPERE, Carmen: «Principales novedades de la nueva Ley 27/1999, de 16 de julio, general de Cooperativas», en *RDS*, núm. 13, 1999, pp. 229 y ss.
- PEDRO MORO, José Luis de y MARROQUÍN PARRA, Francisco: «La diligencia y lealtad en la actuación de los administradores de las Sociedades Anónimas», en *La Ley*, 1999-4, D-188.
- RECALDE CASTELLS, Andrés: «La reforma de las sociedades cotizadas», en *RDS*, núm. 13, 1999, pp. 172 y ss.
- RUIZ-RICO RUIZ, Catalina: «Examen del artículo 128 de la LSRL: la contratación del socio único con la sociedad unipersonal», en *RJNot.*, núm. 21, 1997, pp. 227 y ss.
- SALINAS ADELANTADO, Carlos y VICENT CHULIÁ, Francisco: «Derecho de sociedades y mercado de valores (Cambios en la Ley de Sociedades Anónimas introducidos por las Leyes 37/1998, de 16 de noviembre, de reforma de la Ley 24/1998, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y 50/1988, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social», en *La Ley*, 1999-2, D-105.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando: «De nuevo sobre la regulación de los grupos de sociedades», en *RDBB*, núm. 77, 2000, pp. 7 y ss.

- SÁNCHEZ GARCÍA, Roberto: «Breves notas sobre la sindicación de acciones en las Sociedades Anónimas», en *RJNot.*, núm. 24, 1997, pp. 155 y ss.
- TAPIA HERMIDA, Alberto Javier: «Las obligaciones convertibles», en *RDS*, núm. 13, 1999, pp. 95 y ss.
- TAPIA HERMIDA, Antonio: «La responsabilidad (administrativa y civil) de los administradores y directores generales de las sociedades y agencias de valores», en *RDBB*, núm. 77, 2000, pp. 65 y ss.
- TENA PIAZUELO, Isaac: «Aproximación al origen histórico de la sociedad en el Derecho romano», en *RJNot.*, núm. 23, 1997, pp. 193 y ss.
- TIRADO SUÁREZ, Francisco Javier: «El capital social y el fondo mutual en las Entidades aseguradoras», en *RDBB*, núm. 77, 2000, pp. 161 y ss.
- TRUJILLO DÍEZ, Iván Jesús: «Cooperativa agrícola: adelanto de ciertas cantidades a cuenta de la campaña de la aceituna; contrato de cuenta corriente; relaciones mutualistas entre la cooperativa y sus socios; deuda de intereses no pactados», (Comentario a la STS de 26 de marzo de 1999), en *CCJC*, núm. 51, 1999, pp. 1001 y ss.
- TUSQUETS TRÍAS DE BES, Francisco: «La profesionalización de los cargos directivos en la nueva Ley de Cooperativas», en *RGD*, enero-febrero 2000, pp. 49 y ss.
- VELAZ NEGUERUELA, José Luis: «El límite a la responsabilidad de los administradores de las empresas», en *La Ley*, 1999-3, D-165.
- VICENTE CHULIÁ, Francisco: «Una doctrina inquietante: la nulidad de los acuerdos sociales por defectuosa ejecución», en *La Ley*, 1999-1, D-51.
- «La Ley 27/1999 de 16 de julio de Cooperativas Estatal», en *RGD*, diciembre 1999, pp. 14561 y ss.
- VICENT CHULIÁ, Francisco y SALINAS ADELANTADO, Carlos: «Derecho de sociedades y mercado de valores (Cambios en la Ley de Sociedades Anónimas introducidos por las Leyes 37/1998 de 16 de noviembre, de reforma de la Ley 24/1998 de 28 de julio, del Mercado de Valores y 50/1988 de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social», en *La Ley*, 1999-2, D-105.

## INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRÁFICO

- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: «Derecho bancario», en *RJE*, núm. 2, 2000, pp. 283 y ss.
- ARRANZ PUMAR, Gregorio: «Comunidades Autónomas y Ley del Mercado de Valores. Una introducción al estudio del reparto competencial», en *DN*, enero 2000, pp. 1 y ss.
- DÍAZ RUIZ, Emilio: «Condiciones generales bancarias y defensa de la competencia», en *RDBB*, núm. 77, 2000, pp. 189 y ss.

- FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, Alejandro: «La protección del inversor y la responsabilidad administrativa de los administradores y directivos por infracciones de la normativa del Mercado de Valores», en *RDBB*, núm. 76, 1999, pp. 65 y ss.
- LUNAS DÍAZ, María José: «La proyección de los fines de la segunda Directiva bancaria a través de los conceptos de entidad de crédito y fondos reembolsables», en *La Ley*, 1999-2, D-86.
- MAESTRE CASAS, Pilar: «Compatibilidad de las normas bancarias uniformes con el derecho comunitario de la competencia (Comentario a la sentencia del TJCE de 21 de enero de 1999)», en *La Ley*, 1999-2, D-114.
- PETIT LAVALL, M.<sup>a</sup> Victoria: «La unilateralidad en la determinación del tipo de interés por las entidades de crédito», en *RDBB*, núm. 76, 1999, pp. 169 y ss.
- SALINAS ADELANTADO, Carlos: «El principio de concentración de las operaciones bursátiles: el impacto de la Ley 37/1998 de reforma de la Ley del Mercado de Valores», en *RDBB*, núm. 76, 1999, pp. 7 y ss.
- «Derecho de sociedades y mercado de valores (Cambios en la Ley de Sociedades Anónimas introducidos por las Leyes 37/1998, de 16 de noviembre, de reforma de la Ley 24/1998, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y 50/1988, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social», en *La Ley*, 1999-2, D-105.
- TAPIA HERMIDA, Alberto Javier: «Los fondos de titulación de activos y sus sociedades gestoras. Comentario urgente del Real Decreto 926/1998», en *RDBB*, núm. 77, 1999, pp. 119 y ss.
- TAPIA HERMIDA, Antonio: «La responsabilidad (administrativa y civil) de los administradores y directores generales de las sociedades y agencias de valores», en *RDBB*, núm. 77, 2000, pp. 65 y ss.
- VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo M.<sup>a</sup>: «Los mercados secundarios oficiales de futuros y opciones: algunos aspectos contractuales», en *RDBB*, núm. 76, 1999, pp. 39 y ss.

## CONTRATOS MERCANTILES

- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: «El derecho de las condiciones generales y las cláusulas predisuestas», en *RJC*, núm. 1, 2000, pp. 9 y ss.
- BALANSÓ ZAPATER, Ricardo: «Apuntes doctrinales y jurisprudenciales acerca de la problemática existente por la firma de pagarés en blanco como garantía de contratos mercantiles sin intervención de corredor de comercio», en *RJC*, núm. 1, 2000, pp. 145 y ss.
- CREMADES, Bernardo M.: «Convenio de Bruselas y arbitraje», en *La Ley*, 1999-2, D-67.



CUEVILLAS MATOZZI, Ignacio de: «El concepto de oferta contractual en el comercio internacional: un análisis de los Principios de UNIDROIT desde la perspectiva del Derecho privado español», en *Actualidad Civil*, 1999, pp. 1387 y ss.

DÍAZ RUIZ, Emilio: «Irreivindicabilidad de los bienes adquiridos en ferias y mercados», en *RDM*, núm. 233, 1999, pp. 1117 y ss.

EMPARANZA, Alberto: «Un intento desencaminado de reformar el régimen jurídico del transporte por carretera: la Orden de 25 de abril de 1997», en *DN*, marzo 2000, pp. 1 y ss.

ESPINOSA CALABUIG, Rosario: «Las cláusulas de jurisdicción en los conocimientos de embarque y el artículo 17 del Convenio de Bruselas», en *La Ley*, 1999-4, D-208.

FERNÁNDEZ DOMINGO, Jesús Ignacio: «La contratación electrónica y el Real Decreto-Ley 14/1999 sobre firma electrónica», en *Actualidad Civil*, 2000, pp. 527 y ss.

JUAN Y MATEU, F. y MARTÍNEZ SANZ, F.: «El nuevo régimen jurídico de las cláusulas de resolución por el empresario en la contratación con consumidores», en *RDM*, núm. 234, 1999, pp. 1469 y ss.

LETE ACHIRICA, Javier: «La Directiva sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo de 25 de mayo de 1999 y su transposición en el Derecho español», en *Actualidad Civil*, 1999, pp. 1365 y ss.

LEYVA SAAVEDRA, José: «El contrato de *factoring*», en *DN*, noviembre 1999, pp. 1 y ss.

Análisis del denominado contrato de «*factoring*», por el que las empresas productoras de bienes o suministradoras de servicios transfieren a empresas especializadas la gestión y el cobro de los créditos provenientes de su actividad empresarial y, por regla general, el riesgo de insolvencia de los deudores, gozando, al mismo tiempo, de financiación y asistencia técnica en otros sectores. Se trata de una forma de colaboración empresarial en la que la empresa «*factorada*» produce, elige y vende, mientras que la empresa «*factora*» financia, asegura y cobra.

LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, Carlos: «La nueva regulación del contrato de transporte en Alemania «*Transportrechtsreformgesetz*», en *RDM*, núm. 234, 1999, pp. 1601 y ss.

MARTÍNEZ SANZ, F. y JUAN Y MATEU, F.: «El nuevo régimen jurídico de las cláusulas de resolución por el empresario en la contratación con consumidores», en *RDM*, núm. 234, 1999, pp. 1469 y ss.

PETIT LAVALL, M.<sup>a</sup> Victoria: «La unilateralidad en la determinación del tipo de interés por las entidades de crédito», en *RDBB*, núm. 76, 1999, pp. 169 y ss.

REGLERO CAMPOS, L. Fernando: «Contrato de seguro. La peritación del artículo 38 LCS. Dictamen conjunto de los peritos nombrados por las partes y del tercero perito designado por el Juez», (Comentario a la STS de 5 de junio de 1999), en *CCJC*, núm. 51, 1999, pp. 1211 y ss.

- RUBIDO DE LA TORRE, Carlos: «La protección del consumidor: su marco legal. Especial referencia a la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación», en *Actualidad Civil*, 1999, pp. 1545 y ss. y 2000, pp. 305 y ss.
- TIRADO SUÁREZ, Francisco Javier: «Conveniente –o necesaria– reforma de la Ley de Contrato de Seguro», en *DN*, febrero 2000, pp. 1 y ss.
- VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo M.<sup>a</sup>: «Los mercados secundarios oficiales de futuros y opciones: algunos aspectos contractuales», en *RDBB*, núm. 76, 1999, pp. 39 y ss.
- VATTIER FUENZALIDA, Carlos: «El régimen legal de la firma electrónica», en *Actualidad Civil*, 2000, pp. 411 y ss.
- VIVES MARTÍNEZ, Gemma: «Comentario a las cláusulas abusivas en la Ley de 13 de abril de 1998 de las Condiciones Generales de la Contratación. Tendencias de las Audiencias Provinciales y jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Actualidad Civil*, 1999, pp. 1297 y ss.
- ZUBIRI DE SALINAS, Mercedes: «El plazo de prescripción de las acciones ejercitadas por el consignatario contra el naviero», en *RDM*, núm. 234, 1999, pp. 1589 y ss.

## TÍTULOS VALOR, LETRA DE CAMBIO Y CHEQUE

- BALANSÓ ZAPATER, Ricardo: «Apuntes doctrinales y jurisprudenciales acerca de la problemática existente por la firma de pagarés en blanco como garantía de contratos mercantiles sin intervención de corredor de comercio», en *RJC*, núm. 1, 2000, pp. 145 y ss.
- CORREA DEL CASO, Juan Pablo: «El “juicio cambiario” en el proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil: análisis comparativo con el Derecho alemán, naturaleza jurídica y consideraciones en torno a su futura incidencia práctica en el Derecho español», en *La Ley*, 1999-2, D-70.
- FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, José Luis: «Sobre el párrafo segundo del artículo 53 de la Ley Cambiaria y del Cheque: consideraciones relativas al lugar y a la forma de pago del efecto protestado», en *RJNot.*, núm. 23, 1997, pp. 117 y ss.
- LÓPEZ ORTEGA, R. y PORFIRIO CRAPIO, L. J.: «Aspectos doctrinales y jurisprudenciales sobre los créditos documentarios en las reglas y usos uniformes (Publicación 500 CCI)», en *RDPat.*, núm. 3, 1999, pp. 91 y ss.
- MARCO ALCALÁ, Luis Alberto: «Tercería de mejor derecho. Pólizas intervenidas por corredor de comercio. Preferencia, concurrencia y prelación de créditos entre póliza de contrato de arrendamiento financiero o *leasing* y apertura de crédito. Momento a partir del cual opera la preferencia entre ambas», (Comentario a la STS de 9 de noviembre de 1998), en *CCJC*, núm. 50, 1999, pp. 467 y ss.

- MORO ALMARAZ, M.<sup>a</sup> Jesús: «Pago de lo indebido. Acción de restitución. Inexistencia de transacción y existencia de error en el pago por el librado de la comisión de devolución de letra de cambio no pagada al vencimiento», (Comentario a la STS de 8 de julio de 1999), en *CCJC*, núm. 51, 1999, pp. 1307 y ss.
- PORFIRIO CRAPIO, L. J. y LÓPEZ ORTEGA, R.: «Aspectos doctrinales y jurisprudenciales sobre los créditos documentarios en las reglas y usos uniformes (Publicación 500 CCI)», en *RDPat.*, núm. 3, 1999, pp. 91 y ss.
- TAPIA HERMIDA, Alberto Javier: «Las obligaciones convertibles», en *RDS*, núm. 13, 1999, pp. 95 y ss.
- ZURIMENDI ISLA, Aitor: «Vicisitudes en el libramiento de letras de cambio: requisitos formales y letras incompletas», en *RDM*, núm. 233, 1999, pp. 1051 y ss.

## DERECHO CONCURSAL

- BONET NAVARRO, Ángel: «Competencia judicial funcional para conocer de las cuestiones relativas a la nulidad de los actos producidos dentro del período de retroacción de la quiebra. Nueva perspectiva de la nulidad absoluta de los actos otorgados durante el período de retroacción de la quiebra (ex art. 878.2 del Código de Comercio)», (Comentario a la STS de 5 de junio de 1999), en *CCJC*, núm. 51, pp. 1197 y ss.
- BURUAGA PUERTAS, Vicente: «Delitos económicos en general y en especial los atinentes a quiebras, concursos y suspensiones de pagos y su alcance en la información económico-financiera que deben confeccionar los agentes económicos», en *RGD*, enero-febrero 2000, pp. 585 y ss.
- GARRIDO ESPA, Luis: «La acumulación de juicios y ejecuciones al proceso de quiebra», en *RGD*, enero-febrero 2000, pp. 597 y ss.
- LADRÓN RODA, Teodoro: «Obligaciones contables y derecho concursal», en *RGD*, enero-febrero 2000, pp. 629 y ss.
- SAGRERA TIZÓN, José M.<sup>a</sup>: «Créditos extranjeros no incluidos en el Expediente de Suspensión de Pagos (Comentario al auto de 1 de abril de 1998 de la Audiencia Provincial de Barcelona)», en *RGD*, enero-febrero 2000, pp. 577 y ss.

## DERECHO URBANÍSTICO Y DEL MEDIO AMBIENTE

- AGUDO GONZÁLEZ, Jorge: «Evaluación de impacto ambiental: problemas jurídicos», en *RDU*, núm. 176, 2000, pp. 27 y ss.
- ANTÚNEZ TORRES, Daniel: «Los criterios urbanísticos de valoración y el valor catastral de los inmuebles de naturaleza urbana», en *RDU*, núm. 174, 1999, pp. 123 y ss.

- BAENA GONZÁLEZ, Antonio: «Introducción crítica al anteproyecto de Ley del Suelo de Andalucía», en *RDU*, núm. 175, 2000, pp. 85 y ss.
- CATALÁN SENDER, Jesús: «La urbanización y edificación simultáneas. Especial referencia a la fianza en garantía de la terminación de la urbanización», en *RDU*, núm. 175, 2000, pp. 53 y ss.
- CHINCHILLA PEINADO, Juan Antonio: «La reversión expropiatoria (Breves acotaciones)», en *RDU*, núm. 173, 1999, pp. 73 y ss.
- EVANGELIO LLORCA, Raquel: «La protección interdictal contra inmisiones excesivas», en *Actualidad Civil*, 2000, pp. 549 y ss.
- GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, José Luis: «La catástrofe Arias», en *RDU*, núm. 174, 1999, pp. 11 y ss.
- El autor aborda aquí dos cuestiones: el práctico abandono de la idea de una Ley común del suelo y la desregulación en materia de urbanismo.
- «El suelo para sistemas generales no se cede gratuitamente jamás (II)», en *RDU*, núm. 175, 2000, pp. 13 y ss.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago: «Policía urbanística y reforma interior de las ciudades», en *RDU*, núm. 175, 2000, pp. 17 y ss.
- GOYANES LÓPEZ, Paula: «Ordenación del territorio. Urbanismo en las ciudades de la Unión Europea», en *RJE*, núm. 2, 2000, pp. 237 y ss.
- IGLESIAS GONZÁLEZ, Felipe: «Estudio de reciente jurisprudencia de Tribunales Superiores de Justicia sobre gestión urbanística», en *RDU*, núm. 176, 2000, pp. 11 y ss.
- LORA-TAMAYO VALLVÉ, Marta: «Autonomía local y poder autonómico de sustitución (Comentario a la STC 11/1999, de 11 de febrero, y aplicabilidad a otros preceptos de normativas autonómicas)», en *RDU*, núm. 173, 1999, pp. 93 y ss.
- MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis: «La protección civil del medio ambiente», en *Actualidad Civil*, 2000, pp. 17 y ss.
- OÑORO VALENCIANO, Ana: «Crónica de jurisprudencia reciente de Tribunales Superiores de Justicia sobre costas», en *RDU*, núm. 176, 2000, pp. 131 y ss.
- PÉREZ MARTOS, José: «Ordenación minera y medio ambiente. La intervención preventiva de las administraciones públicas en la explotación y aprovechamiento de los recursos de la Sección A) de la Ley de Minas», en *RDU*, núm. 175, 2000, pp. 137 y ss.
- PORTO REY, Enrique: «El desarrollo de la normativa urbanística en las Comunidades Autónomas y su relación con la ordenación de zonas inundables», en *RDU*, núm. 175, 2000, pp. 27 y ss.
- RENAU FAUBEL, Fernando: «Declaración del impacto ambiental y planeamiento urbanístico en el ordenamiento jurídico valenciano», en *RDU*, núm. 174, 1999, pp. 143 y ss.

- RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, Blanca: «Ordenación urbanística, legislación sectorial y medio ambiente», en *RDU*, núm. 176, 2000, pp. 95 y ss.
- ROZADOS OLIVA, Manuel Jesús: «La utilización edificatoria del suelo no urbanizable», en *RDU*, núm. 174, 1999, pp. 81 y ss.
- SALLARES, Joaquim: «El proyecto de urbanización. Consideraciones jurídicas sobre su relación con el planeamiento y los instrumentos de gestión urbanística», en *RGD*, abril 2000, pp. 3827 y ss.
- SÁNCHEZ GOYANES, Enrique: «Urbanismo y protección del paisaje. Las (mal) llamadas (y peor entendidas) Normas de Aplicación Directa. Anulación por el TSJ de Cantabria de licencia para 17 viviendas junto a la costa de Liencres», en *RDU*, núm. 173, 1999, pp. 11 y ss.
- VALDÉS CAO, José: «La protección de la legalidad urbanística en el Principado de Asturias», en *RDU*, núm. 174, 1999, pp. 19 y ss.

## DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

- ANCOS FRANCO, Helena: «La regulación de las transferencias internacionales de datos como barrera al comercio internacional: de la Directiva 95/46 a los acuerdos UE-terceros Estados», en *RDCE*, núm. 6, 1999, pp. 497 y ss.
- ANDRÉS DOMINGUEZ, Ana Cristina: «Los daños informáticos en la Unión Europea», en *La Ley*, 1999-1, D-31.
- ARNALDO ALCUBILLA, Enrique: «La ciudadanía europea», en *AAMN*, t. XXXVIII, pp. 75 y ss.
- BARUTEL MANAUT, Carles: «La Recomendación 97/489 de la Comisión de la Unión Europea (UE). Novedades que incorpora», en *RGD*, marzo 2000, pp. 1903 y ss.
- Estudio de la Recomendación de 30 de julio de 1997, relativa a la transacciones efectuadas mediante instrumentos electrónicos de pago, en particular, a las relaciones entre emisores y titulares de tales instrumentos.
- CABRILLO, Francisco: «La regulación de la defensa de la competencia en una economía en transformación», en *GJ*, diciembre 1999, pp. 62 y ss.
- CASADO CERVIÑO, Alberto: «La defensa de la marca comunitaria», en *EDJ*, núm. 19, 1999, pp. 255 y ss.
- ESLAVA RODRÍGUEZ, Manuela: «Algunas manifestaciones de los procesos de liberalización y privatización en el comercio internacional», en *GJ*, enero-febrero 2000, pp. 120 y ss.
- El objeto del estudio reside en mostrar la incidencia del mercado liberal comunitario europeo sobre determinados aspectos del comercio internacional.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Juan Manuel: «Tribunales de Marcas Comunitarias», en *EDJ*, núm. 19, 1999, pp. 285 y ss.

- GARCIMARTÍN, Francisco: «Cuando la normativa de conflicto vale millones de dólares: el artículo 9.2 de la Directiva 98/26 y su desarrollo por el legislador español», en *RDCE*, núm. 6, 1999, pp. 395 y ss.
- GONZÁLEZ BUENO CATALÁN DE OCÓN, Carlos: «La designación en España de los Tribunales de Marcas Comunitarias», en *EDJ*, núm. 19, 1999, pp. 273 y ss.
- GONZÁLEZ VAQUÉ, Luis: «El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas confirma y precisa su jurisprudencia relativa a la lengua obligatoria en el etiquetado: la sentencia *Colim NV*», en *RDCE*, núm. 6, 1999, pp. 429 y ss.
- LETE ACHIRICA, Javier: «La Directiva sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo de 25 de mayo de 1999 y su transposición en el Derecho español», en *Actualidad Civil*, 1999, pp. 1365 y ss.
- «La regulación de la venta a distancia de servicios financieros en la Comunidad Europea ¿una apuesta de futuro?, en *La Ley*, 1999-2, D-113.
- LUNAS DÍAZ, María José: «La proyección de los fines de la segunda Directiva bancaria a través de los conceptos de entidad de crédito y fondos reembolsables», en *La Ley*, 1999-2, D-86.
- MAESTRE CASAS, Pilar: «Compatibilidad de las normas bancarias uniformes con el derecho comunitario de la competencia (Comentario a la sentencia del TJCE de 21 de enero de 1999)», en *La Ley*, 1999-2, D-114.
- MAGAS MARTÍN, Araceli: «Libre circulación y residencia de los ciudadanos de la UE: una aproximación a las dificultades de la movilidad», en *GJ*, diciembre 1999, pp. 9 y ss.
- MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, Jerónimo: «¿En qué medida los particulares pueden sufrir perjuicios derivados de una Directiva?, en *GJ*, diciembre 1999, pp. 37 y ss.
- MATEU, Isabel: «Aspectos concretos de la contratación pública en el Derecho comunitario y en la Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas: el contrato de suministros», en *RGD*, abril 2000, pp. 4391 y ss.
- MATTERA, Alfonso: «El Reglamento número 2679: un instrumento de intervención rápida para salvaguardar la unidad del Mercado interior», en *GJ*, diciembre 1999, pp. 21 y ss.
- MEDRANO CABALLERO, Ignacio de: «El Derecho Comunitario de marcas: la noción de riesgo de confusión», en *RDM*, núm. 234, 1999, pp. 1515 y ss.
- VIDAL MARTÍNEZ, Patricia: «Novedades jurisprudenciales del TJCE en materia de agotamiento del derecho de marca», en *RGD*, marzo 2000, pp. 2377 y ss.
- VILLORIA RIVERA, Íñigo: «La responsabilidad del Poder Legislativo en el Derecho español. Repercusiones de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre responsabilidad de los poderes públicos», en *La Ley*, 1999-2, D-101.

## DERECHO PROCESAL

- ARANGÜENA FANEGO, Coral: «El procedimiento de apremio sobre bienes muebles en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, 1999-3, D-150.
- AZPARREN LUCAS, Agustín: «El control jurisdiccional», en *RJNot.*, núm. 24, 1997, pp. 9 y ss.
- BARBANCHO TOVILLAS, Francisco J.: «Estudio del proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», en *EDJ*, núm. 17, tomo I, 1999, pp. 439 y ss.
- BONET NAVARRO, Ángel: «Conformidad de las sentencias de primera y segunda instancia en pleitos de cuantía inestimable o indeterminada; supuestos de procedencia e improcedencia del recurso de casación. Desestimación del recurso por concurrir una causa de inadmisión no estimada en el trámite de admisión del recurso», (Comentario a la STS de 29 de diciembre de 1998), en *CCJC*, núm. 50, 1999, pp. 733 y ss.
- BUSTO LAGO, José Manuel: «Competencia legislativa de las Comunidades Autónomas sobre las necesarias especialidades procesales que se derivan de su Derecho sustantivo propio (Comentario a la STC 127/1999, de 1 de julio)», en *DPC*, enero-diciembre 1999, pp. 81 y ss.
- CACHÓN CADENAS, Manuel: «Jurisdicción, partes y actos procesales», en *EDJ*, núm. 17, tomo I, 1999, pp. 337 y ss.
- CANO BAZAGA, Elena: «Algunos apuntes sobre la progresiva configuración de la litispendencia en los Convenios de Bruselas y de Lugano. El nuevo artículo 23 bis del Convenio revisado», en *RGD*, abril 2000, pp. 4293 y ss.
- CARRASCO DURÁN, Manuel: «Supuestos problemáticos de la articulación entre los procesos judiciales y el recurso de amparo», en *La Ley*, 1999-2, D-74.
- CHOCRON GIRALDEZ, Ana M.<sup>a</sup>: «El recurso de casación en interés de ley (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1998)», en *La Ley*, 1999-3, D-136.
- CORREA DEL CASSO, Juan Pablo: «El proceso monitorio de la nueva Ley de Propiedad Horizontal: indicaciones prácticas de aplicación en aras a salvaguardar su constitucionalidad parcial», en *La Ley*, 1999-2, D-111.
- «El “juicio cambiario” en el proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil: análisis comparativo con el Derecho alemán, naturaleza jurídica y consideraciones en torno a su futura incidencia práctica en el Derecho español», en *La Ley*, 1999-2, D-70.
- DAMIÁN MORENO, Juan: «Observaciones en torno a la fase de alegaciones en el proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, 1999-1, D-1.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés: «El Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, de 30 de octubre de 1998, y la protección del crédito: ejecución provisional y proceso monitorio», en *La Ley*, 1999-2, D-57.

- DÍAZ MARTÍN, Fernando Ricardo: «La ejecución provisional de resoluciones judiciales en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, 1999-3, D-146.
- DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel: «Aspectos procesales de la nueva Ley 8/1999 de 6 de abril, sobre Propiedad Horizontal», en *La Ley*, 1999-2, D-109.
- DÍAZ MÉNDEZ, Nicolás: «Aspectos procesales de la nueva Ley 8/1999 de 6 de abril, sobre Propiedad Horizontal», en *La Ley*, 1999-2, D-109.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio: «Un nuevo apunte sobre el tema de la colaboración de la Administración tributaria con los órganos judiciales», en *La Ley*, 1999-2, D-108.
- DREYZIN DE KLOR, Adriana: «El protocolo de MERCOSUR sobre cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa con particular referencia al reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales», en *RGD*, abril 2000, pp. 4321 y ss.
- FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier: «El régimen de la prueba en el proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», en *EDJ*, núm. 17, t. I, pp. 123 y ss.
- FLORS MATÍESX, José: «Los recursos en el proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil (con excepción del de casación)», en *EDJ*, núm. 17, t. I, 1999, pp. 75 y ss.
- GARNICA MARTÍN, Juan F.: «El principio *iura novit curia* y la determinación del objeto del proceso en el proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, 1999-1, D-28.
- «Los procesos declarativos ordinarios en el proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, 1999-2, D-90.
- GASCÓN INCHAUSTI, Fernando: «Acceso a casación de resoluciones dictadas en juicio de menor cuantía: resumen jurisprudencial», en *La Ley*, 1999-3, D-169.
- GIMENÉZ SÁNCHEZ, Itziar: «Reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita (Análisis de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita)», en *RPJ*, núm. 53, 1999, pp. 169 y ss.
- GIMENO SENDRA, Vicente: «Observaciones al Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil desde el Derecho Procesal Europeo», en *La Ley*, 1999-1, D-41.
- GUIOTE ORDÓÑEZ, José Antonio: «Los procesos ordinarios en el proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», en *EDJ*, núm. 17, tomo I, 1999, pp. 393 y ss.
- JIMENO BULNES, Mar: «Aspectos generales de la ejecución forzosa: aportaciones del nuevo Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, 1999-1, D-34.
- LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás: «El litisconsorcio necesario en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, 1999-3, D-137.
- LUCES GIL, Francisco: «Los nuevos procesos de la Ley de Propiedad Horizontal», en *Actualidad Civil*, 2000, pp. 421 y ss.



- MARTÍN MARTÍN, José Antonio: «Los procesos especiales de declaración y ejecución», en *EDJ*, núm. 17, tomo I, 1999, pp. 305 y ss.
- MASSAGUER, José: «Aspectos procesales de la acción de competencia desleal: prescripción y competencia territorial», en *EDJ*, núm. 19, 1999, pp. 179 y ss.
- MEDINA CEPERO, Juan Ramón: «El sistema de nulidades procesales: una superación de los llamados artículos de previo pronunciamiento», en *RGD*, marzo 2000, pp. 1887 y ss.
- NABAL RECIO, Antonio: «Crítica de nuestro sistema procesal», en *RPJ*, núm. 83, 1999, pp. 203 y ss.
- PÉREZ DAUDI, Vicente: «El proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil y las medidas cautelares en el proceso de propiedad industrial», en *La Ley*, 1999-1, D-18
- PICO I JUNOY, Joan: «La prueba en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, 1999-3, D-119.
- PUEBLA POVEDANO, Antonio: «La ejecución en el proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», en *EDJ*, núm. 17, t. I, 1999, pp. 227 y ss.
- REBOLLO GONZÁLEZ, Juan Carlos: «El sistema convencional en la ejecución de laudos arbitrales extranjeros», en *RPJ*, núm. 53, 1999, pp. 343 y ss.
- RUIZ MORENO, José M.<sup>a</sup>: «Algunas dudas que suscita la prestación de fianza en relación al otorgamiento de la tutela cautelar civil», en *La Ley*, 1999-1, D-10.
- VALLS GOMBAU, José Francisco: «Las medidas cautelares en el proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», en *EDJ*, núm. 17, t. I, 1999, pp. 15 y ss.
- YÁÑEZ VELASCO, Ricardo: «Lectura constitucional de la ejecución provisional civil», en *RGD*, marzo 2000, pp. 1921 y ss.

ABREVIATURAS

AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial
DN	Derecho de los Negocios
DPC	Derecho Privado y Constitución
EDJ	Estudios de Derecho Judicial
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDCE	Revista de Derecho Comunitario Europeo
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDPat.	Revista de Derecho Patrimonial
RDP	Revista de Derecho Privado
RDS	Revista de Derecho de Sociedades
RDU	Revista de Derecho Urbanístico
RGD	Revista General de Derecho
RJC	Revista Jurídica de Catalunya
RJN	Revista Jurídica de Navarra
RJNot.	Revista Jurídica del Notariado
RPJ	Revista del Poder Judicial

REVISTAS QUE SE CITAN SIN ABREVIAR

Actualidad Civil  
La Ley



# RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO SOBRE EL ESTADO CIVIL (AÑO 1999)

ISABEL ARANA DE LA FUENTE  
Universidad Autónoma de Madrid

## 1. ORGANIZACIÓN DEL REGISTRO CIVIL

### Utilización del catalán en el Registro Civil.

- No cabe extender en catalán una inscripción de nacimiento.
- Las certificaciones literales y en extracto pueden redactarse en catalán.
- No cabe consignar que el nacido tiene la condición política de catalán, a diferencia de lo que ocurre con sus padres.

### Resolución de la DGRN de 28 de octubre de 1999

#### HECHOS:

Con fecha 20 de marzo de 1998, ante el Registro Civil de L. (Cataluña), don J. P. i S. solicitó: que se practique en catalán la inscripción de nacimiento de su hija no matrimonial N, nacida en esa ciudad el 12 del mismo mes; que se intercale la conjunción «i» entre los apellidos paterno y materno; que se respete la forma catalana de los antropónimos y topónimos consignados en su declaración; que no se utilice en la actuación registral la expresión «extramatrimonial», o cualquier otra de matiz vejatorio, y que si por imperativo legal se tuviera que usar cualquier expresión calificadora de la filiación se utilice el término legal «no matrimonial»; que quede constancia en la inscripción de la vecindad civil catalana y de la condición nacional catalana de la recién nacida; que las referencias legales que se hagan en las inscripciones de otros asientos lo sean a la legislación vigente en Catalunya, singularmente a la Ley Catalana 7/1991, de 27 de abril, de filiaciones, y no al Código Civil que en materia de filiaciones no es aplicable en Catalunya dada la regulación tan completa del Derecho catalán; que el procedimiento registral y las comunicaciones que haya de recibir se hagan en lengua catalana; que se redacten en catalán los datos del libro de familia y, si procede, los documentos que de ellos se deriven.

La Juez Encargada dictó providencia el 21 de marzo de 1998, que notificó al promotor acompañando certificación literal de la inscripción practicada en castellano «por ser esta lengua en que han de practicarse las actuaciones registrales». El promotor presentó, el día 30 de julio, recurso ante la DGRN, cuya tramitación estuvo suspendida hasta que, para cumplimentar el requerimiento del promotor, se tradujeron al catalán las resoluciones del Registro Civil, y en el que el recurrente alegaba que sus peticiones eran:

- 1) Que se vuelva a hacer en lengua catalana la inscripción del nacimiento de su hija, de manera que, si no hay hojas en los libros de inscripción en catalán, se inscriba manuscritamente la traducción al catalán encima del texto impreso y se cumplimenten exclusivamente en lengua catalana los espacios en blanco y que se anule la inscripción practicada en castellano;
- 2) que se aclare la posibilidad de inscripción u observación de las otras

peticiones formuladas; 3) que se ordene al órgano competente del Registro Civil de L. que se expida íntegramente en lengua catalana un certificado literal de nacimiento de su hija; 4) que se revise de oficio o se revoque la resolución de 27 de junio de 1998 de la DGRN sobre uso del catalán en el Registro Civil y otras resoluciones de un contenido similar que pueda haber, puesto que infringen el ordenamiento jurídico.

Mediante escrito de 30 de marzo de 1998, el repetido señor solicitó del citado Registro 1) que se expidieran en lengua catalana (el contenido íntegro de la inscripción) tres certificados literales de nacimiento de su hija; 2) que para conocer el idioma y el contenido originales de la inscripción, se le expida un certificado literal de nacimiento de su hija mediante fotocopia de la hoja de la inscripción con la diligencia de certificación en lengua catalana; 3) que se le expidan íntegramente en lengua catalana tres certificados en extracto de nacimiento de su hija. El sintagma «íntegramente en lengua catalana» debe interpretarse en el sentido de cumplimentar en esta lengua los espacios en blanco o sin imprimir si se imponen los impresos bilingües; 4) que se hagan en lengua catalana el procedimiento, la resolución denegatoria total o parcial, si procede, y las comunicaciones que se deriven de esta solicitud.

La Juez Encargada dictó providencia el 21 de mayo de 1998 por la que ordena se proceda a expedir tres certificaciones literales de nacimiento de N. P. i S., señalando que el contenido íntegro de dichas certificaciones no puede redactarse en lengua catalana y, en cuanto a la solicitud de certificaciones en extracto, que procede expedirlas de conformidad con los impresos bilingües existentes, si bien en los espacios en blanco, al certificar datos de la inscripción de nacimiento, se rellenarán en castellano, al ser ésta la lengua propia de las actuaciones del Registro Civil. También frente a esta decisión interpuso el promotor recurso ante la DGRN, con fecha 31 de julio de 1998, suspendiéndose su tramitación hasta que, para cumplimentar el requerimiento del promotor, se tradujeron al catalán las resoluciones del Registro Civil.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 3, 14 y 149 de la Constitución; 3 y 6 del Estatuto de Autonomía de Cataluña; la Ley catalana 1/1998 de Política Lingüística; los artículos 16, 86, 194, 298, 300 y 347 del Reglamento del Registro Civil; las Órdenes Ministeriales de 26 de mayo de 1988, 20 de julio de 1989 y 21 de enero de 1993; las sentencias del Tribunal Constitucional 82, 83 y 84/1989, 56/1990, 337/1994 y 87/1997; la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.<sup>a</sup>) de 26 de enero de 1993; las Circulares de 26 de noviembre de 1980 y de 1 de marzo de 1984, y las Resoluciones de 6 de noviembre de 1980, 22 de noviembre de 1985, 20 de octubre de 1987, 27 de junio de 1988, 16 de agosto de 1993, 15 de febrero de 1994, 26 de octubre de 1996, 10 de enero y 2 de julio de 1997, y 5 de septiembre de 1998.

II. Dada la íntima conexión entre los recursos entablados, se procede a su acumulación de oficio y se aborda la cuestión principal: ¿es posible que se redacte en catalán una inscripción de nacimiento?

Para resolver esta cuestión, como todas las relativas a la utilización del catalán en el Registro Civil, hay que partir de la base de que, con arreglo al artículo 149 de la Constitución, la materia concerniente a la ordenación de los Registros es la competencia exclusiva del Estado y de que el Registro Civil es, sin duda y de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, uno de

estos Registros de competencia estatal, lo que explica que el Estatuto de Autonomía de Cataluña no contenga ninguna referencia al Registro Civil. No debe inducir a confusión que el artículo 17 de la Ley catalana de política lingüística disponga que los asientos de los Registros públicos en Cataluña se harán en la lengua oficial en que esté redactado el documento o hecha la manifestación, porque este precepto ha de interpretarse, so pena de admitir una extralimitación anticonstitucional de competencias, en el sentido de que se refiere exclusivamente a los Registros públicos dependientes de la Generalidad de Cataluña, pero no al Registro Civil de competencia estatal (cfr. Informe del Sindic de Greuges). Esta interpretación está avalada por la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la lengua del Registro Mercantil (sentencia núm. 87, de 29 de abril de 1997) y por la propia Ley catalana de 1998 que, en su artículo 2.2-b), establece que el catalán es «la lengua preferentemente empleada por la Administración del Estado en Cataluña *en la forma que ella misma determine*», de modo que, siendo el Registro Civil un órgano dependiente de la Administración Central del Estado, únicamente las normas estatales tienen competencia para decidir que los asientos del Registro Civil se redacten en catalán. Es significativo a estos efectos que el artículo 17.2 de la Ley catalana emplee la expresión «registros públicos de Cataluña», pues esta referencia a Cataluña, que no se contiene en otros artículos del Capítulo I de la Ley, sólo cobra sentido si se parte de la base de que en Cataluña, junto a los registros públicos de Cataluña, hay registros públicos del Estado.

III. Hay que reconocer que en la medida de lo posible el Gobierno, el Ministerio de Justicia y la Dirección General de los Registros han procurado, en el ámbito de sus respectivas competencias, hacer efectivo dentro del Registro Civil el principio constitucional de cooficialidad o doble oficialidad del castellano y del idioma oficial propio en el territorio de determinadas Comunidades Autónomas. Así, el Real Decreto 628/1987, de 8 de mayo, dio nueva redacción al artículo 86 del Reglamento del Registro Civil a fin de permitir que, dentro del territorio de estas Comunidades Autónomas, pudieran presentarse al Registro Civil documentos redactados en su idioma oficial propio, sin traducción al castellano; las Órdenes Ministeriales de 26 de mayo de 1988, 20 de julio de 1989 y 21 de enero de 1993 han aprobado los correspondientes modelos oficiales bilingües para todos los impresos relacionados con el Registro Civil, y la Circular de 1 de marzo de 1984 ha aprobado también un modelo bilingüe para la expedición de certificaciones literales de este Registro.

IV. No hay, pues, norma estatal que permita que una inscripción de nacimiento se redacte en catalán, ni razones bastantes por el momento para llegar a esta medida. El empleo de la lengua oficial autonómica en las actas mismas del Registro Civil va en contradicción con el principio implícito en la Ley y en el Reglamento del Registro Civil, y explícito en varios de sus preceptos, sobre utilización exclusiva del castellano; este principio no puede estimarse derogado por ninguna norma posterior, teniendo en cuenta el carácter estatal del Registro Civil y su deseable eficacia nacional e internacional y, especialmente, porque una vez reconocido el derecho de los catalanes para utilizar el catalán en todas sus relaciones con el Registro Civil, no queda coartado en modo alguno su derecho porque el texto de las actas haya de redactarse en castellano, ante el deber de conocer esta lengua establecido para todos los españoles por el artículo 3.1 de la Constitución. Recuérdese que, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, contenida fundamentalmente en las sentencias 82, 83 y 84 de 26 de junio de 1986 y en la más reciente sentencia 87 de 29 de abril

de 1997, el derecho de los catalanes a utilizar su lengua propia se limita a su uso en sus relaciones con todas las Administraciones Públicas y a recibir respuestas en su misma lengua, y no se extiende a la circunstancia de que la lengua interna de organización de un Registro estatal sea el castellano.

V. Estas últimas consideraciones dan la pauta para resolver otra de las cuestiones planteadas como es la lengua en que deben redactarse las certificaciones literales y en extracto solicitadas por el interesado. Si, según la doctrina recordada del Tribunal Constitucional, los catalanes tienen derecho a recibir en catalán respuestas de las Administraciones Públicas, también han de tener derecho a obtener certificaciones literales de las inscripciones del Registro Civil en catalán, bien se haga la traducción en el propio Registro, bien se realice por el órgano competente de la Generalidad de Cataluña. Del mismo modo también el interesado tiene derecho a obtener certificaciones en extracto en catalán, con las mismas posibilidades de traducción, y rellenándose en catalán, pues así lo pide, los espacios en blanco de los impresos oficiales bilingües hoy aprobados.

VI. Varias de las otras peticiones contenidas en el recurso ya han sido satisfechas según resulta del texto de la inscripción de nacimiento practicada. Así ocurre con la grafía catalana de los topónimos y antropónimos; con la utilización de la partícula «i» entre los apellidos; con la referencia a la vecindad civil; con la utilización de la expresión filiación o matrimonial y con la referencia a la Ley catalana, entonces vigente, de filiaciones. En cuanto a la petición de que conste en el asiento la condición política autonómica de catalana de la nacida, hay que estimar que ello no es posible, porque, si bien se puede completar el asiento para hacer constar que los padres son catalanes por tener la correspondiente vecindad administrativa (cfr. art. 6 del Estatuto de Autonomía de Cataluña; la Circular de 26 de noviembre de 1980 y la Resolución de 26-2.<sup>a</sup> de octubre de 1996), no ocurre lo mismo con esta condición de la nacida, puesto que no la ostenta en el momento del nacimiento y porque tampoco consta expresamente en la inscripción la nacionalidad española de aquélla.

VII. Finalmente, en cuanto a la petición de que todo el procedimiento y las comunicaciones que reciba el interesado estén redactadas en catalán, este derecho ha de quedar limitado a recibir en catalán el testimonio de los actos resolutorios que le afecten (cfr. art. 13.3 de la Ley catalana de política lingüística sobre actuaciones judiciales, aplicable a este ámbito registral en virtud de remisión contenida en el art. 16 del Reglamento del Registro Civil).

La Dirección General acordó estimar parcialmente los recursos entablados en el único sentido de que se entreguen al recurrente las certificaciones, literales y en extracto, en catalán.

## 2. INSCRIPCIONES DE NACIMIENTO Y DE FILIACIÓN

### 2.1 Inscripción fuera de plazo de nacimiento.

- **La filiación no matrimonial se determina por el reconocimiento voluntario, formal, bilateral y simultáneo de ambos progenitores, por el consentimiento expreso recíproco dado por cada uno de ellos al reconocimiento del otro, cuando la filiación correspondiente está acreditada por la posesión de estado.**

- **La fecha de nacimiento, a falta de otras pruebas, queda fijada por el dictamen médico.**
- **Si se ignora el lugar de nacimiento, hay que atender al primer lugar conocido de estancia del nacido.**

#### **Resolución de la DGRN de 12 de febrero de 1999 (4.ª)**

#### **HECHOS:**

Por escrito presentado en 1997 ante el Registro Civil de N. M. (Extremadura), don A. M. F. y doña M. H. F., ambos solteros, solicitaron la inscripción de nacimiento fuera de plazo de su hijo A. M. H.

Según declaración de los promotores, el menor nació en el Hospital «D» (Madrid) el día 12 de marzo de 1994, pero el citado Hospital expidió certificación negativa de los hechos alegados por los promotores y no pudo acreditarse ni el hecho del parto, ni la identidad del nacido, ni tampoco el lugar y fecha de su nacimiento. Según dictamen del médico forense que examinó al menor, se trata de un varón cuya edad es compatible con la declarada por los promotores. El menor A. M. H. está empadronado en el domicilio de los promotores y está provisto de tarjeta de la Seguridad Social, y dos testigos manifestaron que les consta que es hijo de los promotores y que nació en el Hospital «D» el 12 de marzo de 1994.

A requerimiento del Juez Encargado, los promotores manifestaron, con fecha 6 de abril de 1998, que ambos reconocen como hijo suyo al menor A. M. H. y que aceptan recíprocamente el reconocimiento efectuado.

El Juez Encargado dictó auto denegando la inscripción de nacimiento solicitada.

Los promotores interpusieron recurso contra el referido auto ante la DGRN.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO:**

I. Vistos los artículos 113, 120 y 124 del Código Civil; 95 de la Ley del Registro Civil; 169 y 311 a 316 del Reglamento del Registro Civil; la Circular de 29 de octubre de 1980; la Instrucción de 7 de octubre de 1988, y las Resoluciones de 21 y 22 de julio de 1988, 7-4.ª y 9-3.ª de octubre de 1996, 16-2.ª de abril de 1997 y 27-1.ª de marzo de 1998.

II. La necesidad de integrar en la sociedad española sectores marginados es un fin deseable, para lograr el cual ha de impulsarse que se inscriban en el Registro Civil los nacimientos no inscritos, como paso previo necesario para que estas personas queden provistas de la documentación oportuna. A estas ideas responde la Circular de este Centro Directivo de 29 de octubre de 1980.

III. Por estas razones es necesario interpretar los preceptos de la legislación del Registro Civil sobre la inscripción fuera de plazo de nacimiento con flexibilidad, especialmente si no hay motivos para sospechar que la inscripción en el Registro municipal se intenta como medio para facilitar la nacionalidad española del nacido, que en realidad nació en el extranjero.

IV. En el caso actual no hay dudas sobre la nacionalidad española del no inscrito, puesto que ha sobrevenido un reconocimiento formal de su filiación no matrimonial por parte de sus progenitores españoles y el reconocimiento reúne los requisitos exigidos para ser eficaz. En efecto, cuando la



filiación correspondiente ya está acreditada por la posesión de estado y por la solicitud de la inscripción de la filiación (cfr. art. 113 CC), –lo que resulta en este caso por los apellidos con que es designado el reconocido, por el contenido del padrón municipal y de la tarjeta sanitaria y por la información testifical–, el reconocimiento formal bilateral y simultáneo de ambos progenitores respecto de un menor de edad queda perfeccionado (cfr. art. 124.1 CC) por el consentimiento expreso al reconocimiento que ha prestado cada uno de los progenitores al reconocimiento otorgado por el otro. Sin necesidad de acudir a la aprobación judicial, ni de proporcionar un representante legal «ad hoc» para que dé su consentimiento al reconocimiento, hay que estimar que la filiación acreditada por la posesión de estado atribuye a cada progenitor las facultades derivadas de la relación paterno-filial o materno-filial respectiva y, entre ellas, la de asumir la representación legal del hijo. Esta es la doctrina reiterada de esta Dirección General en la interpretación del artículo 124.1 CC, a partir de las Resoluciones de 21 y 22 de julio de 1988.

V. Si, según lo dicho, la filiación no matrimonial del niño ha quedado determinada legalmente y, si no hay dudas razonables sobre su identidad y sobre la falta de inscripción de nacimiento, es necesario practicar la inscripción omitida (cfr. arts. 312 y 316 R.R.C.) con cuantas circunstancias hayan quedado acreditadas. A estos efectos ha de tenerse presente que las dudas sobre la fecha y el lugar de nacimiento no son obstáculos decisivos para denegar la inscripción. En efecto, la fecha queda fijada por el dictamen médico realizado (cfr. art. 169.1 R.R.C.) y en cuanto al lugar del alumbramiento –una vez comprobado que no es exacta la manifestación de la madre de que tuvo lugar en determinado Hospital de M.– ha de quedar fijado por el primer lugar conocido de estancia del nacido.

La Dirección General acordó estimar el recurso, revocar el auto apelado y ordenar la inscripción del nacimiento de A. M. H., acaecido en el término municipal de N. M. el día 12 de marzo de 1994, hijo no matrimonial de A. M. F. y de M. H. F., con los demás datos de identidad de los padres comprobados en el expediente.

## 2.2 Inscripciones de la filiación fuera de plazo.

- 1.<sup>a</sup>) **Hijo de madre casada: hay que inscribir la filiación matrimonial legalmente presumida, mientras no se acredite que el nacimiento acaeció pasados trescientos días desde la separación de los cónyuges.**

### Resolución de la DGRN de 19 de febrero de 1999 (3.<sup>a</sup>)

#### HECHOS:

Con fecha 10 de agosto de 1998, ante el Registro Civil de C., don L. Y. A. y doña C. S. M. promovieron expediente de inscripción de nacimiento fuera de plazo de su hija A. Y. S., acaecido el día 6 de junio de 1998. Según quedó acreditado, doña C. S. M. está casada con don J. S. C., con el cual convive en el domicilio familiar.

El Juez Encargado dictó auto por el que acordó se practicara la inscripción de la menor como hija de doña C. S. M. y su esposo.

Los promotores interpusieron recurso frente a dicho auto ante la DGRN.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 69, 113, 115, 116, 129, 131, 133, 134, 136, 137, 1250, 1251 y 1814 del Código Civil; 2 y 95 de la Ley del Registro Civil; 183 y 311 a 316 del Reglamento del Registro Civil, y las Resoluciones de 13 de mayo de 1987, 20-1.<sup>a</sup> de septiembre, 7-6.<sup>a</sup>, 19-3.<sup>a</sup> y 26-2.<sup>a</sup> de octubre de 1996, 5 y 22 de mayo y 22-5.<sup>a</sup> de septiembre de 1997 y 7-2.<sup>a</sup> de mayo, 3-3.<sup>a</sup> de junio, 16-2.<sup>a</sup> de julio, 22-2.<sup>a</sup> de octubre y 19 de noviembre de 1998.

II. La cuestión básica que se discute es la filiación que debe figurar en el asiento y, a tales efectos, hay que tener en cuenta que, si la madre es casada y el alumbramiento ha tenido lugar antes de trescientos días desde la separación de los cónyuges, es obligado inscribir la filiación matrimonial correspondiente, dada la fuerza probatoria (cfr. art. 113 CC) de la presunción de paternidad del marido de la madre del artículo 116 del Código Civil, corroborada por la presunción de convivencia entre los cónyuges (cfr. art. 69 CC). Por lo demás, a los efectos de admitir como prueba la presunción de paternidad del marido, ha de bastar con que se solicite la inscripción de filiación materna (cfr. art. 113 CC), de la cual se deriva por ley la filiación matrimonial.

III. No tiene sentido guardar silencio sobre la paternidad del marido, porque la filiación matrimonial es inescindible y queda determinada legalmente por la inscripción de nacimiento junto con la del matrimonio de la madre (cfr. arts. 115-1.<sup>o</sup> CC y 183 RRC). Por otra parte, para inscribir la filiación matrimonial no es necesario que se compruebe además la posesión de estado de tal filiación, a pesar de lo que indicó en su momento la Circular de 2 de junio de 1981, que ha de estimarse superada en este punto por la redacción dada al artículo 314 del Reglamento del Registro Civil por el Real Decreto 1917/1986, de 29 de agosto. La razón estriba en que, como viene señalando la doctrina de la DGRN, a partir de la Resolución de 13 de mayo de 1987, la sola presunción de paternidad del marido es un medio de prueba suficiente de la filiación matrimonial presumida, conforme al artículo 113 del Código Civil y en las condiciones que precisa el precepto.

IV. Acreditada así la filiación matrimonial, es evidente (cfr. art. 113.2 CC) que no es eficaz ni inscribible la filiación no matrimonial reconocida por la madre y por varón distinto del marido. Las alegaciones sobre la no paternidad de éste quedan reservadas a la vía judicial oportuna.

La Dirección General acordó desestimar el recurso y confirmar íntegramente el auto apelado, dejando a salvo que los legitimados al efecto ejerciten judicialmente las acciones de impugnación de la filiación matrimonial y la reclamación de la filiación no matrimonial.

**2.<sup>a</sup>) Se inscribe la filiación no matrimonial respecto de un varón y una mujer casada, determinada legalmente, porque se comprueba que el nacimiento ha acaecido pasados más de trescientos días desde la separación de los cónyuges.**

**Resolución de la DGRN de 19 de abril de 1999**

## HECHOS:

Con fecha 30 de julio de 1997, doña R.C.R., española, residente en C. (Venezuela), solicitó ante el Registro Civil Consular de España en dicha ciudad, que se inscribiera fuera de plazo su nacimiento, acaecido

en S.T. (España) el 14 de febrero de 1969, como hija de don M. C. R. y doña R. R. H. También ante el citado Registro, don M. C. R., español, declaró el reconocimiento como hija suya de la promotora, el cual fue consentido por la madre de ésta.

Según quedó acreditado, cuando nació la promotora su madre estaba casada con don J. F. M., fallecido posteriormente y sin que exista resolución de separación o divorcio de tal matrimonio. Se presentó partida de bautismo de la promotora, en la que ésta figura como hija de don M. C. R. y doña R. R. H., quienes tienen otros cuatro hijos comunes, dos de ellos de más edad que la promotora y otros dos más jóvenes. Según certificado del Ayuntamiento de S. T., la Policía Municipal informa que en 1970 la madre de la promotora estaba separada de su esposo desde hacía varios años.

Remitidas las actuaciones al Registro Civil de S. T., la Juez Encargada dictó auto por el que ordenaba la inscripción de nacimiento de la promotora como hija matrimonial de doña R. R. H y don J. F. M., al entender que, no habiendo sido destruida la presunción de paternidad del marido de la madre, existe una filiación matrimonial anterior que hace ineficaz la posterior determinación extrajudicial (reconocimiento) de la filiación no matrimonial.

La promotora interpuso recurso frente a dicho auto ante la DGRN.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 69, 113, 115, 116, 120, 123, 1250 y 1251 del Código Civil; 2 y 95 de la Ley del Registro Civil; 186 y 311 a 316 del Reglamento del Registro Civil, la Circular de 2 de junio de 1981, y las Resoluciones de 30 de mayo de 1996 y 2-1.<sup>a</sup> de febrero y 30 de noviembre de 1998.

II. La cuestión básica que se discute es la filiación que debe figurar en el asiento y, a tales efectos, hay que tener en cuenta que, si la madre es casada y el alumbramiento ha tenido lugar antes de trescientos días desde la separación de los cónyuges, es obligado inscribir la filiación matrimonial correspondiente, dada la fuerza probatoria (cfr. art. 113 CC) de la presunción de paternidad del marido de la madre del artículo 116 del Código Civil y mientras no llegue a desvirtuarse la eficacia probatoria de tal presunción.

III. En este caso, existen datos suficientes para entender desvirtuada la presunción de paternidad. En efecto, el hecho de que la interesada tenga dos hermanos antes y dos después de ella, todos de los mismos padres, el aparecer junto con sus hermanos mayores en el pasaporte de la madre; el certificado administrativo fechado en 1970, en el que se manifiesta la separación «desde hace varios años» del que por entonces era su esposo; y, por último, la partida de bautismo que reitera que la promotora es hija de M. C. y R. R.

IV. Por lo demás se han cumplido los requisitos exigidos por el Código Civil para el reconocimiento de la filiación no matrimonial, ya que ambos progenitores así lo han manifestado expresamente, así como la propia interesada al ser mayor de edad (cfr. art. 123 CC).

V. Finalmente, no debe extrañar que se apliquen las normas vigentes del Código, producto de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, a un nacimiento acaecido anteriormente, pues la aplicación retroactiva de las nuevas normas sobre filiación viene impuesta por la disposición transitoria primera de dicha Ley.

La Dirección general acordó estimar el recurso, revocar el auto apelado y ordenar que se inscriba el nacimiento de la interesada como hija no matrimonial de M. C. R. y R. R. H.

- 3.<sup>a</sup>) **En Navarra, el reconocimiento voluntario y formal de la paternidad de un menor es válido y eficaz sin necesidad de requisito complementario alguno.**

### **Resolución de la DGRN de 4 de junio de 1999**

#### **HECHOS:**

Con fecha 21 de enero de 1999, don J. M. J. reconoció como hijo suyo no matrimonial a O. N. R., de vecindad civil navarra y nacido el 17 de agosto de 1995, inscrito en el Registro Civil como hijo no matrimonial de doña A. R. N.

La madre se opuso al reconocimiento alegando que el padre del menor no es el promotor, sino don I. F. G. quien, mediante escritura pública fechada en febrero de 1999, reconoció al menor como hijo suyo con el consentimiento de la madre.

La Juez Encargada dictó auto acordando la inscripción en el Registro Civil del reconocimiento de filiación no matrimonial efectuado por don J. M. J., pues de acuerdo con el Fuero Nuevo de Navarra, la filiación no matrimonial se determina por cada progenitor por su reconocimiento, sin que se exija requisito alguno supletorio de consentimiento, o por sentencia firme.

La madre del menor, doña A. R. N. impugnó dicho auto ante la DGRN.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO:**

I. Vistas las Leyes 68, 69 y 70 de la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril, por la que se modifica la Compilación de Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra; los artículos 9, 14, 120 y 124 del Código Civil; 47, 49 y 50 de la Ley del Registro Civil; 182 y 186 del Reglamento del Registro Civil y la Resolución 7-1.<sup>a</sup> de mayo de 1998.

II. Se parte en este recurso de la base indiscutida de que al nacido le corresponde la vecindad civil navarra (cfr. arts. 9.4 y 14 CC), de modo que las cuestiones suscitadas en orden a la determinación de su filiación han de resolverse a la luz de lo que establecen las normas civiles vigentes de Navarra.

III. No hay duda de que respecto de la filiación no matrimonial determinada por el reconocimiento las normas forales navarras contiene una regulación completa, de modo que es improcedente completarlas con normas del Código Civil. Concretamente, el reconocimiento de la paternidad de un menor de edad efectuado por el padre, mediante declaración ante el Encargado del Registro Civil (Ley 69), no está sujeto a requisito alguno supletorio del consentimiento del menor (Ley 69), de modo que la validez y eficacia de tal reconocimiento y su consiguiente inscripción en el Registro Civil no pueden quedar subordinadas al cumplimiento de los requisitos que el artículo 124 del Código Civil exige cuando se trate de reconocimientos regulados por el Derecho común.

IV. No puede argüirse, contra esta aplicación clara y directa de las normas forales, que la Ley 68 del Fuero Nuevo de Navarra señala que la filiación

no matrimonial se determina para cada uno de los progenitores por su reconocimiento, «sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación del Registro Civil», porque esta salvedad ha de interpretarse en el sentido de que siguen vigentes las formas de determinación de la filiación no matrimonial reguladas especialmente en la Ley del Registro Civil, como sucede con las hipótesis de los artículos 47 (determinación de la filiación materna por coincidir en ella declaración y parte médico) y 49 (determinación por expediente de la filiación paterna o materna), respecto de las que guarda silencio el Fuero Nuevo de Navarra. Por el contrario, la determinación de la filiación no matrimonial por reconocimiento voluntario está regulada íntegramente por la ley foral y su aplicación no puede quedar desvirtuada exigiendo, contra la letra de las normas, requisitos no impuestos por éstas.

V. Ha de advertirse, finalmente, que el hecho de que el reconocimiento sea válido e inscribible no impide que el mismo pueda ser impugnado, no ya sólo por el propio menor al alcanzar la plena capacidad, sino también por su representante legal durante la minoría y con justa causa (cfr. Leyes 69 y 70), pero es claro que tal impugnación requiere ejercitar judicialmente la correspondiente acción.

VI. Debe añadirse también que el reconocimiento formal de la paternidad es en este caso directamente inscribible, sin necesidad de expediente y sin perjuicio de que el reconocimiento inscrito debería haber sido notificado personalmente al representante legal del menor (cfr. arts. 182 y 186 RRC). Por lo demás, es obvio que, inscrito el reconocimiento de paternidad primeramente otorgado, ya no es inscribible, salvo que así lo declare una sentencia, el reconocimiento posteriormente otorgado por otro varón (cfr. art. 50 LRC).

La Dirección General acordó desestimar el recurso y confirmar el acuerdo apelado.

### 2.3 Inscripción de filiación adoptiva: adopción vietnamita.

- **Es inscribible en el Registro Civil porque la revocación permitida por la ley vietnamita durante la minoría de edad corresponde a los Tribunales.**
- **Estando la adoptante española domiciliada en el extranjero, la competencia es del Registro Consular y no se requiere declaración de idoneidad.**

#### Resolución de la DGRN de 30 de marzo de 1999.

#### HECHOS:

Con fecha 18 de septiembre de 1998, doña V. O. G., soltera, española, ante el Registro Civil Consular de España en H., donde está domiciliada, promovió expediente solicitando la inscripción de nacimiento con marginal de adopción de su hija P., vietnamita, nacida el 18 de marzo de 1998 en la República Socialista de Vietnam. La adopción se había formalizado el 24 de agosto de 1998, conforme a los requisitos establecidos en la legislación vietnamita.

El Encargado del Registro Civil Consular acordó denegar la inscripción por entender que la adopción vietnamita no produce los mismos efectos que la española, por cuanto que aquélla permite revocar la adopción, se mantie-

nen vínculos del adoptado con su familia biológica y con el Estado de origen y el adoptado nunca adquiere la nacionalidad del adoptante extranjero.

La promotora interpuso recurso contra dicho acuerdo ante la DGRN, alegando que, pese a no ser la República Socialista de Vietnam parte del Convenio de La Haya, en la adopción de la menor se han cumplido todos los requisitos previstos en el artículo 4 de dicho Convenio.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 9, 11, 12, 19, 108, 178 y 180 del Código Civil; 15, 16, 23 y 46 de la Ley del Registro Civil; 66, 68, 85 y 154 del Reglamento del Registro Civil; 25 y Disposición Adicional 2.<sup>a</sup> de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero; la Ley de Matrimonio y Familia de la República Socialista de Vietnam, de 29 de diciembre 1986, y sus normas de desarrollo; el Convenio de La Haya, sobre Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional de 29 de mayo de 1993; y las Resoluciones de 11-1.<sup>a</sup> de marzo, 29 de mayo, 9-1.<sup>a</sup> de junio, 9-2.<sup>a</sup> de julio, 11 de septiembre, 11 y 28 de octubre y 5-2.<sup>a</sup> de noviembre de 1997, 5 y 14-1.<sup>a</sup>, 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> de febrero y 25 de marzo de 1998.

II. No hay duda de que esta adopción se ha constituido ante la autoridad vietnamita competente en la forma establecida por la «lex loci» y que se ha aplicado la ley vietnamita de la adoptanda en cuanto a capacidad y consentimientos necesarios (cfr. arts. 9.5 y 11 CC). La cuestión se centra en determinar si es aplicable al caso la previsión, introducida en el artículo 9.5 del Código Civil por la L. O. 1/1996, de 15 de enero, en el sentido de que: «no será reconocida en España como adopción la constituida en el extranjero por adoptante español, si los efectos de aquélla no se corresponden con los previstos por la legislación española».

III. Los rasgos fundamentales de las adopciones española y vietnamita coinciden. Las divergencias parecen encontrarse en la revocación de la adopción, porque, mientras en España sólo es posible una extinción judicial de la adopción en el caso extremo del artículo 180 CC, en Vietnam la extinción de la relación adoptiva es admitida con mayor amplitud en el artículo 39 de la Ley de 29 de diciembre de 1986, según el cual «la adopción puede ser terminada si el adoptante o el adoptado o ambos cometen serios actos de violación física o moral mutua, u otros actos que hagan desaparecer los vínculos sentimentales entre sí». Ahora bien, según esta Ley, la terminación de la adopción sólo puede ser decidida por los Tribunales, y que es sólo la revocación voluntaria, y no la judicial, la que se opone a la concepción española de la adopción.

Por otro lado, no se puede admitir el criterio del Cónsul de no considerar homologable la adopción debatida con la española por el hecho de que el adoptante tenga la obligación de informar periódicamente al Comité Popular que la decidió en Vietnam o de que, según el artículo 30.1 de la Ley de Nacionalidad Vietnamita, la adoptada conserve esta nacionalidad, ya que son cuestiones que nada tienen que ver con el tema que nos ocupa. Ciertamente no puede sostenerse, sobre la base de ese artículo 30.1, que la adoptada no pueda adquirir la nacionalidad española ya que indudablemente tal norma no tiene ningún efecto en nuestro Ordenamiento, siendo la ley española la que determina cuándo se adquiere la nacionalidad.

Es evidente, por otra parte, que siendo casi impensable que entre una adopción española y una extranjera exista absoluta identidad en los efectos, ha de

bastar que éstos se correspondan, por lo que dicha expresión ha de interpretarse en el sentido fundamental de que la adopción suponga, durante la menor edad del adoptado, la integración plena de éste en la familia adoptiva, sin injerencias de la familia de origen, y considerando al adoptado a todos los efectos como un hijo por naturaleza del adoptante o adoptantes. Las vicisitudes que pueda sufrir la adopción tras la mayoría de edad del adoptado son, en rigor, consecuencias que quedan fuera de la regulación fundamental de la legislación española sobre adopción, concebida como una institución de protección de los menores.

IV. No es cierta la afirmación del Cónsul Encargado en el sentido de que carece de competencia para la práctica de la inscripción solicitada, correspondiendo ésta al Registro Civil Central, ya que eso sería así en el supuesto de que la adoptante tuviera su domicilio en España, por lo que, acreditado que ésta reside en H. desde 1986, la competencia para la práctica de la inscripción solicitada es del Registro Civil Consular (cfr. art. 68 RRC). Por la misma razón, es decir, por estar la adoptante domiciliada en el extranjero, no es necesario el certificado de idoneidad (cfr. art. 9.5 CC).

La Dirección General acordó estimar el recurso y ordenar que se inscriba en el Registro Civil Consular la adopción discutida.

### 3. NACIONALIDAD

#### 3.1 **Declaración con valor de presunción: es español «iure soli» el hijo de padres argentinos, nacido en España en 1973, por la eficacia retroactiva del artículo 17.1-c del Código Civil.**

**Resolución de la DGRN de 10 de febrero de 1999 (1.ª)**

#### HECHOS:

Con fecha 9 de septiembre de 1998, ante el Registro Civil de Sevilla, don G. F. R., nacido en dicha ciudad el 5 de marzo de 1973, hijo de padres argentinos nacidos en Argentina, solicitó la declaración de su nacionalidad española de origen, con valor de simple presunción. Según quedó acreditado, el interesado no adquirió en ningún momento la nacionalidad argentina.

El Juez Encargado dictó auto denegando lo solicitado por entender que, según el artículo 17 del Código Civil en su redacción por Ley de 1954, vigente al nacer el promotor, no reunía éste todos los requisitos necesarios para que le fuera atribuida la nacionalidad española de origen.

El promotor interpuso recurso ante la DGRN. El Ministerio Fiscal se adhirió al recurso instando su estimación por entender que, pese a ser aplicable al caso la Ley de 15 de julio de 1954, conforme a la cual no correspondería al solicitante la nacionalidad española de origen, es lo cierto que las Resoluciones de la DGRN de 7/12/1988, 30/5/1991 y 27/3/1993 otorgan al artículo 17.3 CC, en su redacción por Ley de 13 de julio de 1982 —que se mantiene en la redacción actual del artículo 17.1 CC— eficacia retroactiva tácita respecto de nacimientos acaecidos antes de la entrada en vigor de la citada Ley de 1982, atendiendo al principio de «favor nationalitatis» y a la finalidad de evitar situaciones de apatridia.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO:**

I. Vistos los artículos 7 de la Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, sobre los Derechos del Niño; 12 y 17 del Código Civil; 96 de la Ley del Registro Civil; 335, 338 y 340 del Reglamento del Registro Civil; y las Resoluciones de 7 de diciembre de 1988, 30 de mayo de 1991, 15 de diciembre de 1992, 27 de mayo, 6 y 19 de octubre de 1993, 22 de marzo y 24-1.ª de mayo de 1994, 16-1.ª de abril de 1997 y 17-5.ª de junio de 1998.

II. El presente recurso versa sobre la cuestión de si puede declararse, en expediente con valor de simple presunción (cfr. art. 96.2.º LRC), que tiene la nacionalidad española de origen una persona nacida en España en 1973, hijo de padres argentinos, a la vista del artículo 17.1-c del Código Civil (vid. la redacción idéntica del art. 17.3 CC, por Ley de 13 de julio de 1982) cuando dispone que son españoles de origen los nacidos en España de padres extranjeros, si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad.

III. No ha de ponerse en duda la eficacia retroactiva de estas normas en cuanto a nacimientos acaecidos ante de la entrada en vigor de la Ley de 13 de julio de 1982. Como viene declarando la DGRN, a partir de la Resolución de 7 de diciembre de 1988, la retroactividad tácita de una norma se deduce de su finalidad de evitar situaciones de apatridia: el principio del «favor nationalitatis» basta para fundamentar este resultado, sin necesidad de acudir a la aplicación de lo previsto en la Disposición Transitoria 1.ª de las originales del Código Civil, lo que llevaría, además a idéntica conclusión, al tratarse de un derecho declarado por primera vez en la nueva legislación y que no perjudica, si el interesado no tiene ninguna nacionalidad, otro derecho adquirido de igual origen.

La Dirección General acordó estimar el recurso, revocar el auto apelado y declarar con valor de simple presunción la nacionalidad española de origen del promotor.

**3.2 Declaración con valor de presunción: es español el nacido en España, en 1979, hijo de madre española también nacida en España y en ella domiciliada cuando nació el hijo.**

**Resolución de la DGRN de 17 de junio de 1999.**

**HECHOS:**

Con fecha 10 de octubre de 1997, ante el Registro Civil de T., don J. I. G., venezolano, nacido en España el 3 de octubre de 1979, hijo de padre venezolano y madre española (nacida en España y aquí domiciliada cuando nació el hijo), solicitó se declarase con valor de simple presunción que no ostenta la nacionalidad española, ya que, desde su nacimiento, adquirió la nacionalidad venezolana de su padre.

La Juez Encargada dictó auto denegando lo solicitado y declarando con valor de simple presunción la nacionalidad española del promotor, quien interpuso recurso, frente a dicho auto, ante la DGRN.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 14 de la Constitución de 1978; 17 del Código Civil, en su redacción por Ley de 1954; 96 de la Ley del Registro Civil; 335, 338 y 340 del Reglamento del Registro Civil; la Instrucción de 16 de mayo de 1983; y las Resoluciones de 25 de abril de 1988, 1-2.<sup>a</sup> de marzo y 23-4.<sup>a</sup> de noviembre de 1995, 9 y 20 de enero, 13 de abril, 28 de mayo y 28 de noviembre de 1996, 27-3.<sup>a</sup> de septiembre y 1 de diciembre de 1997, 1-1.<sup>a</sup> de abril y 21-3.<sup>a</sup> de octubre de 1998 y 20-1.<sup>a</sup> de febrero de 1999.

II. La cuestión ha de resolverse, en principio, atendiendo a la fecha de nacimiento del promotor, estando vigente el artículo 17.3.º del Código Civil, redacción de 1954, a cuyo tenor eran españoles: «los nacidos en España de padres extranjeros, si éstos hubieran nacido en España y en ella estuvieran domiciliados al tiempo del nacimiento...» Dado que la madre del promotor nació en España y en ella estaba domiciliada al nacer el hijo, hay que estimar que éste era español de origen por aplicación del citado artículo 17.3.º CC y de acuerdo con una interpretación reiterada de la DGRN a partir de la Resolución de 25 de abril de 1988.

III. Como se observa, los requisitos exigidos en el artículo 17.3.º CC para entender atribuida la nacionalidad española al promotor, concurren solamente respecto de la madre, y no en cuanto al padre. Ahora bien, reiterada doctrina de la DGRN ha venido interpretando dicho precepto en el sentido de estimar que puede bastar en ocasiones que esas dos condiciones de nacimiento y domicilio en España se den en cuanto a uno solo de los progenitores, conforme a los siguientes argumentos: 1) El empleo del plural «padres» no era una razón decisiva para entender que fuera preciso que ambos progenitores hubieran nacido y estuvieran domiciliados en España, ya que esa utilización, que concordaba con el plural «nacidos», podría obedecer también a la necesidad de emplear un término genérico que abarcara los supuestos en los que sólo existía un progenitor legalmente conocido; 2) Era intrascendente la comparación con el singular «padre» y «madre», que utilizaban los números 1.º y 2.º del propio artículo, porque en estos números era patente la intención del legislador de circunscribir uno y otro supuesto a uno solo de los dos progenitores; y 3) No siendo la letra del precepto un valladar infranqueable para excluir otra posible interpretación, debía preferirse la que mejor respondiera a la «ratio» del precepto, el cual obedecía al propósito, expuesto claramente en el Preámbulo de la Ley de 15 de julio de 1954, de evitar que «se perpetúen indefinidamente las estirpes de extranjeros en el territorio nacional».

IV. Por otro lado, habiendo nacido el interesado después de estar vigente la Constitución de 1978, y teniendo en cuenta el principio de igualdad y no discriminación establecido en el artículo 14, no sería forzado entender contrario a este principio el hecho de condicionar la nacionalidad española a los hijos de madre española que no sigan la nacionalidad del padre (cfr. art. 17.2.º CC, redacción de 1954), siendo así que los hijos de padre español eran españoles sin ningún condicionamiento. Por tanto, conforme a esta interpretación habría que considerar como españoles a los nacidos después de la Constitución de padre o madre españoles sin ningún tipo de limitación de acuerdo con el citado principio constitucional.

La Dirección General acordó desestimar el recurso y confirmar el auto apelado.

**3.3 Declaración con valor de presunción: no prospera el expediente incoado por un saharauí que invoca la sentencia del Tribunal Supremo de 28-10-1998, porque –aparte la dificultad de aplicar la consolidación del artículo 18 CC a hechos muy anteriores– no está probado que residiera en el Sahara entre 1976 y 1977 y porque el interesado está en posesión de pasaporte argelino.**

**Resolución de la DGRN de 4 de diciembre de 1999 (1.ª).**

**HECHOS:**

Con fecha 12 de marzo de 1999, ante el Registro Civil de Madrid, don M. M. U. M. A. S., nacido en El Aaiún el 2 de abril de 1954, solicitó se declarase su nacionalidad española con valor de simple presunción.

El promotor no probó haber tenido en algún momento la nacionalidad española, alegando que no le era posible hacerlo por haberse destruido la documentación durante un bombardeo aéreo. Sin embargo, quedó acreditado que el nacimiento del promotor consta inscrito en el Registro Civil de El Aaiún; que en 1970, cuando el Sahara era una provincia española, le fue expedido al promotor un DNI español; que permanece en Madrid desde 1995 y que, actualmente, está provisto de pasaporte diplomático argelino expedido el 9 de septiembre de 1998.

El Juez Encargado del Registro Civil dictó auto por el que desestimó la pretensión formulada por el promotor, basándose en que éste no optó en su momento por la nacionalidad española y que no hay título bastante para la consolidación.

El promotor interpuso recurso frente a dicho auto ante la DGRN.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO:**

I. Vistos los artículos 18 y 24 del Código Civil; 67 y 96 del Ley del Registro Civil; 232, 335 y 338 del Reglamento del Registro Civil; la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1998; la Resolución de 9-2.ª de septiembre de 1999 y el Real Decreto 2257/1976, de 10 de agosto.

II. La petición se funda en la doctrina sentada para el caso particular de otro saharauí por la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1998. Ahora bien, aun reconociendo la dificultad –no apreciada por la sentencia– de conceder eficacia retroactiva al artículo 18 del Código Civil, dando trascendencia a una posesión y utilización de la nacionalidad española derivadas de actos muy anteriores a la Ley de 17 de diciembre de 1990, que introdujo ese artículo, lo cierto es que en el caso presente concurren dos circunstancias específicas que impiden aplicar al caso la doctrina de aquella sentencia, pues ambas suponen una diferencia notable con el supuesto de hecho singular contemplado en la decisión del Tribunal Supremo.

III. La primera de estas circunstancias es que no está suficientemente probado que el interesado no residiera España, sino en el Sahara, durante todo el período de tiempo en que estuvo en vigor el Real Decreto de 10 de agosto de 1976, de modo que, si residió en España, tuvo derecho a optar por la nacionalidad española al amparo de esta disposición en el plazo de un año, que dejó transcurrir sin manifestar su voluntad.

IV. La segunda de las circunstancias apuntadas consiste en que el promotor, según ha quedado acreditado, está en posesión de pasaporte argelino, de suerte que, aun dando por probada su consolidación anterior de la nacionalidad española, resultaría que podría haber incurrido en causa legal de pérdida de la nacionalidad española por adquisición voluntaria de otra nacionalidad (cfr. art. 24 CC); pérdida que se habrá producido «ipso iure» o automáticamente en cuanto concurrieron todos sus presupuestos (cfr. art. 67 LRC) y que impide suministrarle ahora la prueba de su actual nacionalidad española por medio del expediente con valor de presunción de declaración de esta nacionalidad, máxime cuando por virtud de la posesión de aquel pasaporte extranjero ha cesado de estar en posesión y utilización de la nacionalidad española.

La Dirección General acordó desestimar el recurso.

#### 4. VECINDAD CIVIL

- **Conservación de la vecindad civil navarra: no prospera la declaración porque la interesada perdió su vecindad navarra por matrimonio anterior a la Ley de 15 de octubre de 1990, por haber consentido la adquisición de la vecindad del marido al no recuperar su vecindad anterior en el plazo señalado por la Disposición Transitoria de dicha Ley.**

**Resolución de la DGRN de 7 de octubre de 1999.**

#### HECHOS:

Con fecha 19 de octubre de 1999, ante el Registro Civil de su domicilio en Galicia, doña S. B. R. manifestó su voluntad de conservar la vecindad civil foral de Navarra y que se extienda la correspondiente inscripción marginal en el acta de su nacimiento.

Según quedó acreditado, la promotora nació el 29 de noviembre de 1967 en Navarra, donde estuvo empadronada hasta 1996, año en que, desde el 1 de mayo, aparece empadronada en Galicia. Con fecha 11 de agosto de 1990, la promotora contrajo matrimonio con don J. R. L., de vecindad civil gallega.

La Juez Encargada dictó auto acordando denegar la inscripción de conservación de vecindad civil navarra de la promotora, ya que ésta perdió dicha vecindad al contraer matrimonio antes de la entrada en vigor de la Ley 11/1990, de 15 de octubre, que reformó el artículo 14.4.º del CC.

La promotora interpuso recurso frente a dicho auto ante la DGRN alegando que, cuando contrajo matrimonio, el artículo 14.4.º CC ya había quedado derogado por la Constitución de 1978.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 9 y 14 y Disposición Derogatoria de la Constitución; 14 del Código Civil vigente y en su redacción anterior, por Decreto 1837/1974, de 31 de mayo; 46, 64 y 68 de la Ley del Registro Civil; 225 a 229 del Reglamento del Registro Civil; la Disposición Transitoria de la Ley 11/1990, de 15 de octubre, y la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1986.

II. Conforme al artículo 14.5 del Código Civil, antes de que transcurran diez años de residencia en territorio de distinto Derecho Civil, el interesado

puede evitar el cambio de vecindad civil declarando su voluntad de conservar la vecindad que venía ostentando. Sobre esta base, la cuestión que se discute en este recurso es si la promotora puede ejercer ese derecho de conservación.

III. Toda la cuestión gira en torno a la determinación de si la interesada perdió por su matrimonio la vecindad civil navarra y adquirió automáticamente la vecindad civil gallega de su marido. A la vista de la letra del artículo 14.4 CC, en su redacción vigente en agosto de 1990 («la mujer casada seguirá la condición del marido»), la cuestión se resolvería por sí sola. Ahora bien, algunos autores, así como la sentencia del Tribunal Supremo citada en los vistos, han calificado a esta norma de inconstitucional, argumentando que contenía una discriminación contra la mujer por razón de su sexo, prohibida por el artículo 14 de la Constitución, de modo que habría quedado derogada por la Constitución y así, un matrimonio de la mujer, posterior al 29 de diciembre de 1978, no alteraría su vecindad civil, como establece hoy expresamente el artículo 14.4 del Código Civil, redactado por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, que reformó el Código en aplicación precisamente del principio de no discriminación por razón de sexo.

IV. Frente a esta argumentación puede argüirse que la apuntada discriminación contra la mujer era más formal que real, a la vista de que sus derechos fundamentales no sufren variación por estar sujeta a una o a otra vecindad civil. Sobre todo, ha de advertirse que si una discriminación formal se producía por el hecho de que la mujer cambiaba su estado civil sin contar para nada con su voluntad, el enjuiciamiento de la norma ha variado sustancialmente por virtud de la Disposición Transitoria de la Ley citada de 15 de octubre de 1990, a cuyo tenor «la mujer casada que hubiere perdido su vecindad por seguir la condición del marido, podrá recuperarla declarándolo así ante el Registro Civil en el plazo de un año a partir de la publicación de esta Ley». En efecto, esta Disposición ofrecía a la mujer casada la posibilidad de que se tuviera en cuenta su voluntad y de reaccionar contra el cambio involuntario de su vecindad, de modo que dispuso de un plazo para corregir la situación producida y, si dejó transcurrir este plazo sin reaccionar, hay que estimar que su actitud envolvió un consentimiento tácito para mantener la vecindad civil que había adquirido por matrimonio. Por lo demás, la letra de la antes transcrita Disposición Transitoria no hace distinciones en atención a la fecha del matrimonio, por lo que es muy aventurado entender que únicamente estaba refiriéndose a los matrimonios anteriores a la entrada en vigor de la Constitución y mucho más lógico concluir que también, y preferentemente, se tenían en cuenta los matrimonios celebrados entre el 29 de diciembre de 1978 y la entrada en vigor de la Ley de 1990. Nótese que entre 1978 y 1990 pudo fácilmente la mujer casada adquirir una vecindad civil, quizás ya no por matrimonio, y que sería entonces extraño que, prescindiendo de los cambios sobrevenidos, la recuperación de la vecindad civil hubiera de remontarse a la que se ostentaba con anterioridad al matrimonio celebrado antes de 1978.

V. La conclusión expuesta es también la que mejor se ajusta al principio, también constitucional, de seguridad jurídica (cfr. art. 9.3 de la Constitución) y, en consecuencia, hay que estimar en el caso presente que la interesada no puede conservar la vecindad civil navarra, pues la había perdido por razón de matrimonio.

La Dirección General acordó desestimar el recurso y confirmar la calificación recurrida.

## 5. MATRIMONIO

### 5.1 Expediente previo a la celebración del matrimonio civil.

- 1.º) **Matrimonio de extranjeros en España: se autoriza porque es contraria al orden público español la norma marroquí que supedita el matrimonio a la religión del contrayente y porque la libertad de la contrayente marroquí está acreditada por el divorcio en Holanda de su primer matrimonio.**

**Resolución de la DGRN de 10 de junio de 1999 (1.ª).**

#### HECHOS:

Con fecha 29 de octubre de 1998, ante el Registro Civil de P. de M., don G. W., alemán, soltero, solicitó autorización para la celebración de su matrimonio civil con doña K. E., marroquí, quien había contraído un anterior matrimonio en Holanda con don N. H., marroquí, matrimonio que quedó disuelto por divorcio decretado, por la autoridad holandesa competente, con fecha 19 de julio de 1996.

Según la legislación marroquí, doña K. E. sólo podrá contraer nuevo matrimonio si el futuro esposo es de religión musulmana, o se convierte a ella, y si justifica su estado de divorciada mediante certificado expedido por autoridad marroquí competente.

El Juez Encargado dictó acuerdo autorizando la celebración del matrimonio solicitado.

El Ministerio Fiscal interpuso recurso frente a dicho auto, ante la DGRN, fundando en que, para determinar el estado civil de las personas, debe atenderse a su ley personal que, en este caso, impide el nuevo matrimonio de la promotora.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 14, 16 y 32 de la Constitución; 9, 12, 50, 56 y 107 del Código Civil; 73 de la Ley del Registro Civil; 238 y siguientes del Reglamento del Registro Civil, y la Instrucción de 26 de diciembre de 1978.

II. El único extremo sobre el que se discute, en este expediente previo para la celebración de un matrimonio, es el de si la contrayente marroquí tiene capacidad para contraer el matrimonio intentado.

III. Aunque la capacidad matrimonial de un extranjero se rija por la ley personal del interesado (cfr. art. 9.1 CC), esta ley no deberá ser aplicada y, en su lugar, se aplicará la ley española cuando la norma extranjera, aplicable como regla, haya de ser considerada contraria al orden público español (cfr. art. 12.3 CC). No cabe duda de que la norma marroquí que prohíbe el matrimonio de una musulmana con un varón no musulmán supone una limitación intolerable al «ius nubendi» de la mujer (cfr. art. 32 C.E.), así como una discriminación infundada por razón de religión (art. 14 C.E.) y una vulneración del principio constitucional de libertad religiosa (cfr. art. 16 C.E.). La norma indicada es, pues, manifiestamente contraria al orden público español, que ha de permitir que los extranjeros, lo mismo que los españoles, contraigan matrimonio civil en España sin indagación alguna sobre su religión, ideología o creencias.

IV. Por lo demás, en cuanto a la libertad matrimonial de la contrayente marroquí, se ha acreditado que ésta ha obtenido en Holanda el divorcio de su primer matrimonio con un marroquí. Teniendo en cuenta que en Holanda la única causa de divorcio es simplemente la desunión duradera de los cónyuges y la amplitud con que el Derecho musulmán marroquí regula las causas de divorcio y de repudiación, no hay motivos para entender que ese divorcio no se haya ajustado a la legislación marroquí común de los consortes, aparte de que, si la nacionalidad de éstos no hubiera sido la misma, se hubiera aplicado la ley de la residencia habitual del matrimonio (cfr. art. 107.1 CC). En todo caso, es evidente que la exigencia del «exequatur» (cfr. art. 107.2 CC) ha de entenderse limitada a los supuestos de matrimonio de un español o de aquéllos que estén inscritos en nuestro Registro Civil.

La Dirección General acordó desestimar el recurso y confirmar la resolución recurrida.

**2.ª) Se deniega la autorización de matrimonio civil porque hay datos objetivos bastantes para deducir la ausencia de consentimiento matrimonial.**

**Resolución de la DGRN de 20 de septiembre de 1999 (2.ª).**

HECHOS:

Con fecha 7 de mayo de 1999, ante el Registro Civil de I., don J. C. A., español, soltero, solicitó autorización para celebrar matrimonio civil con doña A. G. A., brasileña y soltera.

Según quedó acreditado, doña A. G. A. residía en I. desde febrero de 1999 y su permiso de estancia en España caducaba el 22 de mayo de 1999. De las declaraciones efectuadas por los interesados, en el curso de las respectivas audiencias reservadas, resultó que apenas se conocían recíprocamente.

El Juez Encargado dictó auto acordando no autorizar la celebración del matrimonio solicitado.

Los promotores recurrieron frente a dicho auto ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 12 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, sobre protección de los derechos humanos y libertades fundamentales; 23 del Pacto Internacional de Nueva York, de 19 de diciembre de 1966, de derechos civiles y políticos; 10, 14 y 32 de la Constitución, 3, 6, 7, 44, 45, 49, 56, 65, 73 y 1253 del Código Civil; 245, 246 y 247 del Reglamento del Registro Civil; la Instrucción de 9 de enero de 1995; y las Resoluciones de 5-3.ª y 11-3.ª de enero, 22-3.ª de febrero, 3 de marzo, 29-1.ª de mayo, 2-2ª y 19-4.ª de junio, 14-1.ª de julio y 15-3.ª de septiembre de 1999.

II. El problema de los llamados matrimonios de complacencia –matrimonios «blancos» en la terminología francesa– es un fenómeno muy común en los países sometidos a fuerte inmigración y que ha dado lugar a diversas medidas en el Derecho comparado y también, en el ámbito de su competencia, a una reciente Instrucción de carácter general de la

DGRN (Instrucción de 9 de enero de 1995). Mediante tales enlaces, no se busca en realidad contraer matrimonio entre un nacional y un extranjero, sino que se pretende, bajo el ropaje de esta institución y generalmente previo precio, que un extranjero se aproveche de las ventajas de la apariencia matrimonial a los efectos, especialmente, de facilitar la entrada o de regularizar la estancia en territorio nacional o de obtener más fácilmente la nacionalidad del cónyuge aparente.

III. Es indudable que un enlace de esta clase habrá de ser reputado nulo en nuestro Derecho por falta de verdadero consentimiento matrimonial (cfr. arts. 45 y 73.1.º CC). Ahora bien, la cuestión surge acerca de cómo constatar esta ausencia de consentimiento, puesto que, como ocurre normalmente en todas las hipótesis de simulación, es muy raro que existan pruebas directas de la voluntad simulada, de modo que descubrir la verdadera voluntad encubierta de las partes es una tarea difícil, en la cual juega un importante papel la prueba de la presunción judicial, para cuyo éxito «es indispensable que entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano» (art. 1253 CC). Por otra parte, ha de tenerse presente que existe una presunción general de buena fe y que el «ius nubendi» es un derecho fundamental de la persona, reconocido a nivel internacional y constitucional, de modo que la convicción de la simulación y del consiguiente fraude ha de llegar a formarse en un grado de certeza moral en el juicio de quien deba decidir sobre la nulidad del matrimonio discutido.

IV. No hay duda de que, en el expediente previo al matrimonio, el Encargado del Registro Civil puede apreciar la falta de consentimiento matrimonial, así como cualquier otro obstáculo o impedimento para el enlace (cfr. arts. 56.1 CC; 245 y 246 RRC y la Instrucción de 9 de enero de 1995) y, en tal caso, sin perjuicio del recurso oportuno, debe denegar la celebración (cfr. art. 247 RRC).

V. Sobre esa base ha de decidirse el presente caso, en el que concurren una serie de circunstancias que avalan el criterio del Encargado, como son: el escaso conocimiento mutuo de los contrayentes en cuanto a sus circunstancias familiares, edad, nombres de los padres o hermanos; no haberse aportado a las actuaciones alguna prueba de haber mantenido correspondencia postal o telefónica, tal y como afirman en sus declaraciones; y el desconocimiento por él del domicilio donde piensan vivir. No hay que olvidar que de la actitud de los contrayentes, así como de la manera de comportarse y contestar a determinadas preguntas, puede el Juez Encargado formarse un criterio y llegar a una certeza moral, que forzosamente debe ser tenida en cuenta, ya que, como queda dicho, es muy difícil demostrar que existe una simulación como no sea por medio de las manifestaciones y actitudes personales de los simulantes.

VI. En definitiva, si bien el «ius nubendi», como derecho fundamental de la persona, consagrado constitucional e internacionalmente, no tolera limitaciones infundadas, basadas en hechos que por sí no son determinantes para llegar a la conclusión de que no existe intención de contraer matrimonio, tal derecho no puede ser invocado cuando existen no sólo meros indicios, sino datos y hechos, por otra parte ciertamente objetivos, que pueden hacer creer que no hay tal voluntad efectiva, debiendo los Encargados, como ya puso de relieve la Instrucción de 9 de enero de 1995, «cerciorarse, sin mengua de la presunción general de buena fe, de la veracidad del con-

sentimiento dentro de las posibilidades que ofrece la regulación actual del expediente previo».

La Dirección General acordó desestimar y recurso y confirmar el auto apelado.

**3.ª) Se autoriza el matrimonio civil porque no hay datos objetivos bastantes para deducir la ausencia de consentimiento matrimonial.**

**Resolución de la DGRN de 8 de noviembre de 1999 (2.ª).**

#### HECHOS:

Con fecha 4 de mayo de 1999, ante el Registro Civil de O. (La Coruña), don R. A. S., español, soltero y doña R. S. R., soltera, colombiana, domiciliados ambos en la citada provincia, solicitaron autorización para celebrar matrimonio civil.

El Juez Encargado dictó auto por el que denegó la autorización solicitada, al entender que, examinada la audiencia reservada con los futuros contrayentes, se aprecian circunstancias que hacen pensar que la finalidad del matrimonio tiene por único objeto la fácil obtención de la nacionalidad española por parte de la contrayente, lo que representa un claro fraude de ley.

Los promotores interpusieron recurso frente a dicho auto ante la DGRN.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 12 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, sobre protección de los derechos humanos y libertades fundamentales; 23 del Pacto Internacional de Nueva York, de 19 de diciembre de 1966, de derechos civiles y políticos; la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 4 de diciembre de 1997, sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos; 10, 14 y 32 de la Constitución; 3, 6, 7, 44, 45, 73, 74 y 1253 del Código Civil; 238, 245, 246 y 247 del Reglamento del Registro Civil; la Instrucción de 9 de enero de 1995; y las Resoluciones de 18-2.ª y 29 de enero, 22-2.ª de febrero, 17-1.ª y 27-5.ª de abril, 14-2.ª y 21 de julio y 2-2.ª y 15-3.ª de septiembre de 1999.

II. Dentro de la tramitación del expediente previo a la celebración del matrimonio civil, existe un trámite esencial e imprescindible (cfr. Instrucción de 9 de enero de 1995, norma 3.ª), como es la audiencia personal, reservada y por separado de cada contrayente, que debe efectuar el Instructor, asistido del Secretario, para cerciorarse de la inexistencia del impedimento de ligamen o de cualquier otro obstáculo legal para la celebración (cfr. art. 246 RRC).

III. La importancia de este trámite ha aumentado en los últimos tiempos —especialmente en los matrimonios entre español y extranjero— en cuanto que por él puede en ocasiones descubrirse el verdadero propósito fraudulento de las partes, que no desean en realidad ligarse con el vínculo matrimonial, sino aprovecharse de la apariencia matrimonial para obtener las ventajas que del matrimonio resultan para el extranjero. Si, a través de este trámite, o de otros medios, el Encargado llega a la convicción de que existe simulación, no debe



autorizar un matrimonio nulo por falta de verdadero consentimiento matrimonial (cfr. arts. 45 y 73.1.º CC).

IV. Ahora bien, las dificultades prácticas de la prueba de la simulación son sobradamente conocidas. No existiendo pruebas directas de ésta, es casi siempre necesario acudir a la prueba de presunciones, es decir, deducir de un hecho o de unos hechos demostrados, mediante un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, la ausencia de consentimiento que se trata de probar (cfr. art. 1253 CC).

V. En el caso actual, los hechos comprobados por medio de este trámite de la audiencia a los contrayentes no son lo suficientemente clarificadores para deducir de ellos, sin sombra de duda, la existencia de la simulación. No hay contradicciones relevantes entre las declaraciones de ambos y, en todo caso, sus relaciones no datan de pocos días antes, sino que se remontan a un período de tiempo mucho mayor. No hay, en fin, datos de carácter objetivo de los que deducir el fraude.

VI. Si se tiene en cuenta la presunción general de buena fe y que el «*ius nubendi*», como derecho fundamental de la persona, no debe ser coartado, postergado o denegado más que cuando exista una certeza racional absoluta del obstáculo legal que vicie de nulidad el matrimonio pretendido, ha de ser preferible, aun en casos de duda, no poner trabas a la celebración del enlace. Como expresó en un supuesto similar la Resolución de 9-2.ª de octubre de 1993, «ante la opción de autorizar un matrimonio que eventualmente sea declarado nulo o de coartar el *ius connubii*», este Centro Directivo ha de elegir la primera alternativa». «Siempre quedará a salvo la posibilidad de que el Ministerio Fiscal inste judicialmente la nulidad del matrimonio (cfr. art. 74 CC) en un juicio declarativo ordinario en el que con toda amplitud podrán enjuiciarse las circunstancias del caso concreto».

La Dirección General acordó estimar el recurso, revocar el auto apelado y declarar que no hay obstáculos para que se autorice el matrimonio.

## 5.2 Inscripción de matrimonio.

### 1.ª) **Se inscribe el matrimonio de un español, celebrado en el extranjero, porque no hay datos objetivos bastantes para deducir la simulación**

#### **Resolución de la DGRN de 5 de noviembre de 1999 (1.ª).**

#### **HECHOS:**

Con fecha 16 de febrero de 1999, ante el Consulado General de España en Santo Domingo (República Dominicana), don S. C., dominicano, residente en aquella ciudad, solicitó la inscripción de su matrimonio, celebrado el 14 de enero de 1999 en la República Dominicana, conforme a la legislación de este Estado, con doña Z. R. G., española y residente en España.

La promotora es dominicana de origen, y adquirió la nacionalidad española por residencia en marzo de 1997. Según las declaraciones de los interesados, efectuadas en el curso de las preceptivas audiencias, se conocieron en la República Dominicana, durante una estancia de doña Z. R. G. en aquel país, y, tras el regreso de ésta a España, continuaron relacionándose por teléfono.

El Cónsul General de España en Santo Domingo denegó la inscripción de matrimonio solicitada, por considerar que no existe verdadero consentimiento matrimonial, como lo denotan, entre otros datos, la falta de convivencia y el desconocimiento mutuo, tratándose de un negocio jurídico simulado con objetivos económicos y migratorios irregulares.

La promotora recurrió frente a dicho auto ante la DGRN.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 12 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, sobre protección de los derechos humanos y libertades fundamentales; 23 del Pacto Internacional de Nueva York, de 19 de diciembre de 1966, de derechos civiles y políticos; 10, 14 y 32 de la Constitución; 3, 6, 7, 44, 45, 65, 73, 74 y 1253 del Código Civil; 15, 23 y 73 de la Ley del Registro Civil; la Instrucción de 9 de enero de 1995; y las Resoluciones de 9 y 23-1.<sup>a</sup> de enero, 3-2.<sup>a</sup>, 11-1.<sup>a</sup> y 25-3.<sup>a</sup> de febrero, 20 de marzo, 4-3.<sup>a</sup> y 22-2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> de mayo, 15-1.<sup>a</sup> y 19-3.<sup>a</sup> de junio, 7 de julio, 20-3.<sup>a</sup>, 4.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup> de septiembre, y 8-4.<sup>a</sup>, 16 y 18-1.<sup>a</sup> de octubre de 1999.

II. No sólo en el expediente previo para el matrimonio civil, a través del trámite de la audiencia personal, reservada y por separado de cada contrayente (art. 246 RRC), sino también cuando se intenta inscribir en el Registro Civil español un matrimonio ya celebrado en el extranjero mediante la certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración (art. 256.3.<sup>a</sup> RRC), es deber del Encargado cerciorarse de la inexistencia de impedimentos u otros obstáculos que provoquen la nulidad del matrimonio. Especialmente para evitar la inscripción de los llamados matrimonios de complacencia, en los que el verdadero propósito de las partes no es ligarse con el vínculo matrimonial, sino aprovecharse de las ventajas de la apariencia matrimonial para facilitar la situación del extranjero en relación con los requisitos de entrada y permanencia en España, el Encargado debe calificar, a través de las declaraciones complementarias oportunas que integran el título inscribible (cfr. art. 256 RRC), si ha habido verdadero consentimiento matrimonial en la celebración o si, por el contrario, se trata de un matrimonio simulado, nulo por la ausencia de dicho consentimiento matrimonial.

III. Ahora bien, las dificultades prácticas de la prueba de la simulación son sobradamente conocidas. No existiendo normalmente pruebas directas de ésta, es casi siempre necesario acudir a la prueba de presunciones, es decir, deducir de un hecho o de unos hechos demostrados, mediante un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, la ausencia de consentimiento que se trata de probar (cfr. art. 1253 CC).

IV. En el caso actual los hechos comprobados, por medio de esas declaraciones complementarias oportunas, no son lo suficientemente clarificadores para deducir de ellos, sin sombra de duda, la existencia de la simulación. Ciertamente existe alguna contradicción entre las declaraciones de los contrayentes (especialmente la que se refiere al año en que se conocieron) que justifica las sospechas del Cónsul Encargado respecto a la verdadera finalidad del enlace. Pero no es menos cierto que las relaciones entre la española y el dominicano no se han limitado a unos pocos días, sino que han tenido una duración más prolongada en el tiempo, siquiera por vía telefónica, ya que transcurrieron dos años desde que se conocieron hasta que contrajeron matrimonio.

Por lo demás, la identidad cultural de los contrayentes (la esposa también ostenta la nacionalidad dominicana) refuerza la tesis de la validez del matrimonio.

V. Si se tiene en cuenta la presunción general de buena fe y que el «*ius nubendi*», como derecho fundamental de la persona, no debe ser coartado, postergado o denegado más que cuando exista una certeza racional absoluta del obstáculo legal que vicie de nulidad el matrimonio pretendido, ha de ser preferible, aun en casos de duda, no poner trabas a la celebración o a la inscripción del enlace. Como expresó en un supuesto similar la Resolución de 9.2.<sup>a</sup> de octubre de 1993, «ante la opción de autorizar (aquí inscribir) un matrimonio que eventualmente sea declarado nulo o de coartar el *ius connubii*», este Centro Directivo ha de elegir la primera alternativa». «Siempre quedará a salvo la posibilidad de que el Ministerio Fiscal inste judicialmente la nulidad del matrimonio (cfr. art. 74 CC) en un juicio declarativo ordinario en el que con toda amplitud podrán enjuiciarse las circunstancias del caso concreto».

La Dirección General acordó estimar el recurso, revocar el auto apelado y ordenar que se inscriba en el Registro Consular el matrimonio de los promotores.

**2.<sup>a</sup>) Se deniega la inscripción de matrimonio de un español, celebrado en el extranjero, porque hay datos objetivos bastantes para deducir la ausencia de consentimiento matrimonial.**

**Resolución de la DGRN de 5 de noviembre de 1999 (2.<sup>a</sup>).**

#### HECHOS:

Con fecha 19 de enero de 1999, ante el Consulado General de España en Santo Domingo (República Dominicana), doña J. B. R., española, residente en España, solicitó la inscripción de su matrimonio, celebrado el 14 de enero de 1999 en la República Dominicana y conforme a la legislación de dicho Estado, con don L. V. A., dominicano, residente en Santo Domingo.

De las declaraciones por los interesados en sendos trámites de audiencia reservada, quedó patente la total ignorancia de cada uno de ellos respecto de los datos personales del otro, así como contradicciones relativas al lugar y circunstancias en que se conocieron.

El Cónsul General de España en Santo Domingo denegó la inscripción de matrimonio solicitada por considerar que se trata de un negocio jurídico simulado.

La promotora recurrió frente a dicho auto ante la DGRN.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 12 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, sobre protección de los derechos humanos y libertades fundamentales; 23 del Pacto Internacional de Nueva York, de 19 de diciembre de 1966, de derechos civiles y políticos; la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 4 de diciembre de 1997, sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos; 10, 14 y 32 de la Constitución; 3, 6, 7, 44, 45,

73, 74 y 1253 del Código Civil; 238, 245, 246 y 247 del Reglamento del Registro Civil; la Instrucción de 9 de enero de 1995; y las Resoluciones de 11-2.<sup>a</sup>, 18-3.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup>, 23-3.<sup>a</sup> de enero, 11-2.<sup>a</sup>, 20-3.<sup>a</sup>, 22-1.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup> y 25-2.<sup>a</sup> de febrero, 24 de marzo, 27-1.<sup>a</sup>, 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> de abril, 4-1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup>, 12-1.<sup>a</sup> y 22-4.<sup>a</sup> de mayo, 10-3.<sup>a</sup>, 15-2.<sup>a</sup> y 19-1.<sup>a</sup> de junio, 26 de julio, 2-1.<sup>a</sup>, 3.<sup>a</sup>, 4.<sup>a</sup>, 5.<sup>a</sup>, 6.<sup>a</sup> y 7.<sup>a</sup>, 15-1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup> y 16 de septiembre, 2, 8-2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup>, 13-1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup> y 22 de octubre de 1999.

II. El llamado matrimonio de complacencia es indudablemente nulo en nuestro Derecho por falta de verdadero consentimiento matrimonial (cfr. arts. 45 y 73.1.<sup>a</sup> CC). Para evitar, en la medida de lo posible, la existencia aparente de estos matrimonios y su inscripción en el Registro Civil, la DGRN dictó en su momento la Instrucción de 9 de enero de 1995, dirigida a impedir que algunos extranjeros obtengan la entrada en España o regularicen su estancia en ella por medio de un matrimonio simulado con ciudadanos españoles.

III. La Instrucción citada trata de evitar que esos matrimonios fraudulentos lleguen a celebrarse dentro del territorio español, recordando la importancia que, en el expediente previo a la celebración del matrimonio, tiene el trámite de la audiencia personal, reservada y por separado de cada contrayente (cfr. art. 246 RRC), como medio para apreciar cualquier obstáculo o impedimento para el enlace (cfr. arts. 56.1 CC y 245 y 247 CC) entre ellos, la ausencia de consentimiento matrimonial. Pues bien, análogas medidas deben adoptarse cuando se trata de inscribir en el Registro Consular o en el Central un matrimonio ya celebrado en la forma extranjera permitida por la «*lex loci*». El Encargado debe comprobar si concurren los requisitos legales—sin excepción alguna— para la celebración del matrimonio (cfr. art. 65 CC) y esta comprobación, si el matrimonio consta por «certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración» (art. 256.3.<sup>a</sup> RRC), requiere que, por medio de la calificación de ese documento y de las «declaraciones complementarias oportunas», se llegue a la convicción de que no hay dudas «de la realidad del hecho y de su legalidad conforme a la ley española». Así lo señala el artículo 256 del Reglamento, siguiendo el mismo criterio que, para permitir otras inscripciones sin expediente y en virtud de certificación de un Registro extranjero, establecen los artículos 23.2 de la Ley y 85 de su Reglamento.

IV. Esta extensión de las medidas tendentes a evitar la inscripción de matrimonios simulados, por más que hayan sido celebrados en el extranjero, viene siendo propugnada por la doctrina de la DGRN a partir de la Resolución de 30 de mayo de 1995, debiendo denegarse la inscripción cuando existan una serie de hechos objetivos, comprobados por las declaraciones de los propios interesados y por las demás pruebas presentadas, de los que sea razonable deducir según las reglas del criterio humano (cfr. art. 1253 CC) que el matrimonio es nulo por simulación.

V. En este caso concreto, son hechos objetivos comprobados: la discrepancia absoluta entre las declaraciones de los interesados en cuanto a cómo se conocieron; él desconoce la edad exacta de ella, su teléfono y domicilio en España, las fechas en que ha viajado a su país después de que se conocieron, la fecha del nacimiento de ella y que la misma tiene dos hijos de una relación anterior; por su parte, ella no supo decir el domicilio de él, la fecha exacta de su nacimiento, el nombre correcto de su suegro, ni los nombres de todos sus cuñados.

VI. De estos hechos comprobados es una deducción razonable y en modo alguno arbitraria entender que el matrimonio es nulo por simulación.

Así lo han estimado el Canciller del Consulado en funciones de Ministerio Fiscal (art. 54 RRC) y el Encargado del Registro Consular, los cuales por su intermediación a los hechos son quienes más fácilmente pueden apreciarlos y formar su convicción respecto de ellos. Esta conclusión, obtenida en momentos cronológicamente más próximos a la celebración del matrimonio, no quedaría desvirtuada por un expediente posterior, el del artículo 257 del Reglamento del Registro Civil, del cual debe prescindirse por razones de economía procesal (cfr. art. 354 RRC), si es que se estima que, además de la vía judicial, quedara abierto este camino ante la denegación adoptada en la calificación efectuada por la vía del artículo 256 del Reglamento.

La Dirección General acordó desestimar el recurso y confirmar el auto apelado.

**3.ª) Se deniega la inscripción y se considera nulo el matrimonio, entre española e italiano, celebrado en un Consulado italiano en España.**

**Resolución de la DGRN de 18 de octubre de 1999 (2.ª).**

**HECHOS:**

Doña M. D. R., española, y don C. S., italiano, solicitaron del Registro Civil de Madrid la inscripción de su matrimonio, celebrado el 14 de mayo de 1999 en el Consulado de Italia en la capital española.

El Juez Encargado dictó auto denegando la inscripción solicitada.

Los promotores presentaron recurso frente a dicho auto ante la DGRN, alegando que el Código Civil permite a los españoles contraer matrimonio en el extranjero con arreglo a la forma establecida en el lugar de celebración, por lo que el certificado de matrimonio que les ha sido expedido por la autoridad competente del país de celebración, Italia, debe ser inscribible siempre que no haya dudas sobre la realidad del hecho y su legalidad conforme a la ley española.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO:**

I. Vistos los artículos 9, 11, 49, 50, 65, 73 y 78 del Código Civil; 23 y 73 de la Ley del Registro Civil; 85 y 256 del Reglamento del Registro Civil; 5 del Convenio de Viena de Relaciones Consulares, de 24 de abril de 1963; y las Resoluciones de 5 de agosto de 1981, 20 de enero de 1982, 4 de mayo de 1988, 13-2.ª de enero de 1996, 21 de septiembre de 1998, 23-4.ª de enero y 12-2.ª de mayo de 1999.

II. Cualesquiera que fueran las dudas sobre el caso en la regulación anterior a la Ley 30/1981, de 7 de julio (cfr., por ejemplo, la Resolución de 20 de enero de 1982), después de esta Ley, y el régimen no ha variado por la Ley 35/1994, de 23 de diciembre, un español ha de contraer matrimonio en España, bien ante el Juez, Alcalde o funcionario señalado por el Código, bien en la forma religiosa legalmente prevista (cfr. art. 49 CC). El matrimonio consular que pueden contraer los extranjeros en España, si así lo permite la ley personal de cualquiera de ellos (cfr. art. 50 CC), no es, en cambio, una forma válida si uno de los contrayentes es español, de suerte que, en este segundo caso, el matrimonio es nulo por aplicación del artículo 73.3.ª del Código Civil.

III. Consiguientemente, y por exigencias del principio de legalidad, básico en el Registro Civil (cfr. arts. 23 LRC y 85 RRC), ha de denegarse la inscripción del matrimonio, celebrado el 14 de mayo de 1999 en el Consulado General de Italia en Madrid, entre un italiano y una española. La calificación por el Encargado alcanza, sin duda, a la comprobación de la existencia del requisito legal sobre la forma válida de celebración del enlace (cfr. arts. 65 CC y 256 RRC).

La Dirección General acordó desestimar el recurso y confirmar el acuerdo apelado.

- 4.ª) **Se deniega la inscripción de matrimonio islámico entre extranjeros, celebrado en España, cuando la Comunidad Islámica ante la que se celebró no está aún inscrita como incorporada a la Comisión Islámica de España o a alguna de las Federaciones Islámicas integradas en dicha Comisión.**

#### **Resolución de la DGRN de 4 de enero de 1999.**

##### **HECHOS:**

Con fecha 19 de septiembre de 1997, ante el Registro Civil de Barcelona, don A. L. y doña Z. B., ambos extranjeros, solicitaron la inscripción de su matrimonio islámico, celebrado en dicha ciudad el 18 de septiembre de 1999 y acreditado por certificación del representante de la Comunidad Religiosa Islámica «A».

Según quedó probado, la Comunidad Islámica «A»: a) está inscrita en el Registro de Entidades Religiosas desde 1992; b) está incorporada a la Federación Española de Entidades Religiosas (F.E.E.R.I), la cual también aparece inscrita en el Registro citado; c) la mencionada incorporación de la Comunidad «A» a la F. E. E. R.I. se inscribió en el Registro de Entidades Religiosas el 17 de marzo de 1998.

La Juez Encargada dictó auto denegando la inscripción de matrimonio solicitada, por entender que la actividad de una entidad religiosa no surte todos los efectos jurídicos reconocidos en la Ley 26/1992, por la que aprobó el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España, mientras no cumpla todos los requisitos que dicha Ley establece, entre ellos, la adscripción de la entidad a una Federación y la constancia registral de dicha adscripción, requisito este último que no concurre en el caso presente.

Los interesados interpusieron recurso frente a dicho auto ante la DGRN.

##### **FUNDAMENTOS DE DERECHO:**

I. Vistos los artículos 1 y 7 de la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España; 9, 50, 59, 60 y 65 del Código Civil; 5 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, sobre ejercicio del derecho civil a la libertad religiosa; 256 del Reglamento del Registro Civil; la Instrucción de 10 de febrero de 1993; y las Resoluciones de 20-3.ª y 22-3.ª de septiembre de 1994 y 16-1.ª de abril de 1998.

II. Como ha declarado reiteradamente este Centro Directivo, dos extranjeros pueden contraer matrimonio en España «con arreglo a la forma

prevista para los españoles» (art. 50 CC) y, por tanto, también hoy con arreglo a la forma religiosa establecida en la Ley Islámica, lo que se acreditará mediante certificación del representante de la Comunidad Islámica en que se hubiera contraído el matrimonio (cfr. apartados 1 y 3 del art. 7 de la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, y apartado III de la Instrucción de 10 de febrero de 1993).

III. Ahora bien, la anterior doctrina presupone el cumplimiento de todos los requisitos a que se subordina la aplicabilidad de la propia Ley 26/1992, de 10 de noviembre, según aparecen definidos en su artículo 1, en el que se establece que los derechos y obligaciones que se deriven en la misma serán de aplicación a «las Comunidades Islámicas inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, que formen parte o posteriormente se incorporen a la Comisión Islámica de España o a alguna de las Federaciones Islámicas inscritas integradas en dicha Comisión, mientras su pertenencia a las mismas figure inscrita en dicho Registro». Por tanto, para el reconocimiento de los derechos derivados de la citada Ley 26/1992 respecto de las Comunidades Islámicas, resulta preciso tanto la inscripción de las mismas en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia como la inscripción en el mismo Registro de su incorporación a la Comisión Islámica de España o a alguna de las Federaciones Islámicas inscritas, y en tanto tales inscripciones nos sean objeto de cancelación.

IV. En el presente caso, sin embargo, el matrimonio se celebró ante un representante de la Comunidad Islámica «A», el 18 de septiembre de 1997, fecha anterior a la de la inscripción en el Registro de Entidades Religiosas de la incorporación de dicha Comunidad a la Federación Española de Entidades Religiosas Islámicas que, según certificación del citado Registro, tuvo lugar el día 17 de marzo de 1998, por lo que no resultan aplicables a tal matrimonio las previsiones de la Ley 26/1992, de 10 de noviembre.

La Dirección General acordó desestimar el recurso y confirmar el auto recurrido.

## Sentencias comentadas

### Actitudes antisociales hacia los demás convecinos en la Ley de Propiedad Horizontal. (A propósito de la STC 28/1999, de 8 de marzo<sup>1</sup>)

**ALMA M.ª RODRÍGUEZ GUTIÁN**  
Profesora Titular Interina de Derecho Civil  
Universidad Autónoma de Madrid

**SUMARIO:** I. *Resumen de los hechos.*—II. *Comentario de la Resolución:* II.1 Delimitación objetiva del antiguo artículo 7.3 y del nuevo artículo 7.2 de la Ley 49/1960 de Propiedad Horizontal. II.2 Consecuencia jurídica del desarrollo de una actividad prohibida: Privación temporal del uso del piso al propietario.

#### I. RESUMEN DE LOS HECHOS

La Comunidad de propietarios del inmueble de la calle Navarra núm. 4 de esta ciudad, tras requerir a don Isacio del Río Carpio para que cesase en una serie de actos reiterados con que alteraba la convivencia social, demanda a éste y a su esposa, doña M.ª del Carmen García Rodríguez, para que se les privase del uso de la vivienda de la que eran propietarios en ese inmueble, de acuerdo con lo establecido en el artículo 19 de la Ley de Propiedad Horizontal (en adelante LPH). La Comunidad de propietarios alega que desde hacía cinco años don Isacio mantenía un comportamiento molesto, incómodo y obstaculizador de la normal convivencia comunitaria: tal comportamiento consistía en insultar, calumniar y vejear a los vecinos cuando se cruzaba con ellos, arrojar huevos, tomates y otros excrementos contra el vehículo de alguno de éstos, destrozarse los buzones e introducir en ellos preservativos usados y hacer llamadas telefónicas amenazando a los distintos vecinos. En concreto,

---

<sup>1</sup> BOE 14 de abril de 1999 suplemento del número 89.



en el acta de la reunión de vecinos de 23 de julio de 1994 los vecinos asistentes acuerdan por unanimidad requerir al señor Del Río para que cese en la conducta de insultos y amenazas y además deciden, para el caso de que dicho requerimiento no sea atendido, instar judicialmente la privación del uso del piso al citado copropietario; y en el acta de fecha de 17 de octubre de 1994 nuevamente denuncian la conducta insultante y amenazante del convecino y se acuerda por los asistentes, a excepción de dos que formulan la salvedad de apoyar lo que decida la mayoría, proceder judicialmente contra el demandado por la vía de los artículos 19.1 y 7.3 LPH.

La demanda es desestimada por el Juzgado de Primera Instancia, fundamentalmente en base a dos argumentos: primero, el artículo 7.3 de la Ley de Propiedad Horizontal ha de ser objeto de interpretación restrictiva, de manera que este precepto sólo prohíbe determinadas actividades profesionales o empresariales que se realicen en la vivienda, quedando al margen los comportamientos de los vecinos desvinculados del ejercicio de este tipo de actividades. Segundo, este mismo criterio de interpretación restrictiva conduce a que, para la prueba de la actividad en que se fundamenta la acción ex artículos 7.3 y 19 LPH, debe aportarse la condena firme al demandado en sentencia civil o penal (ha de decirse que, además de la acción civil, se había solicitado responsabilidad penal por algunos de los hechos del convecino a través de distintos procedimientos seguidos en varios juzgados). Interpuesto recurso de apelación por la Comunidad, el mismo fue estimado por la Audiencia Provincial, que impone a don Isacio la privación del uso del piso del que es cotitular en el inmueble por el plazo de 1 año, pero absuelve a su esposa, ya que la conducta que da origen a esta medida es de carácter personal y además ésta última no usa la vivienda simplemente por su relación con don Isacio, sino que también es copropietaria. Contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 13 de octubre de 1995 ambos esposos interponen recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. En su demanda de amparo los recurrentes sostienen la vulneración de tres derechos fundamentales: En primer lugar, el derecho a la libertad de residencia del artículo 19 de la Constitución (en adelante CE), tanto del esposo, al que se le ha privado del uso de la vivienda, como de la esposa, pues, aun absuelta de la demanda, se le priva de elegir su residencia debido a la obligación que tiene de residir con su cónyuge (art. 68 del Código Civil), con lo que indirectamente se atenta contra la unidad de la familia. En segundo lugar, se vulnera el principio de presunción de inocencia del artículo 24.2 CE, ya que se ha impuesto una sanción civil sin que se haya dictado ninguna sentencia condenatoria en las dos causas penales seguidas contra él por injurias, calumnias, amenazas y coacciones, a pesar de que había alegado la existencia de prejudicialidad penal. Por último, se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE por la interpretación realizada por la Audiencia del artículo 7 LPH, que le produce indefensión. El Tribunal Constitucional deniega el amparo.

## II. COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Este comentario aborda fundamentalmente dos grandes cuestiones: por una parte, la delimitación objetiva del artículo 7.3 de la Ley 49/1960 de 21 de julio sobre propiedad horizontal, es decir, cuáles son las actividades que

prohíbe a cada convecino este precepto y, por otra, la consecuencia jurídica de la realización por un propietario de alguna de las conductas prohibidas en el anterior artículo, esto es, la privación del piso al titular del mismo (art. 19 de la Ley 49/1960, de 21 de julio). Aunque la STC 28/1999 de 8 de marzo se refiere en concreto a la antigua redacción de la Ley 49/1960, de 21 de julio, en este comentario es de obligada mención el nuevo artículo 7.2 de la Ley 49/1960, redactado conforme a la Ley 8/1999 de 6 de abril, que se corresponde con los anteriores artículos 7.3 y 19<sup>2</sup>. Haré, al hilo del comentario, referencia a las novedades que el artículo 7.2 presenta frente a los preceptos anteriores.

## II.1 Delimitación objetiva del antiguo artículo 7.3 y del nuevo artículo 7.2 de la Ley 49/1960 de Propiedad Horizontal

Es, en concreto, en la interpretación del ámbito objetivo del antiguo artículo 7.3 de la Ley 49/1960 el punto en el que difieren las resoluciones del Juzgado de Primera Instancia y de la Audiencia Provincial. Este precepto prohíbe al propietario y al ocupante del piso la realización de una serie de actividades. Así, *«al propietario y al ocupante del piso les está prohibido desarrollar en él o en el resto del inmueble actividades no permitidas en los estatutos, dañosas para la finca, inmorales, peligrosas, incómodas o insalubres»*. Qué prohíbe este precepto: ¿El desempeño de cierto tipo de actividades o también la realización de cualquier conducta de un convecino que perturbe la pacífica convivencia social? El Juzgado de Primera Instancia entiende que este precepto ha de interpretarse de forma restrictiva, en el sentido de que sólo prohíbe a los vecinos el desempeño de actividades vinculadas al ejercicio de una profesión u oficio y desde luego la conducta del vecino demandado consistente en amenazas e injurias queda fuera del marco del artículo 7.3 LPH. Por su parte la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 13 de octubre de 1995<sup>3</sup> mantiene que el término actividades del precepto no cabe vincularlo exclusivamente a una profesión u oficio, pues la finalidad de la norma no ampara tal interpretación restrictiva del término. La razón de ser del artículo no es otra que la de sancionar cualquier tarea, operación o conducta que origine perturbación en la convivencia normal y pacífica que debe existir en la comunidad.

¿Pueden subsumirse estas conductas personales por parte de los convecinos consistentes en insultos o amenazas en el ámbito de aplicación del antiguo artículo 7.3 LPH? Si observamos la lista de actividades prohibidas en el antiguo artículo 7.3 LPH puede concluirse que el lugar donde quizá más claramente

---

<sup>2</sup> La Ley 8/1999 reforma parcialmente la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal. La nueva ley es fruto de una refundición de varias proposiciones de Ley que se tramitaban en principio de forma separada, refundición que tiene lugar a partir de un informe de las ponencias constituidas al efecto. Las proposiciones de Ley eran las siguientes: Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Catalán por la que se modifica la Ley 49/1960, de 21 de julio, Proposición de Ley del Grupo Popular en el Congreso sobre modificación de la Ley 49/1960 de 21 de julio y Proposición de Ley (con base en una iniciativa legislativa popular) sobre reclamación de deudas comunitarias. El texto publicado a partir del informe de las ponencias se denominó Proposición de Ley de reforma de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal, texto que con diversos retoques en su ulterior tramitación parlamentaria se convierte en la Ley 8/1999.

<sup>3</sup> RGD, núms. 628-629, 1997, pp. 1294-1296.

tuvieran cabida estas actitudes antisociales de los convecinos (insultos, amenazas, daños a bienes) es en las llamadas actividades incómodas<sup>4</sup>. Tales actividades incómodas suelen definirse como aquellas que producen falta de comodidad, fastidio, desasosiego, desagrado, que atentan, fuera de los límites normales y tolerables a la tranquilidad y pacífica convivencia. En la mayoría de los casos la incomodidad o la molestia se producen como consecuencia de actividades que afectan a los sentidos de la vista, oído y olfato. Pero también se comprenden dentro del concepto aquellas actividades que producen sentimientos de pudor, ansiedad, aprensión, etc.<sup>5</sup>. Normalmente las incomodidades suelen derivar de actividades industriales o mercantiles, que por los ruidos propios de su ejercicio, los olores desagradables que provocan los vapores ofensivos al olfato, la vista o la respiración, el calentamiento excesivo de la atmósfera... suponen una incomodidad grave y rebasan los límites de las pequeñas y esporádicas molestias propias de todas las relaciones de vecindad. La vinculación estrecha que se da entre las incomodidades y las actividades industriales o mercantiles permite entender en cierta medida la interpretación que da al artículo 7.3 LPH la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. Pero, claro, existen otro tipo de actividades incómodas que no aparecen ligadas necesariamente a esta clase de actividades industriales o mercantiles y que también tienen cabida en el marco de la propiedad horizontal. Por ejemplo, la música excesivamente alta a horas poco recomendables o las fiestas continuas nocturnas. Respecto a los pronunciamientos jurisprudenciales, hay dos resoluciones de las Audiencias que califican estas actitudes antisociales como actividades incómodas a la luz del anterior artículo 7.3 de la LPH: una es la ya citada sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 13 de octubre de 1995 y otra es la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo de 9 de junio de 1994<sup>6</sup>. En esta última resolución don Jaime G. S, en su condición de Presidente de la Comunidad de Propietarios de la casa sita en la avenida de Carrero Blanco de Lugo, núms. 288, 292 y 294 deduce ante el Juzgado de Primera Instancia demanda en juicio de cognición frente a doña María Celsa, su esposo don Jesús R. V. y doña María Luz R. F., esta última bajo la patria potestad de sus padres. El Juzgado dicta sentencia por la que estima la demanda y condena a los demandados y a sus convivientes a ser privados del uso del piso en el que habitan, así como del resto del edificio donde el mismo se encuentra situado, durante el tiempo de dos años desde que efectivamente se abandone. Apelada por la parte demandada, la Audiencia declara no haber lugar al recurso. También hay aquí una reiterada actuación, en este caso de la esposa cotitular del piso, consistente en insultos a los vecinos, producción de alborotos anómalos y ruidos, producción de daños así como causación de desperfectos e incomodidades al arrojar productos generadores de manchas y otros desperfectos en los pisos de los convecinos<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> En este sentido ÁLVAREZ OLALLA, P.: «Comentario al artículo 7.2 LPH», *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal* (Bercovitz Rodríguez-Cano: Coord), Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 193. Aunque desde luego no cabe descartar la posibilidad de que ciertos comportamientos del titular del piso pudieran calificarse como actividades insalubres (introducción de preservativos usados en los buzones o lanzamiento de excrementos) o incluso como actividades peligrosas (lanzamiento de huevos o tomates).

<sup>5</sup> VENTURA-TRAVERSEY Y GONZÁLEZ, A.: *Derecho de Propiedad Horizontal*, 5.ª edición, Bosch, Barcelona, 1992, p. 270.

<sup>6</sup> *Aranzadi Civil*, II, 1994, pp. 612-613.

<sup>7</sup> Algún otro pronunciamiento jurisprudencial, aunque en el ámbito de los arrendamientos urbanos, califica como actividad prohibida que permite resolver el contrato de

Ahora bien, ¿realmente el antiguo artículo 7.3 LPH está pensado para este tipo de conductas personales por parte de los convecinos consistentes en insultos o amenazas? En principio este precepto se refiere únicamente al desempeño de ciertas actividades (molestas, insalubres, nocivas...) y no a las conductas personales de los convecinos. En la sentencia de la que partimos el Tribunal Constitucional no entra a decidir si la interpretación dada por la Audiencia (en el sentido de que subsume tales conductas dentro del precepto) es o no más acertada que la del Juzgado de Primera Instancia, ya que a su juicio no le corresponde revisar una decisión judicial que realiza una interpretación legal que no puede ser tachada de irrazonable o arbitraria. Estoy completamente de acuerdo con el voto particular del magistrado don Pablo García Manzano, al que se adhiere don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, que entiende que ha existido violación del artículo 24.1 CE de los recurrentes en amparo en cuanto el artículo 7.3 LPH ha sido objeto de aplicación analógica por parte de la Audiencia en cuanto traslada lo que pertenece al ámbito objetivo de actividades desarrolladas en el inmueble al sujeto de las conductas de propietarios-ocupantes de viviendas integradas en aquel. A mi juicio hay dos razones por las que no cabe tal interpretación analógica:

Primero, no se dan los requisitos necesarios para la aplicación del procedimiento analógico. Como ya he indicado, el artículo 7.3 LPH contempla un supuesto específico (el desarrollo de ciertas actividades prohibidas), pero no contempla otro supuesto (el desarrollo de una conducta injuriosa por parte de un convecino). La analogía descansa en la semejanza entre el supuesto de hecho regulado y el no regulado. Para ver si hay semejanza entre los dos supuestos de hecho es preciso analizar si los elementos esenciales que caracterizan al supuesto de hecho regulado y que constituyen la *ratio iuris* de la norma se observan en el supuesto de hecho no regulado<sup>8</sup>. Pienso que no hay tal semejanza entre ambos supuestos. La finalidad del antiguo artículo 7.3 LPH (norma de Derecho de Vecindad<sup>9</sup>) viene explicada en la Exposición de

---

arrendamiento los insultos o amenazas por parte del arrendatario a la luz del anterior artículo 114.8.º LAU de 1964. Así, la sentencia de la Audiencia Territorial de Sevilla de 30 de septiembre de 1959, *Pretor*, 1960, agosto-septiembre, p. 142; la sentencia del Juzgado Municipal de Barcelona, núm. 18, de 17 de junio de 1964, *RGD*, 1964, p. 901 y la sentencia del Juzgado Municipal de Barcelona, núm. 8, de 17 de abril de 1967, *RGD*, 1967, pp. 1034-1035 (aunque esta última resolución considera que la acción resolutoria del contrato es una vía que debe admitirse en última instancia en el caso de actitudes antisociales del arrendatario hacia los demás vecinos cuando por otras vías no se ha puesto remedio a la situación planteada). En la actualidad el artículo 114.8.º ha sido sustituido por el artículo 27.2.e) LAU 29/1994, de 24 de noviembre, que autoriza al arrendador a resolver el contrato de arrendamiento cuando en las viviendas tengan lugar ciertas actividades, entre ellas, las calificadas como molestas. En sentido contrario a las anteriores resoluciones jurisprudenciales la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 1 de febrero de 1994 (*Aranzadi Civil* 1994, p. 267) entiende que las conductas antisociales de los vecinos no tiene cabida en el artículo 7.3 LPH. Véase en las pp. 456-457.

<sup>8</sup> GULLÓN BALLESTEROS, A.: «Comentario al artículo 4», *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, p. 29.

<sup>9</sup> En la llamada propiedad por pisos surge una modalidad especial de relaciones de vecindad. Las especialidades acerca de las relaciones de vecindad en la llamada propiedad por pisos surgen no sólo porque se dan relaciones de más intensidad, dada la obligada proximidad de los ocupantes y estrechez de espacios en que la misma se desarrolla, tanto en sentido horizontal como vertical, sino también por la propia naturaleza de esta propiedad, en la cual, junto a los espacios privativos coexisten otros comunitarios, necesarios para el

Motivos de la Ley de Propiedad Horizontal: «asegurar que el ejercicio del derecho propio no se traduzca en perjuicio del ajeno ni en menoscabo del conjunto, para así dejar establecidas las bases de una convivencia normal y pacífica». Nuestro precepto señala unas limitaciones para el propietario que está ejercitando su derecho privativo sobre su piso o local mediante el desarrollo de una actividad de tal forma que menoscaba o perjudica al resto de los copropietarios. Pero, cuando un vecino insulta, amenaza o coacciona, ¿está ejercitando un derecho propio y exclusivo que es preciso conjugar con el derecho de los demás vecinos? Es difícil concluir que con estas actitudes antisociales el vecino ejercita un derecho propio sobre su inmueble que es preciso limitar. Con tales conductas ilícitas está ejercitando unos comportamientos susceptibles de ser enjuiciados en la vía penal o incluso en la vía civil ex artículo 1902 del Código Civil. Cuando existen unas medidas específicas para poner fin o sancionar este tipo de conductas no tiene sentido aplicar una norma con una finalidad distinta, pensada para regular otro tipo de supuestos de hecho.

Segundo, aunque se apreciaran los requisitos para la aplicación analógica del artículo 7.3 LPH, no es posible realizar tal aplicación, tal y como dice el voto particular de la STC 28/1999, ya que no lo permite el artículo 4.2 del Código Civil («Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas»). El magistrado que emite el voto particular hace una interpretación amplia del precepto en el sentido de que la prohibición de la analogía no se constriñe, en el ámbito sancionador, a las normas punitivas contenidas en el Código Penal ni a las sancionadoras administrativas, sino que se prolonga también a las sancionadoras civiles. Efectivamente, la inclusión de las leyes sancionadoras civiles con pérdida de derechos en el ámbito restrictivo del precepto lo exige la *ratio* de éste, que impone no dar al calificativo penal una identificación exclusiva con normas de Derecho Penal <sup>10</sup>.

¿Varía la conclusión a la que he llegado en los párrafos anteriores tras el nuevo artículo 7.2, redactado conforme a la Ley 8/1999 de 6 de abril («Al propietario y al ocupante del piso o local no les está permitido desarrollar en él o en el resto del inmueble actividades prohibidas en los estatutos, que resulten dañosas para la finca o que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas...»)? ¿Cabe subsistir tales conductas antisociales en el nuevo precepto? Cierta-

---

adecuado uso y disfrute de aquellos. Para la regulación de estas especiales relaciones de vecindad hay una normativa específica dentro de la propia Ley de Propiedad Horizontal. De tal forma que nuestro legislador ha creído necesario intervenir mediante ciertas normas con el fin de paliar las situaciones de fricción que pudieran producirse y con el fin de asegurar un más adecuado uso y disfrute del derecho exclusivo de cada titular en relación con los demás. Por consiguiente, el artículo 7.3 LPH es un mecanismo jurídico que trata de solventar los conflictos de vecindad que pueden surgir entre los vecinos. Véase al respecto MORENO MARTÍNEZ, J. A.: *Conflictos de vecindad por el uso de la vivienda y locales de negocio* (de acuerdo a la Ley 8/1999, de 6 de abril, de reforma de la propiedad horizontal), Aranzadi. Navarra, 1999, pp. 35-36. Por su parte ALONSO PÉREZ, M.: «Las relaciones de vecindad», *ADC*, 1983, p. 389 considera que aún está sin hacer un estudio de las relaciones de vecindad en la Ley de Propiedad Horizontal.

<sup>10</sup> De acuerdo con esta interpretación COCA PAYERAS, M.: «Analogía (Derecho Civil)». *EJB*, I, Civitas, 1995, p. 452 y GULLÓN BALLESTEROS, A.: «Comentario al artículo 4 del Código Civil»..., *cit.*, p. 30.

mente no. A pesar de que cambia la denominación de actividades incómodas por la de molestas, ello no supone una variación en el listado de actividades que antes podían calificarse de incómodas al ser los dos adjetivos de significación idéntica. El cambio de adjetivos se hace con la simple finalidad de adaptar la terminología de la ley a la ya usada por la normativa administrativa, en especial por el Reglamento sobre Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas aprobado por Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, como ya hiciera anteriormente el artículo 27.2.e) de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, reguladora de los Arrendamientos Urbanos, que prevé la resolución del contrato de arrendamiento cuando se llevan a cabo por el arrendatario determinadas actividades. Existe otro cambio en el nuevo artículo 7.2 que quizá permite reforzar la idea de que las conductas antisociales de los vecinos no quedan integradas dentro de su ámbito. En la actual redacción el precepto prohíbe aquellas actividades que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas. Con tal expresión el precepto está remitiendo al capítulo referido a las disposiciones generales del citado Reglamento de 30 de noviembre de 1961. No queda claro si con tal remisión se persigue que el juez civil quede vinculado a los criterios que sobre tales actividades se realicen en sede administrativa. En caso de que así sea, claramente no podremos considerar las actitudes antisociales de los vecinos como actividades molestas en la legislación de propiedad horizontal, ya que el artículo 3.1 del Reglamento sólo entiende por actividades molestas aquellas que «constituyan una incomodidad por los ruidos o vibraciones que produzcan o por los humos, gases, olores, nieblas, polvos en suspensión o sustancias que eliminen»<sup>11</sup>. Tampoco creo que sea posible a la luz del 7.2 LPH una aplicación analógica del mismo a las conductas antisociales de los vecinos en cuanto el sentido de la norma no ha sufrido variación: trata igualmente de limitar el derecho exclusivo del propietario cuando el ejercicio de tal derecho implica un menoscabo para los demás propietarios. Y nunca los insultos o amenazas suponen ejercicio de su derecho por parte de un vecino.

## II.2 Consecuencia jurídica del desarrollo de una actividad prohibida: Privación temporal del uso del piso al propietario

La sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 13 de octubre de 1995 señala que el esposo, cotitular del piso, sea privado temporalmente del uso de la vivienda ante la realización de una serie de comportamientos molestos. Por el contrario mantiene en el pleno dominio y uso del piso a la mujer y a los hijos. En relación con esta medida judicial cabe analizar dos aspectos: Primero, la extensión subjetiva de la sanción, es decir, si la medida de la privación temporal del uso del piso es una medida de carácter personal, de manera que sólo afecta a quien ha cometido la conducta o la actividad prohibida y, segundo, si la imposición de tal medida atenta contra alguno de los derechos fundamentales recogidos en la Constitución.

En principio ha de decirse que el nuevo artículo 7.2 LPH sí introduce una novedad relevante respecto al antiguo artículo 19 LPH. Sin duda con la nueva regulación se incrementan las sanciones contra el vecino incómodo:

---

<sup>11</sup> Sin embargo MORENO MARTÍNEZ, J. A.: *Conflictos de vecindad...* cit., p. 125 ha señalado que la remisión al Reglamento se hace a los efectos delimitadores de la noción de actividades molestas con carácter orientativo para el juez civil.

así como el artículo 19 sólo prevé la privación temporal máxima del uso del piso por dos años al propietario (o la privación definitiva –resolución o lanzamiento– según se trate, respectivamente de un titular ocupante o de un ocupante no titular)<sup>12</sup>, el nuevo artículo 7.2 prevé, además de que el juez pueda adoptar una serie de medidas cautelares durante la tramitación del procedimiento de cognición, la acción de cesación definitiva de la actividad, la indemnización de daños y perjuicios y la posibilidad de poder acordar de forma acumulada la privación temporal del piso o local por un plazo de tiempo no superior a tres años (o la privación definitiva –resolución o lanzamiento– según se esté ante un titular ocupante o ante un ocupante no titular)<sup>13</sup>. A continuación estudio el alcance que puede tener la ampliación del número de medidas de protección frente al vecino incómodo respecto a la extensión subjetiva de la sanción de privación del uso del piso o local. El problema fundamental en relación con la extensión de la sanción que tenía la anterior regulación (art. 19) es que la privación temporal del uso del piso al propietario, que es el caso que aquí interesa, era la única medida que el juez podía imponer al vecino que llevaba a cabo la actividad prohibida y tal medida, en caso de aplicarse, tenía, entre otras consecuencias, la de que, no sólo el titular del piso infractor, sino también todos los miembros de su familia que habitaban en el piso iban a ser privados del uso del mismo. De hecho el propio artículo 19 LPH lo expresaba de modo claro: ... *«la junta podrá instar y obtener judicialmente la privación del piso o local a aquel y a quienes con él convivan»*. Por convivientes ha de entenderse las personas que de él dependen, familiar o laboralmente. Moreno Martínez aclara que el término familiar ha de interpretarse en un sentido amplísimo, de manera que se considerará familiar a todo el que dependa del titular del piso econó-

<sup>12</sup> Artículo 19 LPH 49/1960: *«La infracción de las prohibiciones establecidas en el párrafo tercero del artículo séptimo dará lugar al apercibimiento al titular o, en su caso, al ocupante del piso o local. Desatendido el requerimiento por el titular ocupante, la junta podrá instar y obtener judicialmente la privación del uso del piso o local a aquel y a quienes con él convivan. Dicha privación la fijará discrecionalmente el juez por un plazo no superior a dos años, atendida la gravedad de la falta, sin que afecte a los restantes derechos dominicales y a las obligaciones derivadas del título.»*

*Asimismo tendrá la junta acción contra el ocupante no propietario para obtener el Juez el lanzamiento o resolución del contrato, en su caso; pero sólo podrá ejercitarla cuando el titular no lo hiciere en el plazo prudencial que se le hubiere señalado en requerimiento fehaciente.*

*Para el ejercicio de las expresadas acciones judiciales se seguirán los trámites del proceso abreviado de cognición, siendo Juez competente el municipal o comarcal del lugar donde esté sita la finca, salvo lo dispuesto en la Ley de Arrendamientos Urbanos.»*

<sup>13</sup> Incisos 4.º y 5.º del artículo 7.2 LPH, redactado conforme a la ley 8/1999: *«Presentada la demanda, acompañada de la acreditación del requerimiento fehaciente al infractor y de la certificación del acuerdo adoptado por la junta de propietarios, el juez podrá acordar con carácter cautelar la cesación inmediata de la actividad prohibida, bajo apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia. Podrá adoptar asimismo cuantas medidas cautelares fueran precisas para asegurar la efectividad de la orden de cesación. La demanda habrá de dirigirse contra el propietario y, en su caso, contra el ocupante de la vivienda o local.»*

*Si la sentencia fuese estimatoria podrá disponer, además de la cesación definitiva de la actividad prohibida y la indemnización de daños y perjuicios que proceda, la privación del derecho al uso de la vivienda o local por tiempo no superior a tres años, en función de la gravedad de la infracción y de los perjuicios ocasionados a la comunidad. Si el infractor no fuese el propietario, la sentencia podrá declarar extinguidos definitivamente todos sus derechos relativos a la vivienda o local, así como su inmediato lanzamiento».*

micamente <sup>14</sup>. Probablemente consciente de la dura situación que se crea con la privación del piso al titular del mismo y a los que conviven con él la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 13 de octubre de 1995 huye de una interpretación literal del artículo 19 LPH a favor de una interpretación lógica, finalista y sistemática del precepto. Así, entiende que la sanción civil prevista en la Ley de Propiedad Horizontal debe afectar al marido, titular del piso y autor de la conducta prohibida, pero no a su esposa y a los hijos del matrimonio. Ello en base a dos argumentos: En primer lugar, la actividad denunciada viene ligada a una conducta y comportamiento personal e intransferible del señor del R. y, en segundo lugar, que la ocupación de la vivienda por la esposa codemandada no obedece de modo exclusivo a una vinculación familiar con el demandado infractor sino que también deriva de su condición de copropietaria (ambos están casados bajo el régimen de gananciales) <sup>15</sup>. Algún autor se ha planteado una posible interpretación del artículo 19 LPH según la cual el juez puede acordar tanto de oficio como a instancia de la Junta la exclusión de algún conviviente de la sanción, ya que la discrecionalidad que el precepto impone al juez ha de entenderse predicable no sólo para la fijación de la duración de la sanción sino también para el señalamiento de la extensión subjetiva de la misma <sup>16</sup>. Pero como objeción a semejante interpretación se ha apuntado que aunque la exclusión de algún conviviente paliara una situación injusta también podría dar lugar a indudables fraudes <sup>17</sup>.

El nuevo artículo 7.2 (que unifica la delimitación objetiva de las actividades prohibidas y la consecuencia jurídica del desempeño de alguna de estas actividades frente a la regulación anterior) abandona la referencia a los convivientes para el caso de privación del uso del piso o local al infractor. ¿Ha de entenderse con ello que hay un cambio de dirección frente a lo dispuesto en la normativa anterior? Parece que el silencio del legislador ha de interpretarse en sentido negativo. Por tanto, aunque la demanda fuera entablada sólo contra el propietario ocupante, los efectos de la sentencia se extenderán también a todas las personas que dependan de él, tanto familiar como económicamente <sup>18</sup>. En cualquier caso, aunque se mantenga que la nueva normativa ha opta-

<sup>14</sup> *Conflictos de vecindad...*, cit., p. 224 y nota 530.

<sup>15</sup> Por el contrario la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo de 9 de junio de 1994, a la que antes ya se ha hecho referencia, condena al matrimonio y a su hija a la privación del piso en que habitan, aunque la única que resulta condenada en diversos juicios penales que se dictaron al efecto fue la esposa

<sup>16</sup> TOMÉ PAULÉ, J.: «Régimen procesal de la propiedad horizontal», *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, 1965, pp. 129-130. Según el autor tal exclusión debe decretarse por el juez cuando motivos de justicia, moralidad o equidad así lo aconsejen. Pone el siguiente ejemplo: el marido agraviado por el adulterio que comete la mujer en su ausencia. Si la junta ante tal actividad practica el requerimiento y obtiene sentencia estimatoria, el que se prive del uso a la mujer culpable es lo natural; pero el que se extienda la sanción al marido agraviado le parece fuera de toda lógica. Evidentemente con la nueva redacción de la ley, al haberse suprimido el adjetivo de inmoral referido a las actividades, no sería posible seguir manteniendo este ejemplo.

<sup>17</sup> MORENO MARTÍNEZ, J. A.: *Conflictos de vecindad...*, cit., p. 228 nota 537.

<sup>18</sup> En este sentido CRESPO ALLUÉ, F.: «Comentario al artículo 7.2 LPH», *La reforma de la propiedad horizontal*, Guilarte Gutierrez (Coord), Lex Nova, Valladolid, 1999, p. 83 y MORENO MARTÍNEZ, J. A.: *Conflictos de vecindad...* cit. p. 228. No obstante, ésta no es una cuestión pacífica. OLALLA, P.: «Comentario al artículo 7.2 LPH»..., cit., pp. 205-206 considera plausible que el juez prive del uso de la vivienda sólo al titular infractor y no a los que conviven con él, y ello debido al carácter flexible de la reforma en la fijación de las



do por privar del piso sólo al infractor, no deja de ser una consecuencia bastante dura que los hijos y el otro cónyuge permanezcan viviendo en un piso y el infractor en otro distinto. Ahora bien, lo que es indudable, y ésta sí que es una gran novedad, es que, al haberse ampliado el número de las medidas de protección frente al vecino incómodo, el juez podrá elegir entre varias medidas y no tendrá que decretar necesariamente la privación del piso. El propio precepto tiende a situar en un primer plano las medidas más adecuadas para el restablecimiento de una buena vecindad: la cesación definitiva de la actividad molesta, el resarcimiento de daños y perjuicios y las medidas cautelares que a lo largo de todo el procedimiento cabe adoptar. Por el contrario, se presentan como medidas complementarias, de carácter facultativo para el juez, la privación temporal del uso en el caso del propietario o la extinción de los derechos en caso de que el infractor no sea propietario. Es cierto que estas últimas medidas tienden a sancionar al infractor más que al restablecimiento de la buena vecindad, de manera que en la actualidad quedará en manos del juez ante tal abanico de posibilidades la decisión, en base probablemente a la gravedad del hecho prohibido, de si se privará del uso del piso al infractor y a los que convivan con él.

El segundo aspecto que interesa analizar es si la privación temporal del derecho de uso del piso o local al propietario vulnera algún derecho fundamental recogido en la Constitución. En un primer momento se plantea la inconstitucionalidad del antiguo artículo 19 LPH por su vulneración del contenido esencial del derecho de propiedad (art. 33 CE). La utilización por una sociedad mercantil de un piso de determinada finca para actividades no permitidas en los estatutos lleva a la comunidad de propietarios de la citada finca a promover juicio de cognición contra la sociedad, solicitando que se la condene a la privación del uso de los pisos de su propiedad conforme al artículo 19 LPH. La parte demandada en la contestación a la demanda alegaba una posible expropiación del derecho de usar y disfrutar de una cosa, sin que en dicha expropiación concurren los requisitos de utilidad pública e interés social. El Juez ante el que se presenta la demanda dicta auto planteando la cuestión de constitucionalidad. El Tribunal Constitucional en su sentencia de 21 de octubre de 1993 resuelve la cuestión de constitucionalidad declarando no haber lugar a la inconstitucionalidad del inciso final del primer párrafo del artículo 19. Deja bien claro que en el caso de la privación del uso del piso o local no estamos ante el instituto de la expropiación forzosa en cuanto sistema de garantías tendente a asegurar el patrimonio privado frente a una intromisión del poder público sino ante una específica sanción civil. La privación del uso es una medida que se acuerda judicialmente al término de un proceso ante el incumplimiento de una obligación legal o estatutaria de no hacer por parte de un convecino, y desde luego la Constitución permite que se produzcan regulaciones legales que restrinjan con sanciones el derecho de propiedad privada. Parece claro y acertado el planteamiento del Constitucional en esta resolución.

---

sanciones, de manera que la normativa permite que el juez determine exactamente el alcance de la sanción (y también a quiénes alcanza). Incluso llega a plantearse también la posibilidad de que el juez prive del piso al infractor conviviente y no al titular, en los casos en que ha habido suficiente diligencia por parte de éste último, por ejemplo, cuando la conducta la desempeña un cónyuge, con oposición del otro (titular), y están en trámites de separación. GÓMEZ DE LIAÑO, F.; GÓMEZ DE LIAÑO, R. y LOREDO, M.: *Procedimientos sobre propiedad horizontal*, Forum, Oviedo, 1999, p. 38 consideran, en atención a su carácter de sanción civil, que la privación del piso ha de ser personal.

En un segundo momento, precisamente en la STC 28/1999 de 8 de marzo, se ha planteado si la medida de la privación temporal del uso del piso o local vulnera otro derecho fundamental, en este caso la libre elección de residencia del artículo 19 CE. Los recurrentes entienden que la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid ha vulnerado tal derecho, no sólo en relación con el marido infractor al que efectivamente se le priva del uso de la vivienda sino también en relación con la esposa en cuanto se la priva de elegir la vivienda al tener la obligación de residir con su cónyuge (art. 68 del Código Civil). En ninguno de los dos casos el Tribunal Constitucional considera vulnerado tal derecho fundamental. Primero, respecto a la esposa, no acierta a comprender el tribunal qué tiene que ver este derecho con la incidencia que el cumplimiento de los deberes derivados de las relaciones familiares pueda tener en la elección de un domicilio por parte de una determinada persona. En relación con la privación del piso al marido infractor, en principio la libertad de elección de residencia desde luego comprende el derecho a determinar libremente el lugar donde quiere establecer su vivienda concreta y determinada (libertad de elección de domicilio)<sup>19</sup>, pero se presentan como dos cuestiones distintas el derecho a la libre elección de domicilio como límite a los poderes públicos y la privación del derecho al uso de la vivienda ante el incumplimiento de deberes propios de una relación jurídico-privada, la derivada del régimen de propiedad horizontal. Efectivamente, el artículo 19.1 CE, más que enunciar el reconocimiento positivo de una facultad ilimitada de los españoles para establecer su vivienda donde y como les plazca, se refiere de forma implícita a la prohibición a las autoridades públicas de imponer o dificultar la circulación de las personas y de imponerles o prohibirles una determinada residencia<sup>20</sup>. No creo que tampoco en este caso sea discutible la argumentación del tribunal y tras estas dos resoluciones desde luego parece claro que hoy por hoy está fuera de duda la constitucionalidad de una medida como la privación del derecho de uso del piso o local en el régimen de propiedad horizontal.

---

<sup>19</sup> Que la libertad de elección de residencia comprende la libre elección de domicilio se aprecia mucho más claramente en el artículo 9 de la Constitución de 1876 y en el artículo 31 de la Constitución republicana de 1931, ya que en ambas se menciona expresamente el término domicilio.

<sup>20</sup> Señala SANTAMARÍA, J. A.: «Comentario al artículo 19 de la Constitución», *Comentarios a la Constitución*, Garrido Falla (dir), Civitas, Madrid, 1985, pp. 383-384, que la correcta comprensión del contenido de este artículo como límite a los poderes públicos requiere una perspectiva histórica. La libertad de circulación y residencia significó en su origen una reacción contra la pervivencia de las adscripciones personales a ámbitos territoriales determinados, de origen medieval (siervos de la gleba), así como frente a las limitaciones impuestas por los monarcas absolutos en orden a la residencia en ciertas zonas o ciudades.



## Sentencias, año 1999

A cargo de: **Encarna ROCA TRÍAS**  
**Ramón CASAS VALLÉS**

Colaboran: **Susana ÁLVAREZ GARCÍA, Ramón CASAS VALLÉS, Asunción ESTEVE PARDO, Isidoro GARCÍA SÁNCHEZ, Isabel MIRALLES GONZÁLEZ, Miquel PEGUERA POCH, Corona QUESADA GONZÁLEZ, Mònica VILASAU SOLANA**

**STC 6/1999, de 8 de febrero («BOE» de 25 de febrero de 1999).**

**RA.**

**Ponente: Cachón Villar.**

**Desestimado.**

**Conceptos: Tutela judicial efectiva. No constancia de título suficiente de situación posesoria para oponerse a una diligencia de lanzamiento.**

**Preceptos de referencia: Artículo 24 CE.**

La demandante de amparo era arrendataria de una finca sobre la que recayó juicio ejecutivo, tras haber sido subastada y adjudicada a la Caja de Ahorros del Mediterráneo. La demandante solicitó la suspensión de la diligencia de lanzamiento, dictada contra ella en la fase de apremio del juicio ejecutivo en cuestión, y que se la tuviese por personada en el procedimiento. El Juzgado de Primera Instancia resolvió no haber lugar a la demanda ni a la personación de la demandante en el mencionado juicio ejecutivo. Por esta razón, la demandante del amparo alega la lesión de los derechos de tutela judicial efectiva y defensa (art. 24 CE).

Señala el TC, apoyándose en nutrida jurisprudencia constitucional y haciendo especial referencia a las SSTC 6/1992 y 21/1995, que una vez planteada en el proceso de ejecución la pretendida paralización del lanzamiento del poseedor de una finca *«será en el examen de cada caso donde el órgano judicial competente podrá apreciar, según las singulares características de la situación posesoria, si ésta debe subsistir»* (STC 158/1997), de modo que habrá de resultar de tal examen *«si es el poseedor o bien el ejecutante quien haya de acudir al ulterior juicio en la garantía de sus derechos»* (STC 158/1997). Y ello, afirma el TC, porque el proceso de la Ley Hipotecaria *«no impide que los poseedores, en el momento de ser requeridos para el desalojo y ulterior lanzamiento, puedan exhibir un título cuya eficacia sólo a efectos de ejecución habrá de valorar el Juez, pero sí se opone, por su propia naturaleza, a que en el mismo proceso se agregue como apéndice final otro procedimiento contradictorio no previsto en la Ley»* (STC 158/1997), de modo que, para que se produjese la vulneración del artículo 24.1 CE, habría de quedar el poseedor de la finca *«en una situación de material indefensión, que no se produce si, al tener conocimiento de la ejecución mediante los obligados requerimientos, tiene la posibilidad de aducir la existencia de un derecho que en apariencia puede subsistir»* (STC 8/1997).

De acuerdo con el TC, la demandante en amparo alegó su condición de arrendataria, aportó la documentación que estimó pertinente (contrato y recibos de pago de alquiler) y solicitó que se la tuviera por parte y se dejara sin efecto la orden del lanzamiento, y todo ello ante el órgano judicial competente, que tramitaba el procedimiento, el cual tuvo conocimiento cabal de tales alegaciones, recibió la documentación y hubo de resolver sobre las pretensiones deducidas (FJ. 5). Destaca a continuación el TC que, a los efectos del amparo postulado no interesa tanto el sentido de la resolución judicial cuanto el hecho de que esté motivada. A juicio del TC, la resolución judicial denegatoria, contraria a lo suplicado por la demandante del amparo, que invocaba su condición de arrendataria, se fundamenta en una previa ponderación de las notas definidoras de la situación posesoria, por lo que el Tribunal de Primera Instancia aplicó la normativa pertinente, según criterios razonables, motivos y carentes de arbitrariedad (FJ. 5).

Por todo ello, entiende el TC que la demandante del amparo no sufrió indefensión ni fue lesionada en su derecho a la tutela judicial efectiva. Finalmente, argumenta el TC que la desestimación de las peticiones de la demandante del amparo, no supone una denegación definitiva de su derecho de acceso a la jurisdicción en defensa de su condición de arrendataria y que nada impide que pueda pretender la declaración de su derecho arrendaticio (FJ. 6).

**STC 28/1999, de 8 de marzo («BOE» de 14 de abril de 1999).**

**RA.**

**Ponente: Cruz Villalón. Voto particular de García Manzano al que se adhiere Jiménez de Parga y Cabrera.**

**Desestimado.**

**Conceptos: Tutela judicial efectiva. Libertad de residencia. Domicilio.**

**Propiedad Horizontal: privación de uso de vivienda. Analogía.**

**Preceptos de referencia: Artículos 18, 19, 24.1, 33.1, 47 CE; artículos 7.3, 19 LPH; artículo 40 CC.**

El recurrente fue condenado en sentencia a la privación del uso del piso de su propiedad, sometido al régimen de propiedad horizontal, por aplicación del artículo 7 de la LPH (en su redacción anterior a la reforma de la Ley 8/1999). El recurso invoca como preceptos vulnerados el derecho a la libertad de residencia y el derecho a la tutela judicial efectiva.

El Tribunal Constitucional no considera vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva por cuanto ha existido resolución motivada y fundada en Derecho. La interpretación del artículo 7.3 LPH realizada por la sentencia de la Audiencia Provincial, consistente en que la norma comprende «los supuestos de conductas de un miembro de la Comunidad que resulten gravemente perturbadoras de la convivencia vecinal en modo alguno puede ser tachada de irrazonable» (FJ. 2), sin perjuicio de que la sostenida por el Juzgado de Primera Instancia fuera la de que el precepto citado solo se refiere a actividades empresariales o profesionales. El Tribunal recuerda la doctrina establecida por él en su día sobre el artículo 19 LPH: la privación del uso de una vivienda o local al propietario sometido al régimen de propiedad horizontal se trata de una sanción civil o de una obligación exigible judicialmente cuando se constata determinada conculcación del ordenamiento.

En cuanto al contenido de la libertad de residencia, el Tribunal señala que supone la libertad de habitar en un determinado lugar. En ese sentido, el domicilio es siempre el lugar en que se habita, si bien tal habitación ha de hallarse cualificada por «la presencia de determinadas notas» para determinar la existencia del domicilio. «Cuales sean esas notas dependerá de la concreta consideración del domicilio en cada caso» (FJ. 7); por ejemplo, la habitualidad (domicilio del art. 40 CC), el lugar donde se establece la sede jurídica de la persona o, en fin, aquel «donde se desarrolla la vida privada de la persona física», como es lo característico del concepto de domicilio cuya inviolabilidad está protegida por el artículo 18 CE. En cualquier caso, el derecho subjetivo y personal a habitar en un lugar no confiere un poder omnímodo a favor de su titular «para habitar lícitamente en un lugar es necesario disfrutar de algún derecho (...) que habilite al sujeto para la realización de tal uso del bien en que pretende establecerse». (FJ. 7) Que la libre elección de domicilio forme parte del contenido de la libertad de residencia deriva de un derecho privado «sin que la protección de la personalidad y la autonomía privada que está en la base de su regulación implique que deban incorporarse al contenido de los derechos fundamentales protegibles en amparo» (FJ. 7). Por ello, «los condicionamientos que pueda sufrir el derecho a la libre elección de domicilio, derivados de la inexistencia o pérdida de los derechos privados que habiliten para el disfrute del bien en cuestión, quedan, en principio, al margen de la protección constitucional del derecho a la libertad de residencia» (FJ. 7). En este caso, el Tribunal entiende que la sanción civil impuesta tiene una incidencia muy limitada en la libertad de residencia, porque no impide al recurrente fijar su residencia en cualquier otro lugar.

El voto particular está sustancialmente de acuerdo con la sentencia en cuanto a la no vulneración de la libertad de residencia, pero considera que la sentencia recurrida vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva por haber aplicado la analogía en el ámbito de un precepto sancionador civil. Entiende que la prohibición de la analogía prevista en el artículo 4.2 CC es exigible también en el caso de sanciones civiles como la impuesta al recurrente. La analogía se habría dado al trasladar una regulación objetiva (prevista para actividades desarrolladas en el inmueble) al ámbito subjetivo (de las conductas de los propietarios ocupantes de las viviendas). Máxime cuando no se condenó a la privación del uso de la vivienda a quienes convivían con el condenado, en contradicción con lo previsto en la norma de la LPH.

**STC 46/1999, de 22 de marzo («BOE» de 27 de abril de 1999).**

**RA.**

**Ponente: Jiménez de Parga y Cabrera. Voto particular concurrente de Jiménez de Parga y Cabrera.**

**Estimado.**

**Conceptos: Vulneración del principio de igualdad. Denegación discriminatoria de pensión de orfandad a hijo adoptivo.**

**Preceptos de referencia: Artículos 14 y 39 CE.**

Se plantea el amparo para que se determine si la Administración, al denegar al recurrente la pensión de orfandad por no cumplir el requisito temporal que establecía el artículo 41.2 TR Ley de Clases Pasivas de 1987 (que el adoptante haya sobrevivido al menos dos años desde la adopción), y, posteriormente, el órgano judicial al confirmar esta resolución, vulneraron el derecho a la igualdad del demandante de amparo.

Entiende el Tribunal Constitucional que aunque se aprecie que la finalidad de la norma que establece dicho requisito temporal es asegurar la estabilidad de la situación y evitar posibles fraudes, al tratar de impedir que la causa de la adopción sea únicamente facilitar al adoptado una pensión de orfandad en lugar de constituir el vínculo familiar que es propio de esta institución, el modo en el que el legislador reguló esta cuestión resulta claramente desproporcionado porque con el fin de evitar un posible fraude se priva de pensión a todos aquellos hijos adoptados que hayan quedado huérfanos en este período. Fraude, por otra parte, que, al menos de modo generalizado, tampoco puede producirse, ya que para que se realice es preciso que muera el adoptante; suceso éste que, en la gran mayoría de los casos, es imprevisible, e incluso, en el supuesto de que fuera humanamente previsible, tampoco podría considerarse que la adopción realizada fue necesariamente fraudulenta (FJ. 2).

Según el Tribunal Constitucional (FJ. 2) esta forma de proceder del legislador no resulta razonable, ya que además de presumir que se ha actuado en fraude de ley, establece una presunción sin posibilidad de prueba en contrario, lo que no sólo supone invertir el principio de que generalmente los derechos se ejercen conforme a las exigencias de la buena fe, sino que se está desconociendo la exigencia constitucional de dar protección a la familia y a los hijos (art. 39.1 y 2 CE).

Para fundamentar su decisión de que el artículo 41.2 TR Ley de Clases Pasivas, aprobado por el RDL 670/1987, contenía una discriminación respecto de los hijos adoptivos que pugna con el principio constitucional de igualdad en la Ley (art. 14 CE), el Tribunal Constitucional reitera doctrina suya sobre este principio cuando señala (FJ. 2) que al no considerar que la desigualdad creada por la norma sea proporcionada al fin perseguido por la misma, esta diferencia debe considerarse contraria al artículo 14 CE, pues tan contraria a la igualdad es «la norma que diversifica por un mero voluntarismo selectivo, como aquella otra que, atendiendo a la consecución de un fin legítimo, configura un supuesto de hecho, o las consecuencias jurídicas que se le imputan, en desproporción patente con aquel fin, o sin atención alguna a esa necesaria relación de proporcionalidad» (STC 209/1988).

El Magistrado que formula el voto particular a pesar de estar de acuerdo con la parte dispositiva de la sentencia considera que la argumentación jurídica resulta incompleta porque a su entender debió dedicarse un fundamento jurídico al cambio operado en el tratamiento legal de la adopción después de la reforma del Código Civil de 1987, ya que la equiparación completa entre los hijos biológicos y los adoptivos llevada a cabo por la Ley 21/1987 era una premisa obligada del fallo.

STC 57/1999, de 12 de abril («BOE» de 18 de mayo de 1999).

RA.

**Ponente:** Cachón Villar. **Voto particular:** Jiménez de Parga y Cabrera. **Desestimado.**

**Conceptos:** Extemporaneidad del recurso de amparo. Libertad de expresión. Libertad de información. Límites al ejercicio de los derechos fundamentales en una relación laboral.

**Preceptos de referencia:** Artículos 20.1 a, 20.1 d, 38 CE; artículos 55.5, 55.6 LOTC; artículos 108.2, 113 TR LPL (RDL 2/1995).

El recurrente fue despedido por unas declaraciones a la prensa, realizadas tras un accidente aéreo con víctimas, en las que exponía irregularidades en el

mantenimiento de las aeronaves y en su inspección por parte de Aviación Civil. El despido fue declarado improcedente en sentencia resolutoria de recurso de suplicación dictada por la jurisdicción social.

Antes de entrar en el fondo del asunto, el Tribunal analiza la pretendida extemporaneidad del recurso de amparo por el hecho de que previamente el recurrente había interpuesto recurso de casación para la unificación de doctrina que resultó inadmitido por el Tribunal Supremo. La extemporaneidad de un recurso de amparo por interposición de recursos improcedentes «se ciñe a los supuestos en los que la improcedencia deriva de forma inequívoca y terminante de la propia ley, sin dudas que requieran interpretaciones de aquélla de cierta dificultad». (FJ. 2). El hecho de que el Tribunal Supremo inadmitiera el recurso por considerar que no se había realizado de forma precisa y circunstanciada la contradicción alegada en el mismo no supone extemporaneidad del amparo.

El Tribunal considera que la actuación del recurrente versó «sobre hechos noticiables y de interés general, y no sobre opiniones acerca de la situación expuesta, por más que la lectura de la noticia evidencia un juicio negativo sobre aquella» (FJ. 7) por lo que se trataría del ejercicio de la libertad de información.

El Tribunal pasa a recordar diferentes sentencias que han venido abordando, en el ámbito de las relaciones laborales, los límites recíprocos entre los derechos fundamentales del trabajador y las facultades empresariales que expresan los artículos 33 y 38 de la Constitución. Se analiza su aplicación en este caso sobre la base de los razonamientos jurídicos de la sentencia de suplicación que sirvieron para estimar improcedente el despido. Se concluye en que dicha sentencia es contradictoria y carece de justificación y razonamiento, porque señaló que el despido no fue un atentado a los derechos fundamentales del trabajador sin razonarlo, justificarlo ni fundamentarlo, después de haber reconocido que el trabajador actuó en uso de su libertad de expresión, sin infringir sus deberes de lealtad con la empresa, ni expresar que se rebasaran los límites de los derechos de expresión e información, ni cuestionar la veracidad de lo informado.

El Tribunal Constitucional considera que el despido fue efectuado con vulneración de los derechos fundamentales invocados, en concreto, el de comunicar información veraz «pues no hay constancia alguna de que tal censura y sancionada actividad se hubiera llevado a cabo fuera del ámbito propio y protegido de tales derechos» (FJ. 11). Además entiende que el despido debe ser declarado nulo, circunstancia ésta que ya era predicable desde la vigencia de la originaria Ley de Procedimiento Laboral, por haber vulnerado derechos fundamentales.

El voto particular discrepa de los límites a la libertad de información aplicables al caso, por considerar la existencia de límites adicionales o condicionamientos derivados de la existencia de una relación laboral. Al recurrente, como inspector de vuelo, le era exigible poner en conocimiento de la Administración cuántas incidencias conociera relacionadas con la seguridad en el vuelo de aeronaves y no podía hacer públicos datos o asuntos de los que tuviera conocimiento por razón de su trabajo según el convenio colectivo. Por tal razón, considera que el recurrente no actuó de buena fe ni con lealtad a su empleadora.



**Sentencia 69/1999, de 26 de abril («BOE» de 1 de junio de 1999).**

**RA.**

**Ponente: González Campos.**

**Desestimado.**

**Cuestiones: Derecho a la inviolabilidad del domicilio. Protección constitucional del domicilio de las personas físicas y jurídicas. Diferencia con la protección de la propiedad de los bienes.**

**Preceptos de referencia: Artículo 18.2 CE.**

El recurso de amparo es interpuesto por la mercantil «Ingeniería Electrónica de Consumo, S. A.» con motivo de la entrada en su local de Barcelona, que había sido autorizada por el Juzgado de Instrucción número 5 de esta ciudad, para proceder al precinto de una serie de equipos radioelectrónicos, en ejecución de una Resolución administrativa anterior. La recurrente alega la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio, por cuanto en las resoluciones judiciales que contra ella se practicaron no se especificaron *«día, objeto y circunstancias para llevar a cabo la entrada así como ejecutarse del modo menos gravoso para el destinatario»*.

Merece destacarse la declaración que el TC hace en esta sentencia de que *«no todo local sobre cuyo acceso posee poder de disposición su titular debe ser considerado como domicilio a los fines de la protección que el artículo 18.1 CE garantiza»* (SSTC 149/1991 y 76/1992). Y la razón que impide esa extensión es que *«el derecho fundamental aquí considerado no puede confundirse con la protección de la propiedad de los inmuebles ni de otras titularidades reales y obligacionales relativas a dichos bienes que puedan otorgar una facultad de exclusión de los terceros»* (FJ. 2).

En relación con la protección constitucional del domicilio de las personas jurídicas, y en particular, de las sociedades mercantiles, el TC declara que ésta sólo se extiende a los *«espacios físicos que son indispensables para que puedan desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas, por constituir el centro de dirección de la sociedad o un establecimiento dependiente de la misma o servir a la custodia de los documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento que quedan reservados al conocimiento de terceros»* (FJ. 2).

En el presente caso, considera el TC que la autorización judicial no se refería al domicilio legal de la sociedad mercantil recurrente, sino a un local del que era titular, en el que existía, al menos en parte, *«un ámbito de actividad enteramente ajeno al concepto de domicilio de las personas jurídicas constitucionalmente protegido, ya que en él se encontraban los equipos cuya venta al público se pretendía impedir mediante su precinto»* (FJ. 3). Por esta razón, y porque el TC considera que la autorización de entrada en el local era el medio adecuado para proceder al precinto de los equipos y medio indispensable para llegar a este resultado, y que además ésta se realizó de forma proporcionada a este fin (FJ. 5), se declara improcedente la solicitud de amparo por vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio, alegado por la recurrente, y se le deniega el mismo.

**STC 89/1999, de 26 de mayo («BOE» de 29 de junio de 1999).**

**RA.**

**Ponente: Conde Martín de Hijas. Voto particular: Conde Martín.**

**Estimado.**

**Conceptos: Tutela judicial efectiva. Indefensión.**

**Preceptos de referencia: Artículo 24 CE; artículos 270 LOTC; artículos 1964 CC; artículos 109.1, 111, 114 LECr.**

La recurrente impugna una sentencia desestimatoria en apelación del recurso interpuesto contra otra dictada en juicio verbal. Ésta última había desestimado una demanda de indemnización basándose en la prescripción de la acción civil ejercitada. Además, la recurrente pretende la nulidad de un Auto previo que decretó el archivo de un proceso penal por no haber precedido denuncia del perjudicado reservando al mismo las acciones civiles correspondientes, al no habersele notificado dicho Auto al hoy recurrente. La cuestión se centra en el hecho de que se haya prescindido de la notificación del Auto de archivo, estableciéndose no obstante el «*dies a quo*» del plazo prescriptivo en la fecha en que el mismo se dictó.

Si bien el Tribunal Constitucional señala que no le corresponde «discernir el alcance de las normas que regulan los plazos de prescripción en el ejercicio de los derechos y acciones» (FJ. 3), considera que sí puede determinar si una resolución judicial como la cuestionada, por prescindir enteramente de la falta de notificación, es contraria al derecho de acceso al proceso. «El conocimiento de la fecha en que han finalizado las actuaciones constituye un presupuesto necesario para el ulterior ejercicio de la acción civil» (FJ. 4), dada la prejudicialidad penal establecida en el ordenamiento. Por ello, si el perjudicado ignora el momento en que ha finalizado el proceso penal, por no haberse personado en las actuaciones, puede suponer que se vea privado del acceso a la jurisdicción civil, «circunstancia que no se compadece con la plena efectividad de la tutela judicial» (FJ. 4). En este caso, el perjudicado, al hacersele ofrecimiento de acciones, manifestó quedar enterado y reclamar todo lo que pudiera corresponderle, aunque no ejerció su derecho a ser parte en el proceso penal. Pero el Tribunal considera que «cuando el perjudicado no ha renunciado a la acción civil no puede constituir una justificación la ausencia de notificación (del archivo) de las actuaciones penales el hecho de no haberse convertido en parte cuando se le ofreció esta posibilidad». (FJ. 4). Además, se recuerda que el artículo 270 LOPJ exige la notificación de las resoluciones no sólo a los que son parte en el proceso, sino también a quienes se refieran o puedan parar perjuicios. Por ello, «subsistiendo la llamada acción civil derivada del delito por no haber renunciado a la misma el perjudicado y no habiéndose personado éste en el proceso penal» se debe proceder a la notificación del archivo de las actuaciones penales (FJ. 4). El Tribunal no anula el Auto de archivo penal, aunque estima el amparo, porque la tutela judicial efectiva sólo se ve agredida por razón de la falta de notificación de aquél.

El voto particular discrepa del fallo porque entiende que se fundamenta en una doctrina consolidada previa que es errónea. El fallo se situaría en el plano de la legalidad ordinaria al analizar la prescripción y fijar el «*dies a quo*» de una acción por razón del conocimiento (subjetivo) de la terminación de un proceso por el perjudicado y no en la posibilidad (objetiva) del ejercicio de la posterior acción civil. Considera exigible al perjudicado la diligencia de conocer el estado del proceso penal y que los órganos judiciales garan-

tizaran ese conocimiento, pero el artículo 270 LOPJ no comportaría en este caso (de un perjudicado no personado) un mandato inequívoco de notificación del archivo de las actuaciones. Si la irregularidad deriva de la falta de notificación, la consecuencia debería ser la responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Justicia; pero no trasladar los efectos negativos de la irregularidad al eventual sujeto pasivo de la posterior acción civil indemnizatoria.

**STC 90/1999, de 26 de mayo («BOE» de 29 de junio de 1999).**

**RA.**

**Ponente: González Campos.**

**Estimado.**

**Conceptos: Libertad de expresión y de información. Subsidiariedad del Recurso de Amparo. Límites al ejercicio de los derechos fundamentales en una relación laboral.**

**Preceptos de referencia: Artículos 20.1 a) y d) CE; artículo 44.1 c) LOTC.**

En el presente recurso una representante del personal de una empresa fue sancionada por ésta al haber difundido informaciones relativas a las condiciones de (in)seguridad con que se procedía a la recogida de elevadas cantidades de dinero por cuenta de la entidad. La nulidad de la sanción fue desestimada por la jurisdicción social.

Con carácter previo, el Tribunal Constitucional analiza la aplicación del artículo 44.1 c) LOTC, porque en la demanda ante la jurisdicción social sólo se citó formalmente el derecho a la libertad de expresión y en el recurso de amparo, en cambio, se cita también el derecho a la libre comunicación de información. El Tribunal admite el enjuiciamiento del caso porque «la razón de ser del citado precepto de la LOTC es la de posibilitar que los órganos judiciales tengan ocasión de conocer y examinar la posible vulneración del derecho fundamental para proceder a su reparación» (FJ. 2) (subsidiariedad del recurso de amparo) y en este caso existió previo y detenido pronunciamiento judicial sobre la cuestión objeto de amparo.

En cuanto al fondo del asunto, el recurso se fundamenta en la vulneración del derecho a la libertad de expresión y de información. El Tribunal entiende que la actividad de la recurrente «se centró en la exposición de unos hechos» (FJ. 3), por lo que su contenido «se situó predominantemente dentro del marco del derecho a la libre comunicación de informaciones» (FJ. 3). Como el derecho se ejercitó en el ámbito de una relación laboral, el Tribunal recuerda que la buena fe recíprocamente exigible entre empresario y trabajador no supone un deber genérico de lealtad a la empresa. La existencia de esa relación contractual puede imponer algún límite, siempre que resulte imprescindible, en el ejercicio de los derechos fundamentales. En todo caso, «este límite se verá asimismo «limitado» por la noción de imprescindibilidad, que es consecuencia de la posición prevalente que poseen los derechos fundamentales» (FJ. 3).

El Tribunal estima el amparo porque la difusión de la información tuvo un ámbito limitado a la propia empresa y se llevó a cabo con la finalidad de proteger a los trabajadores. La actuación de la recurrente no tuvo trascendencia en la seguridad de la empresa y de su personal, razón por la cual el Tribunal recuerda que la buena fe contractual no es exigible de forma unilateral:

tan vinculada a ella debe ser la conducta del trabajador en el cumplimiento de sus funciones (cierto deber de reserva), como la de la empresa en las suyas (solucionar las deficiencias de seguridad denunciadas).

**STC 94/1999, de 31 de mayo («BOE» de 29 de junio de 1999).**

**RA.**

**Ponente: Vives Antón.**

**Estimado.**

**Conceptos: Inviolabilidad del domicilio. Derecho a un proceso con todas las garantías. Derecho a la presunción de inocencia.**

**Preceptos de referencia: Artículos 18.2 y 24 CE.**

El recurso de amparo plantea, como cuestión principal, la lesión del derecho a la inviolabilidad del domicilio protegido por el artículo 18.2 CE, por la realización de una entrada y registro en vivienda particular. Como consecuencia de la misma, se reclama también la prohibición de que los efectos encontrados, una importante cantidad de droga, puedan ser aportados y tengan valor de prueba en el proceso penal subsiguiente (FD. 1).

Tras rechazar la existencia de vicio de incongruencia omisiva en la sentencia del Tribunal Supremo que, finalmente, vino a ratificar la legalidad del registro efectuado (FD. 2), el Tribunal Constitucional descarta la incidencia de defectos formales, como la ausencia del Secretario judicial en la práctica de la diligencia, en la constitucionalidad de la actuación efectuada, por considerar que se mueven exclusivamente en el plano de la legalidad. Reiterando anteriores afirmaciones (SSTC 290/1994, 309/1994 y 133 y 182/1995), recuerda que el único requisito, necesario y suficiente por sí mismo, para dotar de legitimidad constitucional a la invasión del hogar, a falta del consentimiento de quien lo ocupa o de un estado de necesidad, es la autorización o mandamiento judicial emitido por juez competente (FD. 3).

En el supuesto analizado, existía una resolución judicial que autorizaba la práctica del registro «durante las horas de guardia del Juzgado», conforme a la cual se produjo una primera entrada en el domicilio del demandado, que resultó infructuosa. Más de doce horas después, y tras recibir una confidencia que confirmaba la presencia de droga en el lugar, se procedió a una segunda entrada sin dar conocimiento al Juez que, por exceder de la autorización emitida por éste, violenta el artículo 18.2 CE (FD. 5).

La estimación de tal vulneración, acaecida en la fase preliminar de investigación de un delito, obliga al Tribunal Constitucional a determinar su alcance en el proceso penal subsiguiente. Al respecto, y tratándose de una prueba obtenida con vulneración de un derecho fundamental, su aportación y valoración en el proceso supone ignorancia de las garantías constitucionales del mismo (art. 24.2 CE), por lo que debe considerarse prohibida (FD. 6). Lo mismo cabe decir de las declaraciones testimoniales de quienes asistieron a la entrada y registro, y de la misma acta donde se recogió, que vienen a ser materialización de la lesión del derecho fundamental (FD. 8). Como conclusión, una condena que no encuentre fundamento en ninguna prueba constitucionalmente lícita, vulnera además del derecho a la presunción de inocencia del recurrente (FD. 9).

**STC 95/1999, de 31 de mayo («BOE» de 29 de junio de 1999).**

**RA.**

**Ponente: Vives Antón.**

**Desestimado.**

**Conceptos: Derechos a la intimidad personal y familiar y a la tutela judicial efectiva.**

**Preceptos de referencia: Artículos 10, 15, 18, 24, 39 y 118 CE.**

La recurrente en amparo fue demandada en un juicio de menor cuantía por quien alegó ser el padre extramatrimonial de la hija menor de aquélla, aportando con la demanda numerosas fotografías que recogen a la niña en diversos momentos con el actor y sus familiares. El demandante adujo que mantuvo relaciones sexuales con la demandada, así como otros hechos de los que los órganos judiciales han deducido la posesión de estado de padre de la menor

Frente a la pretensión del actor, la demandada contestó negando la existencia de relaciones sexuales con el demandante y, aunque admitió que mantuvo con él una relación sentimental, afirmó que la niña es fruto de su relación con otra persona. En el período probatorio no se opuso a la prueba biológica propuesta por el demandante, ni recurrió el auto que acordó su práctica. Sólo cuando fue citada personalmente para la realización de la prueba biológica presentó escrito mostrando su disconformidad con la práctica de esta prueba, manifestando que se negaba (y, con ella, su hija) a someterse a las pruebas hematológicas al amparo de sus derechos constitucionales a la protección de la dignidad, la integridad, el honor y la intimidad de las personas (arts. 10, 15 y 18 CE). Finalmente, no compareció en el Instituto Nacional de Toxicología de Sevilla el día señalado, imposibilitando así la práctica de la prueba biológica acordada.

El Tribunal Constitucional reitera y consolida en esta sentencia la doctrina que mantuvo en ocasiones anteriores en los AATC 130/1990, de 9 de marzo y 221/1990, de 31 de mayo y en la STC 7/1994, de 17 de enero, si bien en el presente caso, a diferencia de lo que suele ser habitual en los procesos de reclamación de la paternidad, quien se negó a someterse a las pruebas biológicas no fue el supuesto padre (aquí actor) sino la madre de la menor cuya filiación paterna pretendía determinar judicialmente el demandante.

El Tribunal Constitucional declara (FJ. 2) la plena conformidad constitucional de la resolución judicial que, en el curso de un pleito de filiación, ordena llevar a cabo un reconocimiento hematológico, pues este tipo de pruebas, que no pueden considerarse degradantes ni contrarias a la dignidad de la persona, encuentran su cobertura legal en el artículo 127 CC, que desarrollando el mandato contenido en el inciso final del artículo 39.2 CE, según el cual «La ley posibilitara la investigación de la paternidad», autoriza la investigación de la relación de paternidad o de maternidad en los juicios de filiación mediante el empleo de toda clase de pruebas, incluidas las biológicas, a la vez que sirven para la consecución de la finalidad perseguida con las normas constitucionales que imponen «la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación» (art. 39.2 CE) y la obligación de los padres de «prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio» (art. 39.3

CE). Por ello, cuando sean consideradas indispensables por la autoridad judicial, no entrañen un grave riesgo o quebranto para la salud de quien deba soportarlas y su práctica resulte proporcionada, atendida la finalidad perseguida con su realización, no pueden considerarse contrarias a los derechos a la integridad física (art. 15 CE) y a la intimidad (art. 18.1 CE) del afectado (STC 7/1994, FJ. 3).

Además añade el Tribunal Constitucional (FJ. 2) que dada la trascendencia que para las personas implicadas en los procesos de filiación tiene la determinación de las relaciones materiales que se dilucidan en ellos, especialmente por lo que respecta a los derechos de los hijos que se garantizan en el artículo 39 CE, las partes tienen la obligación de posibilitar la práctica de las pruebas biológicas que hayan sido debidamente acordadas por la autoridad judicial, por ser éste un medio probatorio esencial, fiable e idóneo para la determinación del hecho de la generación discutido en el pleito, pues, en estos casos, al hallarse la fuente de la prueba en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (art. 118 CE) conlleva que dicha parte deba contribuir con su actividad probatoria a la aportación de los hechos requeridos a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la realidad, ya que en otro caso bastaría con que el litigante renuente a la prueba biológica se negase a su realización para colocar al otro litigante en una situación de indefensión contraria artículo 24.1 CE por no poder justificar procesalmente su pretensión mediante la utilización de los medios probatorios pertinentes para su defensa que le garantiza el artículo 24.2 CE (STC 7/1994, FJ. 6 y las resoluciones en ella citadas).

Por tales razones entiende el Tribunal Constitucional que cuando un órgano judicial, valorando la negativa del interesado a someterse a las pruebas biológicas, en conjunción con el resto de los elementos fácticos acreditados a lo largo del procedimiento, llega a la conclusión de que existe la relación de paternidad negada por quien no posibilitó la práctica de la prueba biológica, nos hallamos ante un supuesto de determinación de la filiación, permitido por el artículo 135 *in fine* CC, que no resulta contrario al derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE (FJ. 2)

**STC 103/1999, de 3 de junio de 1999 («BOE» de 8 de julio de 1999).**

**RI.**

**Ponente: Vives Antón.**

**Estimado parcialmente.**

**Conceptos: Registro de marcas. Ordenación de los registros públicos. Propiedad industrial. Legislación y ejecución. Marcas, nombres comerciales y rótulos de establecimiento. Resolución y presentación de solicitudes. Examen de forma y de fondo de las solicitudes. Idioma.**

**Preceptos de referencia: Artículos 149.1.1, 149.1.6 y 149.1.8 CE; artículos 15.2, 15.3, 16, 17, 24, 27, 45.1, 75.1, 81, y 85 de la Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas.**

La Sentencia resuelve los recursos de inconstitucionalidad interpuestos desde el País Vasco y Cataluña contra diversos preceptos de la Ley de Marcas, relativos al Registro de la Propiedad Industrial.

Con carácter previo, el TC se pronuncia acerca del título competencial básico y recuerda su doctrina acerca de las fronteras entre legislación y ejecución. En cuanto a lo primero, subraya la sentencia que el problema no enfrenta las competencias de ejecución de las CC AA con las que ostenta el Estado para la «ordenación de los Registros públicos». La competencia en relación con los diferentes registros depende de la materia que constituya su objeto. La única excepción afecta a los registros de carácter civil. Sólo en relación con ellos conviven una competencia material de ciertas CC AA (conservación, modificación y desarrollo de su Derecho civil) con una reserva a favor del Estado. Así, por ejemplo, la competencia estatal sobre el Registro mercantil no resulta del artículo 149.1.8.<sup>a</sup> CE [*“en todo caso (...) ordenación de los registros e instrumentos públicos”*], sino del artículo 149.1.6.<sup>a</sup> CE (legislación mercantil), *vid.* STC 72/1983. Lo mismo sucede con el Registro de marcas: la competencia estatal resulta del artículo 149.1.9.<sup>a</sup> CE (*«propiedad intelectual e industrial»*). En cuanto a las fronteras entre legislar y ejecutar, el TC reitera la doctrina sentada en decisiones anteriores, en el sentido de que «legislación» se refiere a la ley en sentido formal, pero también a los reglamentos ejecutivos e incluso a las circulares si tienen naturaleza normativa; mientras que la «ejecución» se refiere sólo a la potestad de administrar, sin que, en su caso, la capacidad normativa vaya más allá de la mera organización de los servicios correspondientes.

Sobre la base de las dos anteriores premisas, la sentencia se pronuncia sobre las siguientes cuestiones:

1) Legitimidad de la creación de un Registro estatal de marcas y nombres comerciales y de la asunción por el Estado de la competencia para resolver acerca de la inscripción.—El ámbito de protección legal de marcas y nombres comerciales se extiende a todo el territorio del Estado y, por tanto, la competencia correspondiente no es fraccionable. *«Marcas (y también nombres comerciales) constituyen elementos esenciales del «sistema de competencia no falseado» (TJCE 17 oct. 1990) sobre el que asienta el mercado único nacional»* (FJ. 5). Por otra parte, dado que está en juego una *«propiedad especial»*, se hace necesario garantizar *«el acceso (al Registro) en condiciones de igualdad»* (FJ. 5). Todo ello hace procedente invocar el artículo 149.1.1 CE: *«La atribución a una instancia unitaria, que en el ámbito al que nos estamos refiriendo no puede ser sino el Estado, de la competencia para resolver acerca de la concesión del derecho y consiguiente inscripción de marcas y nombres comerciales es un requisito indispensable para que pueda hablarse de igualdad en el ejercicio de los derechos de la especial propiedad que representan»* (FJ. 5).

2) Inconstitucionalidad de la exigencia de presentación de las solicitudes de registro a través del Registro nacional.—Las CC AA que hayan asumido la ejecución de la legislación de propiedad industrial no son competentes para resolver, pero sí para recibir las solicitudes. Por tanto, son contrarios a la CE los artículos 15.2 y 15.3, párrafo 2.º, así como el artículo 75.1, todos ellos de la Ley de Marcas. Ello no impide que, contra la pretensión de los recurrentes, las solicitudes deban ir dirigidas al Director del Registro de la Propiedad Industrial.

3) Separación de los exámenes de forma (CC AA con competencias de ejecución) y de fondo (Estado).—Las razones de eficacia que podrían aconsejar reunir ambos exámenes no pueden alterar la distribución constitucional de competencias. El examen del cumplimiento de los requisitos formales de las

solicitudes (art. 24.1 Ley de Marcas) y la eventual suspensión de la inscripción por estos motivos (art. 45.1 Ley de Marcas), no entra en la competencia exclusiva del Estado para legislar sobre propiedad industrial (FJ. 9). En cambio, cuando el examen es de fondo (arts. 24.2 y 27 Ley de Marcas), la competencia es del Estado (FJ. 10).

4) Marcas y nombres vs. rótulos de establecimiento.—Dado que los rótulos de establecimiento sólo se registran para los términos municipales consignados en la solicitud, no se da en cuanto a ellos la «proyección supra-autonómica» característica de marcas y nombres comerciales. De ahí resulta la nulidad del artículo 85, párrafo 2.º CE, «en la medida en que atribuye al estado competencias ejecutivas que corresponden a la CA recurrente» (FJ. 12).

5) Idioma.—No es inconstitucional la exigencia de que las solicitudes y demás documentos se redacten en castellano, ya que «se dirigen finalmente al Registro de la Propiedad Industrial, órgano nacional y único, dependiente del Estado y con sede en Madrid» (FJ. 13).

**STC 104/1999, de 14 de junio («BOE» de 8 de julio de 1999).**

**RA.**

**Ponente: De Mendizábal Allende.**

**Estimado.**

**Conceptos: Derecho de asociación.**

**Preceptos de referencia: Artículo 22 CE.**

La sentencia objeto de recurso de amparo considera que la decisión sobre si determinadas personas son miembros de la asociación reclamante se reduce a un mero problema de prueba, en tanto que demuestran ostentar tal condición con la simple aportación de unos recibos firmados por uno de los miembros de la misma.

Una de las principales singularidades de este recurso es que la tutela del derecho fundamental invocado como vulnerado (art. 22 CE) se ejerce por la propia asociación como persona jurídica, y no por sus socios a nivel individual (FD. 1).

Reiterando doctrina ya contenida en anteriores pronunciamientos, el Tribunal Constitucional recuerda que el derecho de asociación no tiene carácter absoluto, a la vez que concreta su contenido fundamental en tres dimensiones o facetas complementarias: la libertad de creación de asociaciones y de adscripción a las ya creadas; la libertad de no asociarse y de dejar de pertenecer a las mismas; y, finalmente, la libertad de organización y funcionamiento internos sin injerencias públicas. Junto a este triple contenido, se distingue una cuarta dimensión, consistente en la facultad que corresponde a todo asociado, frente a la propia asociación, de exigir el cumplimiento de las normas y acuerdos que configuran su especial régimen jurídico. De tal normativa se destacan los Estatutos que, en el presente caso, atribuyen la decisión sobre la incorporación de nuevos asociados a la Junta Directiva, previo apoyo del candidato por los dos tercios de los socios del «Grupo Local» (FD. 4).



Ninguna de estas circunstancias se ha acreditado en el proceso judicial, por lo que la decisión que no respeta materialmente el contenido de los Estatutos, resulta inconstitucional.

**STC 115/1999, de 14 de junio («BOE» de 8 de julio de 1999).**

**RA.**

**Ponente: Casas Baamonde.**

**Estimado.**

**Conceptos: Tutela judicial: acceso a la jurisdicción. Propiedad horizontal: configuración legal. Legitimación procesal del propietario. Actos jurisdiccionales.**

**Preceptos de referencia: Artículo 24.1 CE; artículos 237, 245.1, 288 LOPJ; artículos 9.1 , 13.3 LPH; artículos 307, 369 LEC; artículo 369 CC.**

El recurrente pretendió comparecer como parte en un juicio instado contra una Comunidad de Propietarios en la que era propietario de uno de los pisos en que se divide. La demanda se dirigía contra todos y cada uno de los propietarios del inmueble, sin perjuicio de que, dada la propiedad horizontal existente en el inmueble, se interesaba su emplazamiento a través del Presidente de la Comunidad. Su pretensión se desestimó mediante Diligencia de Ordenación de la Secretaría Judicial.

El Tribunal Constitucional analiza el régimen legal vigente de la propiedad horizontal, entendiendo que nuestro ordenamiento jurídico no reconoce personalidad jurídica a las Comunidades de Propietarios. La representación orgánica que le reconoce el artículo 13.3 LPH (antiguo art. 12 LPH) al Presidente no obsta a que «en rigor son los propietarios del edificio, en cuanto propietarios constituidos bajo el régimen de propiedad horizontal, los que actúan a través de la figura del Presidente de la Junta de Propietarios que ostenta *ex lege* la representación legal de dichos propietarios en los asuntos que afectan a la Comunidad» (FJ. 3). La propiedad horizontal «no es propiamente una situación de comunidad, sino un régimen jurídico-real al que se sujeta la llamada «propiedad separada» (art. 396 CC) de los diferentes pisos o locales en que se divide el edificio. Por ello, cada propietario debe estar facultado, en principio, para el ejercicio y defensa de sus derechos con independencia de los restantes propietarios» (FJ. 3). Tras esa argumentación, el Tribunal concluye reconociendo al recurrente un evidente interés legítimo en el objeto discutido en el proceso civil en que interés personarse.

El Tribunal Constitucional estima el amparo porque recuerda que la resolución judicial recurrida debió adoptar la forma de Auto. En el caso planteado, se acordó la desestimación de la pretensión del hoy recurrente mediante Diligencia de Ordenación. Se dio la paradoja de que, cuando interesó su revisión, ésta fue desestimada de nuevo a través de otra Diligencia de Ordenación, por lo que al recurrente se le impidió obtener una resolución judicial sobre su pretensión, no llegando a recaer ninguna resolución judicial que pudiera ser impugnada mediante el sistema de recursos previsto en las leyes procesales.

**STC 116/1999, de 17 de junio («BOE» de 8 de julio de 1999).**

**RI.**

**Ponente: García Manzano. Voto particular de Jiménez de Parga y Cabrera, se adhiere Garrido Falla.**

**Estimado parcialmente.**

**Conceptos: Reserva de Ley Orgánica. Derecho a la vida. Investigación de la paternidad. Derecho a la intimidad de los donantes de material genético humano. Violación del principio de legalidad.**

**Preceptos de referencia: Artículos 10, 15, 25.1, 39 y 81 CE; Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.**

Se interpuso recurso de inconstitucionalidad promovido por 63 Diputados pertenecientes al Grupo Parlamentario Popular del Congreso, contra la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, en su totalidad y, subsidiariamente, contra parte del apartado II de su exposición de motivos y contra algunos de sus artículos.

El Tribunal Constitucional manifiesta con carácter previo que los recurrentes pretenden la declaración de inconstitucionalidad de ciertos contenidos de la Ley 35/1988 que por distintos motivos no son susceptibles de control de constitucionalidad. En concreto, entiende el Tribunal Constitucional que no pueden ser objeto de un recurso de inconstitucionalidad: 1.º cierto pasaje del apartado II de la exposición de motivos, porque las exposiciones de motivos, al carecer de valor normativo, no pueden ser objeto directo de un recurso de inconstitucionalidad; 2.º los preceptos contenidos en las letras a), k), l) y v) del apartado 2 B) del artículo 20 de la Ley, pues han sido expresamente derogados por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (FJ. 2).

Entra luego el Tribunal Constitucional a examinar cada una de las distintas alegaciones sobre las que se vertebra el recurso, que son, en síntesis, según el orden sistemático seguido por el Tribunal Constitucional al resolverlas: 1.ª La pretendida inconstitucionalidad de la ley en su conjunto por invadir un ámbito, a juicio de los recurrentes, constitucionalmente reservado a la Ley Orgánica; 2.ª Vulneración por la Ley 35/1988 del contenido esencial del derecho a la vida (art. 15 CE) que según los actores justifica la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 1, apartado 4, en relación con los artículos 14 a 17 de la propia Ley; 2, apartado 4; 4; 5, apartado 1; 11, apartados 3 y 4; 12, apartado 1, 13; 14, apartados 3 y 4; 15; 16, apartados 1 y 2; y 17 de la Ley 35/1988; 3.ª La infracción de la, por los Diputados recurrentes llamada, garantía institucional de la familia, por considerar que de determinados preceptos constitucionales resulta la configuración de la familia, de tal suerte que aquellas normas que desnaturalicen los perfiles sustantivos del instituto familiar han de considerarse contrarias a la Constitución. En concreto los recurrentes estiman que debería declararse la inconstitucionalidad de los artículos 1, apartado 1; 5 apartados 1 y 5; 6 apartado 1; y 7 a 10 de la Ley 35/1988; 4.º Inconstitucionalidad del sistema de infracciones y sanciones administrativas establecido en el artículo 20 Ley 35/1988 por violar el principio de legalidad propio del derecho sancionador

1. Sobre la necesidad de que la Ley impugnada tuviera carácter orgánico, por cuanto a través de ella se estaría desarrollando, en términos del artículo 81.1 CE, el derecho fundamental a la vida (art. 15 CE), así como la digni-

dad de la persona (art. 10), el Tribunal Constitucional aprecia que la reserva de ley orgánica establecida en el artículo 81.1 CE ha de entenderse referida a los derechos y libertades públicas regulados en la sección primera del capítulo segundo del título I, entre los que, obviamente, no se encuentra la dignidad de la persona que, además, es reconocida en nuestra CE como «fundamento del orden político y de la paz social» (art. 10.1 CE). A lo que añade que si «el artículo 15 CE, en efecto, reconoce como derecho fundamental el derecho de todos a la vida, derecho fundamental del que, como tal y con arreglo a la STC 53/1985, son titulares los nacidos, sin que quepa extender esta titularidad a los «nascituri» (STC 212/1996, FJ. 3), es claro que la Ley impugnada, en la que se regulan técnicas reproductoras referidas a momentos previos al de la formación del embrión humano no desarrola el derecho fundamental a la vida reconocido en el artículo 15 CE y, por consiguiente, la Ley 35/1988 no vulnera la reserva de Ley exigida en el artículo 81.1 CE (FJ. 4).

2. El Tribunal Constitucional tras descartar la relevancia sustantiva del artículo 1.4 de la Ley 35/1988, en tanto este precepto se limita a mencionar las hipótesis desarrolladas en los artículos 14 a 17 de la Ley 35/1988, centra su análisis en estos últimos preceptos [FJ. 6].

Según el Tribunal Constitucional la investigación y experimentación con los gametos humanos —óvulos y espermatozoides— sin que haya tenido lugar todavía la fecundación —lo que es objeto de regulación en el artículo 14 de la Ley 35/1988— no supone atentado alguno al derecho a la vida, resultando además del propio artículo 14, puesto en relación con el artículo 3 de la Ley 35/1988, que está prohibido fecundar óvulos humanos para cualquier fin distinto a la procreación humana (FJ. 7).

Los artículos 15 y 16 de la Ley 35/1988 establecen los requisitos exigibles para cualquier investigación o experimentación sobre preembriones distinguiendo tres hipótesis: investigación sobre preembriones viables, investigación sobre los no viables y experimentación con estos últimos. El Tribunal Constitucional considera que el sistema de requisitos previstos en los citados preceptos es conforme al artículo 15 CE, porque la investigación con finalidad terapéutica o preventiva no infringe el artículo 15 CE y el resto de hipótesis a que se refiere la ley sólo resultan permitidas en la medida en que tengan por objeto preembriones no viables, es decir, incapaces de vivir para desarrollarse hasta dar lugar a un ser humano, a una «persona» en el fundamental sentido del artículo 10.1 CE (FJ. 9).

Tampoco el artículo 17 de la Ley 35/1988 puede suscitar dudas sobre su adecuación al sistema constitucional de protección de la vida humana porque se refiere a los preembriones abortados, a los muertos y a la utilización con fines farmacéuticos, diagnósticos o terapéuticos previamente autorizados de preembriones no viables (FJ. 9).

El Tribunal Constitucional también rechaza la inconstitucionalidad del artículo 2.4 porque del tenor literal de este precepto se desprende que la mujer receptora de las técnicas de reproducción asistida sólo puede suspender tales técnicas mientras se estén realizando, concluida su práctica el artículo 2.4 de la Ley 35/1988 no autoriza en absoluto a suspender el proceso de gestación, por lo que no hay en la dicción de la Ley motivo que permita interpretar esa posibilidad de suspensión, concedida a la mujer, como una opción permisiva y abierta a un nuevo supuesto de aborto no punible (FJ. 10).

También rechaza el Tribunal Constitucional la inconstitucionalidad de los artículos 4; 11, apartados 3 y 4 y 5.1 de la Ley, fundamentalmente porque ni

los preembriones no implantados ni, con mayor razón, los simples gametos son «persona humana», por lo que el hecho de quedar a disposición de los Bancos tras el transcurso de determinado plazo de tiempo difícilmente puede resultar contrario al derecho a la vida (art. 15 CE) o a la dignidad humana (art. 10.1 CE), y, además, en todo caso, su puesta a disposición de Bancos debidamente autorizados y controlados no supone que por esa circunstancia dejen de serles aplicables los requisitos y garantías previstas en la Ley, particularmente, en cuanto a su empleo –fuertemente limitado– en la investigación y experimentación científica (FJ. 11).

Entiende el Tribunal Constitucional que el artículo 5.1 tampoco ofrece tacha alguna de inconstitucionalidad por permitir la donación de gametos y preembriones, porque como ya declaró la STC 212/1996 (FJ. 8), en relación con ciertos preceptos de la Ley 42/1988, esta singular donación «no implica en modo alguno la “patrimonialización”, que se pretende, de la persona, lo que sería desde luego incompatible con su dignidad (art. 10.1 CE), sino, justamente, la exclusión de cualquier causa lucrativa o remuneradora, expresamente prohibida»; prohibición que, en este caso, se encuentra en el artículo 5.3 de la Ley 35/1988. En definitiva, el objeto perseguido por el artículo 5.1 de la Ley no es otro que el de garantizar que los gametos y los preembriones en ningún caso puedan ser jurídicamente considerados como bienes comercializables (FJ. 11).

Los artículos 12 y 13 de la Ley 35/1988 tampoco pueden ser considerados inconstitucionales según el Tribunal Constitucional, porque se limitan a prever determinadas intervenciones orientadas a fines de diagnóstico o terapéutico sobre preembriones, embriones y fetos (FJ. 12).

3. El Tribunal Constitucional entiende que la ley impugnada no supone una quiebra del concepto constitucional de familia, porque el hecho de que la Ley 35/1988 al permitir, mediante las técnicas de reproducción en ella reguladas, la fertilización de cualquier mujer, independientemente de que el donante sea su marido o de que esté o no vinculada matrimonialmente, no vulnera el núcleo esencial de la institución familiar, ya que el concepto constitucional de familia no se reduce a la matrimonial (SSTC 184/1990 y 222/1992) y por eso las técnicas de reproducción asistida no implican, por sí mismas, un menoscabo de la protección constitucional de la familia ni, por lo tanto, del principio establecido en el artículo 39.1 CE pues es perfectamente lícito, desde el punto de vista constitucional, la disociación entre progenitor biológico y padre legal que sirve de fundamento a ciertas reglas contenidas básicamente en los artículos 8 y 9 de la Ley 35/1988 (FJ. 13).

El Tribunal Constitucional aprecia que como no existe precepto constitucional alguno que obligue al legislador a reunir en un solo texto normativo todo el Derecho de familia (STC 72/1984, FJ. 5), es claro que la ley no incurre en arbitrariedad al regular en los artículos 6 a 10 Ley 35/1988 ciertas consecuencias para las relaciones matrimoniales y paterno-filiales, aunque el artículo 1.1 considera como objeto de la ley la regulación de las técnicas de reproducción asistida, porque de acuerdo con la doctrina del propio Tribunal Constitucional, la ley es arbitraria en el supuesto de que «carezca de toda explicación racional» (STC 108/1986, FJ. 6), «sin que sea pertinente un análisis a fondo de todas las motivaciones posibles de la norma y de todas sus eventuales consecuencias» (SSTC 65/1990, FJ. 6; 142/1993, FJ. 9 y 212/1996, FJ. 16) y ninguna de estas circunstancias puede predicarse de las prescripciones contenidas en cada uno de los preceptos impugnados, pues, antes bien, no

carece de toda justificación que el legislador, al regular el uso de las técnicas de reproducción asistida, estableciese ciertas reglas sobre los requisitos que deben cumplir las mujeres que se sometan a las mismas o sobre la filiación de los nacidos por fecundación artificial, dado que estos aspectos son consecuencia jurídica inescindible de la aplicación de las técnicas reproductoras objeto de la regulación legal (FJ. 14).

En cuanto a la pretendida incompatibilidad del artículo 5.5 de la Ley («La donación será anónima») con lo dispuesto en el artículo 39.2 CE («La ley posibilitará la investigación de la paternidad») entiende el Tribunal Constitucional que aunque la CE ordena al legislador que «posibilite» la investigación de la paternidad, esto no significa que exista un derecho incondicionado de los ciudadanos que tenga por objeto la averiguación, en todo caso y al margen de la concurrencia de causas justificativas que lo desaconsejen, de la identidad de su progenitor, por eso, desde esta perspectiva, la Ley 35/1988 sólo podrá ser tachada de inconstitucional por infringir lo dispuesto en el artículo 39.2 CE, en la hipótesis de impedir, sin razón o justificación alguna, la investigación de la paternidad y este no es el caso de la previsión contenida en el artículo 5.5 de la Ley 35/1988, que garantiza la no revelación, como regla, de la identidad de los donantes de gametos (FJ. 15).

Precisa el Tribunal Constitucional que conviene no olvidar, como base de partida, que mientras la acción de reclamación o de investigación de la paternidad se orienta a constituir, entre los sujetos afectados, un vínculo jurídico comprensivo de derechos y obligaciones recíprocos, integrante de la denominada relación paterno-filial, la revelación de la identidad de quien es progenitor a través de las técnicas de procreación artificial no se ordena en modo alguno a la constitución de tal vínculo jurídico, sino a una mera determinación identificativa del sujeto donante de los gametos origen de la generación, lo que sitúa la eventual reclamación, con este concreto y limitado alcance, en un ámbito distinto al de la acción investigadora que trae causa de lo dispuesto en el último inciso del artículo 39.2 CE (FJ. 15).

El Tribunal Constitucional rechaza, en definitiva, la inconstitucionalidad del artículo 5.5 de la Ley 35/1988, por entender que la regulación legal al preservar la identidad de los donantes no ocasiona consecuencias perjudiciales para los hijos con alcance bastante para afirmar que se produce una desprotección de éstos, porque el anonimato de los donantes que la Ley trata de preservar no supone una absoluta imposibilidad de determinar su identidad, pues el mismo precepto dispone que, de manera excepcional, «en circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo, o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad del donante, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto» y, asimismo, el mencionado precepto legal atribuye a los hijos nacidos mediante las técnicas reproductoras artificiales, o a sus representantes legales, el derecho a obtener información general de los donantes, a reserva de su identidad, lo que garantiza el conocimiento de los factores o elementos genéticos y de otra índole de su progenitor (FJ. 15).

Además añade el Tribunal Constitucional que los límites y cautelas establecidos en este ámbito por el legislador no carecen de base racional, respondiendo claramente a la necesidad de coherencia y de bienestar de gametos y preembriones susceptibles de ser transferidos al útero materno e imprescindibles para la puesta en práctica de estas técnicas de reproducción asistida [orienta-

das a fines terapéuticos y a combatir la esterilidad humana (art. 1.2 de la Ley 35/1988)], con el derecho a la intimidad de los donantes, contribuyendo, de tal modo, a favorecer el acceso a estas técnicas de reproducción humana artificial, en tanto que situadas en un ámbito médico en el que por diversas razones —desde las culturales y éticas hasta las derivadas de la propia novedad tecnológica de estos medios de fecundación— puede resultar especialmente dificultoso obtener el material genético necesario para llevarlas a cabo. (FJ. 15).

4. El Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad (FJ. 16) y, por tanto, la nulidad del inciso «con las adaptaciones requeridas por la peculiaridad de la materia regulada en esta Ley», contenido en el artículo 20.1 de la Ley 35/1988, porque como ya manifestó en la STC 212/1996, respecto de otro precepto legal que acogía idéntica expresión y similar técnica legislativa, «deja en la más completa indeterminación el régimen sancionador que el legislador ha querido imponer en esta materia» (FJ. 13).

El voto particular parte de la idea de que la dignidad de la persona es un valor constitucional que exige la máxima protección de los poderes públicos en un Estado de Derecho y de que hay derechos que de un modo directo y esencial emanan de la dignidad de la persona, que es lo que ocurre con los derechos fundamentales implicados en la Ley 35/1988. Razón por la cual el Magistrado que formula el voto particular considera que, en este caso, el legislador debería haberse pronunciado con el apoyo de la mayoría absoluta del Congreso que la Constitución exige para la aprobación de las Leyes Orgánicas (art. 81.2 CE).

**STC 127/1999, 1 de julio («BOE» de 30 de julio de 1999).**

**RI.**

**Ponente: Garrido Falla.**

**Estimado.**

**Conceptos: Ámbito competencial: legislación procesal, competencias sobre la Administración de Justicia.**

**Preceptos de referencia: Artículos 122.1, 149.1.5; 149.1.6 CE; Ley 55/1980, Montes vecinales en mano común; artículos 27.4, 27.5, 27.11 LO 1/1981, Estatuto de Autonomía de Galicia; artículo 10 y Disposición Adicional 3.ª Ley 13/1989 del Parlamento de Galicia, de Montes Vecinales en Mano Común.**

El Tribunal Constitucional declara inconstitucionales y nulos el artículo 10 y la Disposición Adicional 3.ª de la Ley 13/1989 del Parlamento de Galicia, de Montes Vecinales en Mano Común.

En cuanto al primero de los preceptos el TC falla que la Comunidad Autónoma de Galicia carece de competencias para integrar a los Magistrados de las Audiencias Provinciales en los Jurados Provinciales de Clasificación de Montes Vecinales «sin que ese vicio de incompetencia quede subsanado por la actual circunstancia de que la Ley 55/1980, que es una norma estatal, contenga un mandato idéntico» (FJ. 2), porque esta materia ha de ser incardinada en la regulación de las funciones que hayan de desempeñar los titulares del Poder Judicial y «afecta al Estatuto Jurídico de los Jueces y Magistrados» (FJ. 2).

El segundo de los preceptos indicados establece que todos los procedimientos, salvo el de clasificación, serán sustanciados por el trámite de incidentes ante el Juzgado de Primera Instancia. El encuadramiento de la regula-

ción de los montes vecinales en mano común en el artículo 27.11 del Estatuto de Autonomía, al margen de la competencia sobre conservación, modificación y desarrollo de las instituciones de Derecho civil gallego (art. 27.4 del Estatuto de Autonomía) «no impide considerar la materia como una institución propia del Derecho Civil de Galicia» (FJ. 4), pero el estudio de la disposición cuestionada debe ser realizado desde el punto de vista competencial sobre legislación procesal.

El artículo 149.1.6 de la Constitución no permite, sin más, a las Comunidades Autónomas introducir en su ordenamiento normas procesales «por el mero hecho de haber promulgado regulación de derecho sustantivo en ejercicio de sus competencias» (FJ. 5). Las peculiaridades procesales que se permiten han de limitarse a «aquellas que, por la conexión directa con las particularidades del Derecho sustantivo autonómico, vengan requeridas por éstas» (FJ. 5). En este caso no lo son «la alegación de superación de la perspectiva estrictamente forestal, o el reconocimiento de la titularidad de la propiedad y otros derechos reales limitados sobre esta clase de bienes a las comunidades de vecinos, así como tampoco las reglas de organización interna de éstas y, tanto menos, las medidas de protección y gestión cautelar» (FJ. 5) que incumben a la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Por último, el argumento utilizado sobre la mayor sencillez del procedimiento incidental sobre el declarativo «es tan válido para esta materia como para cualquier otra de las contempladas en la legislación procesal» (FJ. 5).

**STC 129/1999, 1 de julio («BOE» de 30 de octubre de 1999).**

**CI.**

**Norma cuestionada: Artículo 211.2 CC.**

**Ponente: Garrido Falla. Voto particular de García Manzano.**

**Desestimado.**

**Conceptos: Derecho a la libertad y seguridad. Internamiento civil de enfermos mentales.**

**Preceptos de referencia: Artículos 17.1 y 24.1 y 2 CE. Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (Roma, 4 noviembre 1950).**

Se plantea la inconstitucionalidad del procedimiento de internamiento de enfermos mentales regulado en el segundo párrafo del artículo 211 CC, por considerar que vulnera la Constitución Española en una doble vertiente: formal, en cuanto que el internamiento constituye una medida de privación del derecho a la libertad personal garantizado por el artículo 17.1 CE, cuya regulación debería revestir la forma de Ley Orgánica, y material, por considerar el Juez de Primera Instancia e Instrucción que en el precepto cuestionado no se proporcionan al enfermo las garantías que configuran el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido por el artículo 24 CE (FD. 1).

Para el Tribunal Constitucional, el precepto que posibilita en nuestro Ordenamiento el internamiento de personas que padezcan trastornos psíquicos es el primer párrafo del artículo 211 CC, constituyendo el contenido del segundo párrafo del mismo un simple desarrollo de carácter procedimental que, por no contener una regulación directa del derecho a la libertad personal encaminada a la delimitación y definición del mismo, no puede considerarse incluido den-

tro del ámbito reservado a la Ley Orgánica, motivo por el cual considera que no adolece de vicio alguno de inconstitucionalidad de naturaleza formal (FD. 2).

Con respecto a los aspectos materiales del internamiento, se hace referencia a la doctrina sentada por el mismo Tribunal Constitucional, con relación a los procedimientos penales, en la STC 112/1988 que, con observancia de los criterios reiteradamente aplicados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en desarrollo del artículo 5.1 e) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, considera imprescindible el respeto a los siguientes puntos:

a) Que se haya probado de manera convincente la enajenación mental del interesado, ante la autoridad competente y por medio de un dictamen pericial médico objetivo.

b) Que ésta revista un carácter o amplitud que legitime el internamiento.

c) Que se garantice debidamente que no se prolongará el internamiento cuando no subsista el trastorno mental que lo originó.

Pues bien, de la conjunción entre el párrafo segundo del artículo 211 CC, los artículos 1811 a 1824 LEC y la disposición adicional 3.<sup>a</sup> LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, resulta un procedimiento plenamente respetuoso con las directrices del TEDH y con las exigencias de la Constitución Española, en tanto que se asegura la audiencia de la persona afectada, se posibilita su oposición al internamiento y concluye con una autorización de naturaleza transitoria, preceptivamente revisable en plazos de tiempo razonables, y sólo adoptada tras haberse acreditado, mediante la práctica de las pruebas oportunas y tras oír el dictamen de, al menos, un facultativo, que la medida de internamiento aparece como la más conveniente en beneficio del propio afectado y de la comunidad (FD. 3 y 4).

El voto particular disiente del parecer de la mayoría al considerar inescindibles los dos párrafos del artículo 211 CC que, junto con las normas sobre jurisdicción voluntaria de la LEC, conforman un procedimiento que afecta a la privación de la libertad personal, vulnerando formalmente los artículos 17.1 y 81.1 CE, por no revestir la forma de Ley Orgánica, sin que esta apreciación pueda rebatirse por el hecho de que el primer párrafo del artículo 211 CC haya sido reformado por la LO 1/1996.

**STC 134/1999, 15 de julio («BOE» de 18 de agosto de 1999).**

**RA.**

**Ponente:** Casas Baamonde.

**Desestimado.**

**Conceptos:** Derecho al honor, intimidad personal y familiar en relación a menor, derecho a comunicar libremente información veraz.

**Preceptos de referencia:** Artículos 18.1 y 20.1.d) CE.

Un medio de comunicación publicó una entrevista a una persona que afirmaba, entre otros aspectos, ser la madre biológica de un menor que había sido adoptado por persona de relevancia notoria. En dicho reportaje hacía revelaciones sobre su vida y afirmaba que no pretendía recuperar a su hijo biológico. La entrevistada había sido procesada por tráfico de menores. El TS condenó al medio de comunicación por intromisión ilegítima en el derecho a la



intimidad del menor. Contra dicha resolución se interpone recurso de amparo, alegando violación del artículo 20.1.d) CE. La recurrente pone de manifiesto la relevancia de los hechos (tráfico de menores) así como la veracidad de la información transmitida.

Estas características no son cuestionadas por el TC que recuerda que si el medio de comunicación se limita a reproducir lo que un tercero ha dicho o escrito, la responsabilidad sobre estas declaraciones únicamente debe corresponder a dicho tercero. Debe tratarse de un reportaje neutral, característica que puede predicarse si el medio de comunicación se limita a cumplir su función transmisora sin manipular las declaraciones del tercero (SSTC 41/1994 y 22/1995). En este caso el debate se centró en que las declaraciones no fueron espontáneas, sino provocadas por las preguntas que se hicieron a la entrevistada. Sin embargo el TC no considera que ello sea relevante a los efectos de determinar la neutralidad del reportaje que califica de veraz, poniendo de relieve además, que ninguna de las expresiones vertidas en alusión al menor adoptado o a su madre adoptiva pueden considerarse injuriosas o innecesariamente irrespetuosas (FJ. 4).

Se plantea a continuación el TC si con la publicación ha sido vulnerado el derecho a la intimidad personal y familiar del menor. Cabe destacar que no sólo ha sido afectado el menor adoptado, sino también la hermana de éste ya que se han revelado hechos que afectan a toda la familia. Determina el TC, como ya afirmó en la STC 197/1991, que es irrelevante que los datos divulgados fuesen ya de dominio público. Así mismo, ante las alegaciones del carácter público de los padres adoptivos el TC manifiesta que los hijos en ningún caso lo son, ni han revelado ellos mismos aspectos de su vida privada. No se convierten en personajes públicos por el hecho de que sus padres hayan revelado indebidamente información sobre ambos. Además, la incoación de un proceso judicial sobre la presunta existencia de una red de compraventa de menores (al margen de que no fuera el asunto sobre el que versaron los reportajes) no justifica, por ser absolutamente innecesario, revelar información sobre un menor cuya única relación con los hechos es que quien dice ser su madre biológica está implicada en ellos. Por todo ello el TC declara que el derecho a la intimidad del menor no debe soportar ningún tipo de límite derivado del eventual derecho del medio de comunicación a comunicar libremente información veraz. (FJ. 8).

**STC 144/1999, 22 de julio («BOE» de 26 de agosto de 1999).**

**RA.**

**Ponente: De Mendizábal Allende.**

**Estimado parcialmente.**

**Conceptos: Derecho a la participación política. Distinción entre causas de inelegibilidad y falta de capacidad jurídica electoral. Derecho a la intimidad personal.**

**Preceptos de referencia: Artículos 18 y 23 CE; artículo 118 CP. LO 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General.**

El Tribunal Superior de Justicia de Cantabria condenó al demandante, por un delito de injurias graves, a la pena de suspensión del derecho de sufragio, en una sentencia que fue posteriormente confirmada en casación por el Tribu-

nal Supremo, cuya resolución se notificó al condenado una vez éste ya había sido proclamado candidato a las elecciones locales y autonómicas de la Comunidad Autónoma de Cantabria. Tras acordar la remisión condicional de la pena privativa de libertad, el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria no consideró preceptiva la comunicación a la Junta Electoral Provincial, por interpretar que el artículo 152 LOREG sólo la prevé para las condenas por delitos electorales. Sin embargo dicha comunicación fue efectuada por el ofendido en el proceso penal por injurias, terminando su gestión con un Acuerdo de la Junta Electoral Central por el que se declaraba inelegible al recurrente, que fue después ratificado por el Tribunal Supremo mediante la sentencia que hoy es objeto de recurso.

La primera precisión que efectúa el Tribunal Constitucional se refiere al propio carácter del recurso de amparo, que formalmente se dirige contra una resolución judicial, respecto de la que se alega vulneración de lo previsto en los artículos 9.3 y 24.1 CE, cuando en realidad se está cuestionando la constitucionalidad de las diversas decisiones administrativas que fueron adoptadas durante el proceso electoral y que concluyeron con la exclusión del demandante (FD. 1). A este respecto, considera que la sentencia del Tribunal Supremo impugnada no incurre en incongruencia por omisión ya que, tras examinar las presuntas irregularidades formales del proceso electoral, descarta su relevancia constitucional (FD. 5).

El objeto principal del recurso de amparo, la vulneración de los derechos fundamentales de participación en asuntos públicos e igualdad en el acceso a cargos públicos (art. 23.1 y 2 CE), es desestimado por el Tribunal Constitucional, a partir de la distinción entre las causas de inelegibilidad contenidas en el artículo 6 LOREG y la falta de capacidad jurídica electoral que, con origen en diversas normas de origen legal, viene a condicionar la posibilidad de ser titular del derecho a ser elegible (FD. 4). Siendo la sentencia judicial firme constitutiva de la incapacidad electoral activa y pasiva del recurrente, sus disposiciones no sólo pueden, sino que deben hacerse valer en cualquier momento, pues afectan al proceso electoral en su conjunto. De no hacerse así, se vulneraría, además del artículo 24.1 CE en lo relativo a la ejecución de las sentencias en sus propios términos, el derecho fundamental de los electores a participar en los asuntos públicos por medio de representantes libremente elegidos y aptos para ocupar el cargo público a que aspiran, reconocido en el artículo 23.1 CE (FD. 5 y 7).

Sin embargo, sí se aprecia vulneración del derecho a la intimidad personal y familiar protegido por el artículo 18.1 CE, en la actuación de los responsables de la Junta Electoral de Zona y del Registro de Penados y Rebeldes, ya que la información relativa a los antecedentes penales de la persona afecta a su integridad moral, por lo que el acceso a la misma sólo puede legitimarse si los fines que lo justifican coinciden con la realización efectiva de los límites constitucionales al derecho a la intimidad del propio artículo 18.1 CE. Ninguna norma atribuye a las Juntas Electorales el poder de requerir dicha información, que en el presente supuesto se facilitó sin conocimiento ni consentimiento del afectado, y con vulneración del procedimiento legalmente establecido, debiendo haber sido notificada de oficio a la Junta Electoral Central por el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria (FD. 8).

**STC 150/1999, 14 de septiembre («BOE» de 19 de octubre de 1999).  
RA.**

**Ponente: De Mendizábal Allende.**

**Desestimado.**

**Conceptos: Supuesta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.**

**Sentencia canónica dictada en un procedimiento contradictorio que no ataca el valor de cosa juzgada de la sentencia civil de divorcio.**

**Preceptos de referencia: Artículo 24.1 CE y Disposición Adicional 2.ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio.**

La recurrente en amparo alega que el Juzgado de familia que conoció del procedimiento de ejecución de la sentencia de nulidad canónica de su matrimonio transgredió, causándole indefensión, lo dispuesto en la disposición adicional segunda de la Ley 30/1981, de 7 de julio, que establece en los supuestos como el presente el requisito de la inexistencia de oposición para conceder eficacia civil a la sentencia del Tribunal eclesiástico.

El Tribunal Constitucional aprecia que aunque la recurrente en amparo formuló oposición a la demanda no existió una situación procesal de rebeldía ante la instancia eclesiástica pues pudo intervenir en todos los trámites del procedimiento de nulidad canónica y ha conocido su desarrollo en todo momento, adoptando la conducta procesal que ha estimado más conveniente. Por esto el Tribunal Constitucional entiende que no existe una posible circunstancia obstativa a la concesión de efectos civiles a la nulidad canónica, pues no se dictó en rebeldía (art. 954.2 LEC) y, además, el matrimonio estaba disuelto por divorcio, de tal suerte que la sentencia canónica sólo vino a confirmar el origen y la realidad de la falta de convivencia entre los cónyuges, causa del divorcio, por lo que no se puede admitir que la sentencia canónica haya atacado el valor de cosa juzgada de la civil de divorcio (FJ. 3).

En definitiva, el Tribunal Constitucional decide (FJ. 3) que no se puede considerar que el auto impugnado haya producido indefensión a la demandante, contraviniendo su derecho a la tutela judicial efectiva, porque si bien es cierto que aquélla había manifestado oportunamente su oposición, no lo es menos que ésta ha de ser «formulada en términos razonados (que excluyen toda posible imputación de conveniencia u oportunismo)» (FJ. 3 de la STC 265/1988).

**STC 154/1999, 14 de septiembre («BOE» de 19 de octubre de 1999).  
RA.**

**Ponente: García Manzano.**

**Estimado.**

**Conceptos: Derecho a comunicar información, derecho al honor y a la intimidad personal y familiar, requisito de veracidad, diligencia desplegada.**

**Preceptos de referencia: Artículos 18.1 y 20.1.d) CE.**

Una vez más se plantea ante el TC la delimitación entre el derecho a comunicar libremente información ex. artículo 20.1.d) CE y el derecho al honor tutelado en el artículo 18.1 CE. De modo tangencial también se plantea la vulneración del derecho a la intimidad personal y familiar del sujeto objeto de las publicaciones.

Se plantea el conflicto en relación a una serie de reportajes publicados en la sección de sucesos de un periódico en los que se hacía referencia a la detención y prisión preventiva de un profesor inculpado de violaciones de varias alumnas, menores de edad y deficientes mentales. En concreto, entre varias expresiones se publicó que las niñas fueron «violadas y sodomizadas presuntamente por su profesor [...]». En las informaciones periodísticas se hace referencia a las diligencias policiales en curso, la identidad y profesión del inculpado así como a diversos aspectos de su vida familiar. Se menciona que el claustro del colegio se reitera en la presunción de inocencia del inculpado y se traen a colación las diferentes reacciones que la noticia ha suscitado entre sus convecinos. Finalmente se atribuyen al Comisario Jefe las declaraciones según las cuales «después de haber llevado a cabo las investigaciones oportunas de forma exhaustiva sabemos que O. es culpable de los hechos que se le imputan, pero también es cierto que será muy difícil condenarle con las pruebas que tenemos».

Finalmente, tras ordenarse la excarcelación del inculpado se publica la siguiente noticia: «En libertad bajo fianza el logopeda de Vigo acusado de violar a niñas deficientes. Según las pruebas de la defensa, no hubo abusos sexuales».

El TC analiza si se cumplen las exigencias establecidas en numerosa jurisprudencia constitucional, relativas a la relevancia e interés de la información transmitida, así como a la veracidad de la misma. No hay duda alguna acerca del carácter de noticiable de los hechos, carácter que el TC estima predicable en los sucesos de relevancia penal (TC 178/1993 y 320/1994) y ello con independencia del carácter privado de la persona afectada por la noticia (STC 320/1994). La información difundida hacía referencia a un sujeto que si bien no tenía proyección pública, sí había alcanzado notoriedad y constituían objeto de investigación policial y de enjuiciamiento en causa penal (FD. 4).

Las sentencias impugnadas determinaron que la información publicada carecía del requisito de veracidad requerido para gozar de protección la información vertida. El TC recuerda que este requisito no exige la realidad incontrovertible de los hechos, sino un deber de diligencia en la búsqueda de la verdad de la noticia y en la comprobación de la información difundida, de tal manera que lo que se transmite como hechos o noticias haya sido objeto de previo contraste, de forma que no se transmitan simples rumores, invenciones o insinuaciones insidiosas. El nivel de diligencia exigible adquiere una especial intensidad cuando la noticia divulgada pueda suponer, por su propio contenido, un descrédito de la persona a la que la información se refiere. Sin embargo, cuando la fuente que proporciona la noticia reúne características objetivas que la hacen fidedigna, seria o fiable, puede no ser necesaria mayor comprobación que la exactitud o identidad de la fuente, máxime si ésta puede mencionarse en la información misma (STC 178/1993 FJ. 5).

Las resoluciones de los tribunales contra las que se recurre consideran que se había producido una extralimitación en el ejercicio del derecho fundamental a la libre emisión de información, ya que los reportajes no se limitaban a narrar hechos de veracidad comprobada sino que también emitían numerosos juicios de valor que presentaban ante la opinión pública a la persona objeto de dichas informaciones como autor real y verdadero de las supuestas violaciones que estaban siendo objeto de investigación policial y judicial, lo que determina la desprotección constitucional del derecho reconocido en el artículo 20.1.d) CE (FJ. 6). En cuanto a la exigencia de veracidad, el TC señala que los periodistas desplegaron una actividad encaminada a la

obtención de información sobre el referido suceso, acudiendo a distintas fuentes: comisaría de policía y a los datos suministrados por el JI. La información pues fue elaborada a partir de datos suministrados por fuentes informativas serias y solventes. Por lo tanto, no cabe predicar que los informadores no hayan cumplido diligentemente su función por el hecho que el resultado del proceso penal haya sido distinto del expuesto por los autores de la noticia (FJ. 7). Además el TC también valora positivamente el hecho que el mismo día de la puesta en libertad del procesado se publicase un artículo en que se informaba de su puesta en libertad, circunstancia que el TC considera como manifestación de la voluntad del medio de transmitir con la mayor prontitud las novedades en torno al procesamiento (FJ. 8).

De forma accesoria también parece afectado el derecho a la intimidad personal y familiar. El TC estima que si bien algunos pasajes de los reportajes incurren en desmesura, ello no es argumento suficiente para limitar el derecho ex. artículo 20.1.d) CE ya que la información transmitida no es ajena ni absolutamente irrelevante para formar la opinión del lector acerca de quien, en el momento de escribirse el reportaje, se encuentra procesado por delitos graves (FJ. 9). En consecuencia el TC acuerda estimar el amparo y reconoce el derecho fundamental de los demandantes a difundir libremente información veraz ex. artículo 20.1.d) CE.

**STC 165/1999, 27 de septiembre («BOE» de 3 de noviembre de 1999).**

**RA.**

**Ponente: Conde Martín de Hijas.**

**Desestimado.**

**Conceptos: Derecho a la tutela judicial efectiva, igualdad en la aplicación de la Ley, excepción de litisconsorcio pasivo necesario, cuestión de legalidad ordinaria.**

**Preceptos de referencia: Artículos 14 y 24.1 CE.**

La solicitante de amparo sufrió un accidente a consecuencia de unas obras que el Ayuntamiento de Ciudad Rodrigo adjudicó a una empresa que a su vez subcontrató a otra. Esta última asumió la responsabilidad civil que pudiera surgir como consecuencia de los trabajos realizados. La perjudicada demandó al Ayuntamiento y al contratista principal solicitando indemnización por los daños y perjuicios sufridos. Los demandados alegaron excepción de litisconsorcio pasivo necesario al no ser demandado también el subcontratista. En primera instancia dicha excepción fue desestimada pero ante la Audiencia prosperó y se determinó que al quedar acreditado en autos la existencia del subcontrato debía también traerse al litigio al subcontratista. La perjudicada interpone recurso de amparo contra esta última resolución ya que considera que al estimarse la excepción de litisconsorcio pasivo necesario y no entrarse en el fondo de la cuestión la sentencia de la Audiencia incurre en errores y adolece de una serie de incongruencias que generan una situación de inseguridad jurídica y lesionan el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). La recurrente en amparo considera que la AP no motivó suficientemente su resolución, separándose además, sin aducir argumentación alguna, de la doctrina que la propia AP y el TS vienen manteniendo en supuestos similares.

En cuanto al primer argumento, el TC recuerda que el derecho a la tutela judicial efectiva significa que cualquier persona que acuda a los tribunales

obtenga una respuesta motivada y fundada en Derecho a las pretensiones suscitadas ante los mismos. Este derecho se encuentra sometido al cumplimiento de los requisitos procesales legalmente establecidos. Por ello, el derecho a la tutela judicial efectiva se ve satisfecho tanto si se obtiene una resolución sobre el fondo del asunto planteado, como cuando se excluye el pronunciamiento de fondo por considerar existente una causa impeditiva que se produce en aplicación razonada del ordenamiento, sólo cuando la negativa a examinar el fondo de un litigio se basa en una causa inexistente, entonces la cuestión alcanza transcendencia constitucional (FD. 3). En concreto, respecto a la no aceptación de la excepción alegada, el TC indica que su apreciación es una cuestión de legalidad ordinaria.

El TC considera que la sentencia de la AP, pese a la brevedad de la misma, no deja de estar suficientemente motivada desde la perspectiva del artículo 24.1 CE ya que se expresa la *ratio decidendi* que la ha determinado, decisión que el TC no considera arbitraria, irrazonable o patentemente errónea (FD. 3).

Sostiene además la recurrente en amparo que la AP se ha apartado de la doctrina que venía sosteniendo tanto ésta como el propio TS sin razonar ni justificar dicho cambio. Señala el TC que debería haberse alegado el derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley (art. 14 CE) en vez del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). El TC desestima este argumento porque la recurrente en amparo ni cita ni aporta sentencias de la AP o del TS que reflejen de forma concreta y definida la orientación jurisprudencial de la que alega haberse apartado la sentencia de la AP. Además, el hecho de que los tribunales inferiores se aparten de la jurisprudencia establecida por el TS tampoco supone por ello mismo una vulneración del principio de igualdad, ya que se trata de órganos judiciales diferentes y sin que tal diferencia de criterio atente contra el derecho a obtener la tutela judicial efectiva si sus resoluciones son producto de una aplicación reflexiva y razonada del Ordenamiento jurídico (FD. 6).

En todo caso, no entra dentro de las facultades del TC pronunciarse sobre los problemas relativos a la adecuada constitución de la relación jurídico-procesal, cuestión de legalidad que han de resolver con exclusividad los tribunales ordinarios (FD. 6).

**STC 187/1999, 25 de octubre («BOE» de 26 de agosto de 1999).**

**RA.**

**Ponente: De Mendizábal Allende.**

**Desestimado.**

**Conceptos: Colisión entre los derechos a la libertad de expresión y a la libre información y al honor. Censura.**

**Preceptos de referencia: Artículos 9.3, 1.º.1, 17, 20, 24, 25.1, 53, 81 y 117.4 CE; artículo 3.2 LO 63/1978, de 26 de diciembre, para la Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona; artículo 7 LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.**

El Tribunal Constitucional se pronuncia sobre el sentido de la interdicción de toda clase de censura previa y sobre el alcance de la atribución a los órganos judiciales del poder de acordar el secuestro de publicaciones y grabaciones, contemplados respectivamente en el segundo y quinto apartados del artículo 20 CE.

La resolución analizada se adopta con ocasión de los recursos de amparo presentados contra varias resoluciones judiciales que, en su conjunto, supusieron la prohibición de emisión de un programa de televisión, con el requerimiento a la cadena emisora de que pusiera a disposición judicial las grabaciones de dicho programa, así como las de las cañas publicitarias que ya habían sido emitidas, ante el temor de que las manifestaciones vertidas en los mismos pudieran ser constitutivas de un delito de injuria y calumnia, que ya había sido denunciado con anterioridad, a raíz de las declaraciones emitidas por la misma persona interviniente, en un semanario de la prensa del corazón.

El artículo 3.2 LPJDF permite a los jueces, durante la incoación de un proceso penal, decretar el secuestro de una publicación o prohibir la difusión o proyección de un medio a través del cual se haya producido la actividad delictiva. Aun tratándose de medidas distintas, su finalidad es común: proteger el derecho al honor, la intimidad familiar y propia imagen, de los perjudicados por la emisión de tales informaciones (FD. 7). Las actuaciones judiciales encaminadas a evitar que la eventual lesión de tales derechos y bienes jurídicos resulte irreversible o irreparable, o aumente el daño sufrido, no resultan inconstitucionales por el hecho de limitar efectivamente la libertad de expresión y el derecho a la información consagrados en el artículo 20 CE pues, como en otras ocasiones ha afirmado el Tribunal Constitucional (STS 15/1993), tales derechos fundamentales no tienen carácter absoluto, sino que se encuentran limitados por su colisión con otros derechos fundamentales y la posible lesión de los derechos de los demás (FD. 3 y 6).

Ahora bien, para que la decisión judicial que suponga limitación de derechos fundamentales no vulnere las garantías derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva, constitucionalmente establecidas por el artículo 24 CE, es necesaria una fundamentación especial que exteriorice con precisión el fundamento constitucional de la resolución adoptada (FD. 9). Y tratándose de medidas de orden cautelar, deben poder ser revisables en cualquier momento, recurribles ante una instancia superior y, caso de afectar a terceros ajenos al proceso, permitir su inmediata personación y comparecencia (FD. 11).

STC 199/1999, 8 de noviembre («BOE» de 16 de diciembre de 1999).

RA.

**Ponente:** Vives Antón.

**Desestimado.**

**Conceptos:** Derecho a comunicar y recibir libremente información. Cláusula de conciencia.

**Preceptos de referencia:** Artículo 20.1, d) CE.

La reclamación de amparo se basa que el demandante, Jefe de la Sección de Diseño de un diario, considera que le ha sido indebidamente inaplicada la cláusula de conciencia recogida en el convenio colectivo aplicable al sector periodístico en el que trabaja, cuyo tenor literal es del siguiente tenor: «...si se comprobare objetivamente el desvío de la línea ideológica del periódico, el redactor [tendrá derecho] a la rescisión unilateral de su contrato de trabajo y a dejar de prestar sus servicios en la empresa, percibiendo una indemnización como un despido improcedente, como causa justa del artículo 50 ET» (FD. 1).

Analizando el alcance de la libertad de transmisión veraz de hechos noticiables, de interés general y relevancia pública, el Tribunal Constitucional afirma que «el reconocimiento de la cláusula de conciencia al profesional de la comunicación en el ejercicio de su libertad de información no puede entenderse exclusi-

vamente como un derecho particular de aquél; sino, al tiempo, como garantía de que a su través se preserva igualmente la satisfacción del carácter objetivo de dicha libertad, de su papel como pieza básica en el sistema democrático y de su finalidad como derecho a transmitir una información libre y plural» (FD. 2).

De ahí que, por lo que respecta al ámbito subjetivo del derecho a la cláusula de conciencia, en su configuración constitucional por el artículo 1 LO 2/1997, como un derecho de los profesionales de la información que tiene por objeto garantizar la independencia en el desempeño de su función, resulte que lo relevante no es el cargo o la categoría profesional, sino la actividad efectivamente realizada por la persona que solicita su aplicación, no resultando constitucionalmente adecuada la elaboración de un catálogo cerrado de funciones cuyos titulares pudieran reclamarla. Limitándose la actividad del recurrente al maquetado del periódico, trazando las líneas del formato del diario conforme a las instrucciones recibidas de la Redacción, no se considera que la línea ideológica del diario pueda, en relación al trabajo realizado, violentar su conciencia ni afectar a la transmisión de información relevante para la formación de la opinión pública (FD. 3 y 4).

El extremo relativo a si los cambios efectuados en ciertos contenidos del periódico constituyen o no una alteración de su orientación ideológica, es una cuestión de hecho cuyo contenido vincula al Tribunal Constitucional, no constando acreditado que tales cambios hayan afectado, limitado o condicionado el ejercicio de la libertad de información del recurrente (FD. 5).

**STC 202/1999, 8 de noviembre («BOE» de 16 de diciembre de 1999).**

**RA.**

**Ponente: Cachón Villar.**

**Estimado.**

**Conceptos: Derecho a la intimidad y datos personales contenidos en ficheros informatizados. Ponderación de la existencia de interés general en la creación y mantenimiento de ficheros. Derecho de la empresa a controlar el absentismo laboral.**

**Preceptos de referencia: Artículos 18.1 y 18.4 CE, artículo 7.3 LO 5/1992 de tratamiento automatizado de datos de carácter personal (LORTAD), artículo 20.4 ET.**

Un trabajador de una entidad bancaria recurre en amparo contra resoluciones judiciales que considera vulneradoras de su derecho a la intimidad. La violación de los artículos 18.1 y 18.4 CE se habría producido en la medida en que dichas sentencias acordaron el mantenimiento por parte de la empresa de una base de datos denominada de «absentismo laboral» en la que se consignaba las correspondientes fechas de baja y alta laboral, el motivo de la baja (enfermedad común o accidente laboral), los días durante los cuales se prolongó la situación de incapacidad temporal y el diagnóstico médico. Dichas sentencias ampararon la actuación empresarial en las facultades de control de la situación de incapacidad laboral ex artículo 20.4 ET, procediendo, según el recurrente, a una inadecuada ponderación de los intereses en conflicto, y otorgando primacía al interés del empresario sobre el derecho fundamental de los trabajadores a su intimidad.

Según la empresa, los datos fueron obtenidos de manera legítima y su confidencialidad ha quedado suficientemente garantizada, no habiéndose acreditado ningún uso desviado del fin que justificó su obtención.



El TC recuerda que la protección contemplada en el artículo 18.4 CE es una garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad, pero también de un instituto que es, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos. Por ello, «la garantía de la intimidad adopta hoy un entendimiento positivo que se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona: la llamada «libertad informática» es así el derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático («habeas data») y comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención» (SSTC 254/1993, FJ. 7; 11/1998, FJ. 4 y STC 94/1998, FJ. 4) (FJ. 2).

En defecto de consentimiento expreso del afectado, se trata de determinar si la creación y mantenimiento del fichero automatizado denominado «absentismo con baja médica», vulnera o no el artículo 18 CE, esto es, si existen razones de interés general que den cobertura al mismo. Señala el TC que del contenido del fichero resulta que no se dirige a la preservación de la salud de los trabajadores sino al control del absentismo laboral. Nos hallamos pues ante dos intereses en juego, el del control del absentismo laboral y el de la intimidad. El TC considera que la medida adoptada para controlar el absentismo laboral es desproporcionada e inadecuada, con lo que debe prevalecer el derecho a la intimidad del trabajador. Sobre todo teniendo en cuenta que la LORTAD enuncia, entre otros principios generales de protección de datos, la congruencia y racionalidad de su utilización. De tal modo que debe existir una nítida conexión entre la información personal que se recaba y utiliza informáticamente y el legítimo objetivo para el que se solicita, nexo que falta en este caso (FJ. 5).

El TC procede a estimar el recurso de amparo y en consecuencia declara la nulidad de las sentencias de instancia que no reconocieron el derecho a la intimidad del recurrente y ordena la inmediata supresión de las referencias existentes a los diagnósticos médicos contenidas en la citada base de datos.

**STC 207/1999, 11 de noviembre («BOE» de 16 de diciembre de 1999).**

**RI.**

**Ponente: García Manzano.**

**Estimado parcialmente.**

**Conceptos: Ámbito competencial: legislación civil, urbanismo y vivienda, ordenación de registros e instrumentos públicos, bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos.**

**Preceptos de referencia: Artículos 149.1.8; 149.1.18 CE; artículos 44.1, 52.1 LO 13/1982 Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra; artículos 47.3 y 48 Ley Foral de Navarra 7/1989 Medidas de Intervención sobre el Suelo y Vivienda.**

El Tribunal Constitucional estima parcialmente el recurso interpuesto por el Abogado del Estado, en representación del Presidente del Gobierno, y declara que el artículo 47.3 de la Ley Foral del Parlamento de Navarra 7/1989, de Medidas de Intervención en materia de suelo y vivienda invade la competencia exclusiva del Estado, siendo inconstitucional y nulo. La citada norma tipificaba como infracción urbanística la elevación a escritura pública o la inscripción en el Registro de la Propiedad de viviendas sujetas a derecho

de tanteo o retracto en que se hubieren incumplido determinadas notificaciones y establecía la sanción aplicable a los Notarios y Registradores de la Propiedad autores de dicha infracción.

A pesar de la posterior reforma de la indicada Ley Foral (por la Ley Foral 10/1994, de 4 de julio), el precepto había mantenido su vigencia para los casos de transmisión de viviendas de protección oficial.

El Tribunal señala que «los derechos de tanteo y retracto pertenecen, en cuanto institución jurídica, al ámbito de las relaciones jurídico privadas y su regulación es competencia legislativa del Estado en cuanto integrantes de la legislación civil, a salvo las peculiaridades propias de los Derechos forales o especiales» (FJ. 5), como es el caso de Navarra. Si esos derechos se constituyen a favor de las Administraciones Públicas para servir a finalidades públicas con el adecuado respaldo constitucional, siendo regulados por la legislación administrativa, se insertan en las competencias de titularidad autonómica «cuando las Comunidades Autónomas hayan asumido en sus Estatutos competencias normativas sobre la materia en que dichos derechos reales se incardinan» (FJ. 5). En este caso, la regulación del deber de notificación fehaciente de la transmisión de determinados inmuebles a la Administración en cuyo favor se instaura el tanteo o retracto «es un requisito que viene a integrarse en la regulación jurídica sustantiva de la institución efectuada por el Parlamento de Navarra en el legítimo ejercicio de su competencia de normación sobre la materia de suelo y vivienda» (FJ. 8).

Pero la regulación de la antedicha infracción tipificada para los Notarios y Registradores «se sitúa en el incumplimiento de los deberes que a tales profesionales incumben en el ejercicio de la función pública» (FJ. 8). No se trata de una infracción urbanística, sino de un ilícito disciplinario que «forma parte del régimen estatutario de quienes ejercen la función pública notarial y la registral» y, formando parte «del ámbito de la responsabilidad administrativa o disciplinaria de aquéllos, es exigible, en régimen de uniformidad, por la correspondiente legislación estatal» (FJ. 9). Por ello, la competencia es estatal en méritos de la competencia exclusiva sobre ordenación de registros e instrumentos públicos, sin olvidar la que el Estado también ostenta sobre las bases del régimen estatutario funcional.

**STC 208/1999, 11 de noviembre.**

**RI.**

**Ponente:** Vives Antón. **Voto particular discrepante de González Campos, se adhieren Jiménez de Parga Cabrera y Conde Martín de Hijas. Voto particular concurrente de Garrido Falla.**

**Estimación parcial.**

**Conceptos:** Defensa de la Competencia. Inconstitucionalidad de algunos preceptos de la LDC. Atribución de las facultades de ejecución de la normativa de Defensa de la Competencia.

**Preceptos de referencia:** Artículos 38, 139.1 y 149.1 CE; artículo 10.27 EA País Vasco; artículo 12.15 EA Cataluña; artículos 4, 7, 9, 10, 11, y 25 a) y c) LDC.

La sentencia resuelve los recursos de inconstitucionalidad acumulados números 2009/1989 y 2027/1989, promovidos, respectivamente, por el Gobierno Vasco y el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña contra la Ley 16/1989 de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC). «Las

CC AA recurrentes recaban para sí la competencia respecto de las facultades ejecutivas que se regulan en los preceptos impugnados, sin desconocer que al Estado corresponde la «dirección general de la economía», tal como aduce el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña; más concretamente, el Gobierno Vasco limita su reivindicación «a aquellas prácticas que principalmente tengan lugar en territorio de la CA o vayan dirigidas a alterar la libre competencia en el mercado intracomunitario» quedando fuera, por tanto, las supracomunitarias y las que, aun discurriendo en el territorio de la Comunidad, incidan sobre el conjunto del mercado nacional» (FJ. 1). Se discute, pues, la determinación de qué Administración es la competente para la ejecución de la LDC.

La sentencia (FJ. 5) pone de relieve que «la materia “defensa de la competencia”, como tal, no se halla atribuida expresamente al Estado por la CE» y que «[p]or consiguiente, en la medida en que el conjunto de competencias atribuidas al Estado por la CE no lo impidan, podrá corresponder a las CC AA en virtud de sus propios Estatutos».

El TC, en línea con la argumentación de los recurrentes estima que «la materia “defensa de la competencia” puede quedar, al menos en parte, incluida en la de “comercio interior”» (FJ. 6). Y como quiera que en sus respectivos Estatutos, las CC AA recurrentes tienen atribuida la competencia sobre comercio interior «sin perjuicio de la legislación del Estado sobre defensa de la competencia» considera el TC que «ha de concluirse nítidamente que, con ello, las CC AA recurrentes han asumido competencias ejecutivas en la materia, cuestión que, a tenor de las consideraciones anteriores, ha quedado zanjada desde el momento en que tales competencias han quedado, al menos en parte, incluidas en la de «comercio interior»» (FJ. 6).

Ahora bien, «[l]a competencia ejecutiva que, en materia de defensa de la competencia, cabe atribuir a las CC AA, en virtud de la asunción de comercio interior se halla (...) limitada a aquellas actuaciones ejecutivas que hayan de realizarse en su territorio y que no afecten al mercado supracomunitario. De modo que no sólo la normación, sino todas las actividades ejecutivas que determinen la configuración real del mercado con trascendencia extracomunitaria habrán de atribuirse al Estado, al que corresponderán, por lo tanto, las actuaciones ejecutivas en relación con aquellas prácticas que puedan alterar la libre competencia en un ámbito supracomunitario o en el conjunto del mercado nacional, aunque tales actuaciones se realicen en el territorio de cualquiera de las CC AA recurrentes; pero, con esas limitaciones, la competencia ejecutiva atribuida a las CC AA por sus respectivos Estatutos, no puede resultar enervada por la legislación del Estado» (FJ. 6).

Con ello la STC estima parcialmente los recursos interpuestos y en su fallo declara «inconstitucional la cláusula “en todo o en parte del mercado nacional”, contenida expresamente o por remisión en los artículos 4, 7, 9, 10, 11, y 25 a) y c), en la medida en que desconoce las competencias ejecutivas de la legislación estatal sobre defensa de la competencia atribuidas a las CC AA recurrentes en sus respectivos Estatutos, difiriendo su nulidad hasta el momento en que, establecidos por la Ley estatal los criterios de conexión pertinentes, puedan las CC AA ejercitarlas».

El voto particular discrepante considera que los recursos debían haber sido desestimados íntegramente, entendiéndose que al Estado corresponde tanto la potestad normativa como las facultades de ejecución en materia de defensa de la competencia. La sentencia no justifica suficientemente que dicha mate-

ria quede integrada en la de «comercio interior». Y «cabe entender que el legislador estatutario, al formular la reserva en favor del Estado de la “legislación de defensa de la competencia” haciendo una previa referencia al artículo 38 CE, excluyó la escisión de esta materia entre su ámbito normativo y el de ejecución para atribuir uno y otro a titulares distintos, por estimar que ello no sólo sería artificial en atención al estar el segundo ámbito indisolublemente unido al primero para que la defensa de la competencia sea efectiva, sino también porque tal escisión podría afectar negativamente a la garantía que contiene el artículo 38 CE».



# JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

## Sentencias comentadas

### La retroacción de la determinación de la filiación. Reflexiones sobre el caso de la STS de 22 de julio de 1999

**MANUEL ESPEJO LERDO DE TEJADA**

Profesor Titular de Derecho Civil  
Universidad de Sevilla

**SUMARIO:** I. *Planteamiento: los hechos y la respuesta judicial a los mismos.*—II. *La interpretación del artículo 112 CC.* 1. La regla general de la retroacción de los efectos de la filiación una vez determinada legalmente. 2. Las excepciones a la retroactividad. 3. ¿Existe alguna especialidad en razón de las normas de Derecho Transitorio?

#### **I. PLANTEAMIENTO: LOS HECHOS Y LA RESPUESTA JUDICIAL A LOS MISMOS**

Las partes en el proceso al que la Sentencia comentada pone fin, Gustavo y María Concepción, contrajeron matrimonio en el año 1956. En razón de ese matrimonio, Jorge Ignacio, nacido de María Concepción en 1966, había sido inscrito como hijo legítimo. En el año 1968, como consecuencia de una crisis matrimonial, los cónyuges acordaron llevar vida independiente. A partir de esa fecha Jorge Ignacio convivió con su madre, que comenzó a recibir de Gustavo los alimentos, en favor de Jorge Ignacio, impuestos por diversos pronunciamientos judiciales. En enero de 1990 Gustavo y María Concepción, Jorge Ignacio y un tercero de nombre Jesús, acudieron a realizar una prueba médica para investigar la paternidad de Jorge Ignacio, la cual resultó descartar que Gustavo fuera su padre y demostró que lo era Jesús. Con esta base, Jorge Ignacio impugnó con éxito la paternidad de Gustavo <sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> La Sentencia comentada no dice que se hubiera reclamado también la verdadera paternidad, así en el FD 1.º: «El 31 de octubre de 1990 don Jorge Ignacio presenta demanda contra don Gustavo impugnando la paternidad de éste, el cual contestó oponiéndose a la demanda y sólo después de la comparecencia se allanó a las pretensiones de la misma, dictándose Sentencia por el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Madrid de 23 de julio de 1992, estimatoria de la demanda y declarativa de no existir filiación entre las partes». Sin embargo, probablemente, la acción ejercitada fue la de reclamación-impugnación pues es la que se adapta a las circunstancias del caso.

El litigio que da lugar a la Sentencia ahora comentada se inició con una doble petición de Gustavo contra María Concepción: la devolución de las cantidades abonadas en concepto de alimentos a favor de Jorge Ignacio, más los intereses correspondientes, y la indemnización por el daño moral recibido por «la actitud y comportamiento doloso de la demandada al ocultar la paternidad de aquél», que ha provocado que el demandante haya «sido humillado y lesionado en su honor y dignidad».

La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia desestimó la primera pretensión, y respecto de la segunda estimó la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario. La Audiencia, en cambio, desestimó ambas pretensiones. Recurrida la Sentencia de segunda instancia por el demandante, el Tribunal Supremo dictó la ahora contemplada declarando no haber lugar a casación.

Desconocemos los argumentos exactos de la demanda, pero en los motivos de casación está presente una inexactitud que –si responde, como parece lógico, al planteamiento inicial del pleito– puede haber tenido una negativa incidencia en su resultado final. En efecto, la casación se intenta por infracción del artículo 1902 CC., lo cual nos parece más correcto en relación con la segunda pretensión, la indemnización por daños morales, que en relación con la primera, la restitución de las cantidades abonadas como alimentos. De hecho en el desarrollo del motivo de casación el propio recurrente pone de manifiesto el incorrecto fundamento legal de su pretensión: «en ninguna de las dos Sentencias... se ha entrado a valorar el daño económico sufrido por el recurrente, quien ha probado la entrega de cantidades de dinero, en concepto de alimentos, para Jorge Ignacio... en beneficio... de la señora C. (demandada), pues de no haber sido considerado hijo matrimonial, hubiese sido la segunda la que hubiese tenido que distraer de su patrimonio las cantidades necesarias para alimentar a dicho hijo». Para nosotros, si estos son los fundamentos de la demanda, resulta palmariamente incorrecto residenciar la pretensión en el artículo 1902 que impone al demandante no sólo la prueba del daño, sino, en los casos generales, también de la culpa o el dolo del que lo causó. Las cosas serían mucho más sencillas a la vista de la explicación del recurrente: el pago de los alimentos ha quedado sobrevenidamente sin causa una vez demostrado que Gustavo no era el padre de Jorge Ignacio. Procedería, entonces, reclamar la repetición del pago indebido, evitando tener que demostrar la culpa del demandado <sup>2</sup>.

En cambio, al apoyar el recurso en un precepto como el 1902, el recurrente brinda al Tribunal Supremo una fácil solución, pues puede acogerse a las propias palabras del recurrente, que insisten en que la demandada ha actuado con dolo, para rechazar la pretensión: «fue a comienzos del año 1990 cuando la señora C. tuvo conocimiento de que la paternidad de su hijo Jorge Ignacio correspondía, realmente a don Jesús sin que la anterior conclusión fáctica se encuentre en contradicción con la narración del hecho quinto del escrito de contestación a la demanda, al estarse refiriendo dicha narración, más bien, a posibilidades y sospechas y no a un conocimiento pleno y de total certidumbre... La precedente conclusión fáctica permite, a su vez, otra no menos concluyente, cual es, la imposibilidad de calificar de dolosa la actuación y conducta de la señora C. en torno a ocultar al señor R. la identidad del padre del menor nacido dentro del matrimonio» (FD 3.º y 4.º).

---

<sup>2</sup> Dejamos deliberadamente al margen el tratamiento de la segunda pretensión del actor que no analizaremos en este trabajo.

Para nosotros el demandante no pretendía otra cosa que el reconocimiento de los efectos de la verdadera filiación desde que tuvo lugar, y, por tanto la afirmación de la eficacia retroactiva de su determinación legal. El planteamiento adecuado del caso hubiera permitido aclarar una materia que no suele ser muy tratada por los autores<sup>3</sup> y que carece también de pronunciamientos jurisprudenciales, a pesar de ser especialmente interesante cuando la filiación resulta determinada tiempo después de la realización de su hecho constitutivo<sup>4</sup> y contradice otra filiación anteriormente determinada. Por eso el demandante, a nuestro juicio, debía haberse apoyado para fundamentar su pretensión en el artículo 112 de nuestro Código civil: «La filiación produce sus efectos desde que tiene lugar. Su determinación legal tiene efectos retroactivos siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquéllos y la Ley no dispusiere lo contrario». De este modo, hubiera obligado a un pronunciamiento sobre el modo en que actúa la determinación de la filiación sobre los efectos producidos con base en una determinación anterior incompatible<sup>5</sup>; ese pronunciamiento, a tenor de los datos legales, debiera haber conducido a la estimación de la primera pretensión de la demanda, en los términos que explicamos a continuación.

## II. LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 112 CC.

### 1. La regla general de la retroacción de los efectos de la filiación una vez determinada legalmente

El precepto del artículo 112 se nos antoja decisivo para resolver la controversia suscitada, pues proclama la eficacia de la filiación desde el momento en que tiene lugar, con independencia, por tanto, de la fecha en que haya sido determinada<sup>6</sup>. Por eso la norma recalca que la ulterior determinación tendrá efectos retroactivos, pues la energía de la filiación radica en el hecho biológico de la misma. En consecuencia, será evidente que los efectos «indebidamente producidos por una relación de filiación incorrectamente determinada con anterioridad, de un estado de filiación putativo o provisional» deberán desaparecer<sup>7</sup>.

No se puede perder de vista que, si lo anterior es cierto, también lo es que el Código no impone la retroactividad de la determinación de la filiación como principio absoluto, sino que reconoce la existencia de algunas excep-

---

<sup>3</sup> Por lo que conocemos, su planteamiento está ausente por completo de los manuales al uso, que se limitan, en el mejor de los casos, a recoger los términos literales del artículo 112, y solamente merece breve atención en algunas obras monográficas y en los comentarios legales a dicho precepto.

<sup>4</sup> *Cfr.* en este último sentido DE LA CÁMARA, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo III, 1.º, Madrid, 1984, p. 167.

<sup>5</sup> Desde luego con este planteamiento hubiera sido obligado demandar no sólo a la madre sino también al padre y, quizá, al hijo.

<sup>6</sup> Para situarse en el contexto doctrinal en el que la norma se gesta, son útiles las indicaciones de DE LA CÁMARA, *Comentarios*, III, 1.º, *cit.*, p. 168.

<sup>7</sup> Así RIVERO HERNÁNDEZ, *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 438. En términos sustancialmente similares PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, vol. 1, Madrid, 1984, pp. 830-831.



ciones <sup>8</sup> a las que se refiere con dos locuciones que no son de fácil inteligencia: efectos, en primer lugar, que, por su propia naturaleza, no admitan la eficacia retroactiva de la determinación; efectos, en segundo lugar, respecto de los que la Ley dispusiere lo contrario. Un ejemplo de esto último lo brinda el propio párrafo segundo que salva de la eficacia retroactiva los actos realizados en nombre del menor o incapaz por su representante legal.

Avanzado el contenido de la norma, sería bueno ocuparse con más detalle de su concreto significado. En este punto, por encima de su inicial claridad, comienzan los problemas. En efecto, en la doctrina se discute sobre variados aspectos de su régimen: el supuesto de hecho es el primero, pues hay quien considera que el precepto tendría su aplicabilidad más propia en el supuesto en que la filiación legalmente determinada no contradiga a una filiación anterior. También se duda sobre el sentido de las excepciones a la eficacia retroactiva. Asimismo se ha apuntado la necesidad de articular el precepto con otras consecuencias de nuestro ordenamiento como pueden ser el ejercicio de buena fe de los derechos, la protección de los terceros de buena fe y el concepto de estado putativo.

Comencemos por el primer punto: el supuesto de hecho de la norma. En relación con esta cuestión se ha afirmado recientemente que el precepto se referiría de forma literal «sólo a la determinación posterior al nacimiento (sea judicial o voluntaria), sin ponerse expresamente en el caso de que existiera antes otra determinación que se anula. Sino dando la sensación de que sólo se contempla una filiación previamente *indeterminada* en el ejercicio de acciones reclamatorias puras» <sup>9</sup>.

Nosotros no vemos clara esta conclusión, pues, además de su problemática adecuación a la literalidad de la norma —que abarca ambas hipótesis, sin necesidad de forzar su sentido (*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*)— daría lugar a una diversidad de regímenes difícilmente justificable en función del tipo de acción que se ejercitara, o, en definitiva, en función de si la filiación determinada viene o no a sustituir a una anterior <sup>10</sup>. Por esto pensamos que la norma es aplicable tanto si la determinación de la filiación parte de una previa indeterminación como si rectifica otra filiación anterior <sup>11</sup>, por lo que no se podría excluir su aplicación a nuestro caso.

## 2. Las excepciones a la retroactividad

Un segundo aspecto, decíamos, necesitaba ser aclarado. Se trata del significado de las excepciones al efecto retroactivo de la determinación legal de la filiación.

<sup>8</sup> En este sentido, DE LA CÁMARA, *Comentarios*, III, 1.º, *cit.*, p. 169: «La regla general es, pues, la retroactividad... mas a continuación se matiza el alcance de aquella regla».

<sup>9</sup> Así RAMOS CHAPARRO, *Ciudadanía y Familia: Los Estados Civiles de la Persona*, Barcelona, 1999, p. 367.

<sup>10</sup> Nótese, además, que si se estima que la norma «en su espíritu atemperador de la retroactividad, acoge también... la anulación judicial de una filiación previamente determinada para dejar determinada definitivamente otra distinta» como hace RAMOS CHAPARRO (*Ciudadanía y Familia*, *loc. cit.*) se está reconociendo su aplicabilidad en ese caso: no habría que atemperar la retroactividad si no se estimara que la regla es precisamente esa, también en la hipótesis de reclamación-impugnación.

<sup>11</sup> Así, también, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, *cit.*, p. 831 y RIVERO HERNÁNDEZ, *Comentario*, *cit.*, p. 438.

Una primera excepción a la retroactividad es la derivada de la naturaleza de los derechos que se pretenden retrotraer, lo cual es interpretado por los autores de forma divergente. Según una explicación, en algunos casos se observaría una imposibilidad lógica y metafísica de retrotraer los efectos <sup>12</sup>. En suma, la mención legal estaría «impuesta por exigencias de la realidad», pues «unos efectos pueden retrotraerse y otros no»: el derecho a los apellidos, la patria potestad y el derecho de alimentos carecen de efectos retroactivos, al contrario que los derechos sucesorios <sup>13</sup>. Sin embargo, la devolución de los alimentos ya satisfechos sí que podría ser reclamada por la vía del artículo 1894 CC. <sup>14</sup>. Este último punto es propiamente el que nos interesa destacar: para los autores que sostienen esta opinión la solución que merecería el caso comentado es que procede la devolución de los alimentos abonados por el progenitor incorrectamente determinado. No tenemos nada más que objetar a esta postura, cuyo resultado final compartimos, que su justificación normativa: el artículo 1894 CC. no nos parece aplicable a casos como el comentado <sup>15</sup>.

La opinión de otros autores restringe el significado de las excepciones a la retroactividad. Así, para Peña la incompatibilidad a la que se refiere el precepto debe verse en que determinados derechos no podrían ser «hechos valer tras una prolongada inactividad», porque «el ejercicio actual de derechos o acciones, ocultos desde hace muchos años, puede significar, en determinados casos, un ejercicio contrario a la buena fe» <sup>16</sup>. En nuestra opinión, siendo estas apreciaciones ciertas, hay que tener en cuenta que la simple determinación tardía de la filiación no implica mala fe, pues esta requeriría algún tipo de inactividad consciente y deliberada del que pretendiera posteriormente hacer valer el derecho, como sería el caso de quien conociendo y pudiendo demostrar desde antiguo la verdadera filiación difiriera durante cierto tiempo su determinación legal <sup>17</sup>. En nuestro caso no existe ningún indicio de que el demandante pueda haber incurrido en alguna conducta de este tipo.

<sup>12</sup> Así DE LA CÁMARA, *Comentarios*, III, 1.º, *cit.*, pp. 170 y ss.

<sup>13</sup> Así SERRANO GARCÍA, «El Derecho transitorio de la filiación en la Jurisprudencia», *ADC*, 1986, p. 1280. La explicación de que no pueda retrotraerse el derecho a los alimentos está en el artículo 148: no se pueden recibir alimentos correspondientes al período anterior a la interposición de la demanda: vid. DE LA CÁMARA, *Comentarios*, III, 1.º, *cit.*, pp. 173 y ss.

<sup>14</sup> Así DE LA CÁMARA, *loc. ult. cit.*; SERRANO GARCÍA, *op. cit.*, p. 1280 nota 44. En el mismo sentido SERNA MEROÑO, *La reforma de la filiación*, Madrid, 1985, p. 357.

<sup>15</sup> En nuestra opinión, de acuerdo con su enclave sistemático, el artículo 1894 CC sólo puede referirse a los alimentos prestados por «extraños» y no a los prestados por el sedicente deudor cuya relación parental se impugna con éxito. No constituye esta afirmación más que la aplicación al precepto de los requisitos generales de la gestión de negocios ajenos: cfr. *ad rem* DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, II, Madrid, 1999, pp. 500-501 y RAMS ALBESA en LACRUZ et alii, *Elementos de Derecho civil*, II, 2.º, Barcelona, 1995, p. 421. En cambio, las hipótesis como la nuestra son más bien pago o cobro de lo indebido, pues consisten en la «creencia equivocada de pagar en cumplimiento de una obligación propia», claro caso de *indebitum ex persona*. Sobre la repetición en estos casos: cfr., por todos, BALLARÍN HERNÁNDEZ, *Comentario del Código civil*, *cit.*, sub. art. 1895, p. 1957, de quien procede esta última cita.

<sup>16</sup> Son palabras de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentarios*, *cit.*, p. 831. Sigue esta opinión, sin referirla expresamente a la locución «retroactividad compatible con la naturaleza de los efectos»: RIVERO HERNÁNDEZ, *Comentario*, *cit.*, p. 440.

<sup>17</sup> También se podría añadir que la limitación de los efectos retroactivos, cuando el ejercicio de los derechos sea contrario a la buena fe, no proviene de la incompatibilidad «natural», sino de la disposición de la Ley en contra de dicho efecto (artículo 7,1 CC), es decir, de la segunda causa de excepción regulada en el artículo 112.

Una segunda excepción a la retroactividad es la disposición legal en contra de la misma. Algunos autores entienden que la Ley, al hacer esta afirmación, está pensando en las normas de Derecho Transitorio<sup>18</sup>, materia de la que, en relación con nuestro caso, nos ocuparemos luego. Alguno añade en esta sede un elenco de preceptos en los que se aparta la Ley de la eficacia retroactiva<sup>19</sup>, pero que no afectan al caso de la Sentencia comentada.

Los autores suelen añadir otras excepciones a la eficacia retroactiva de la determinación legal de la filiación que derivarían del engarce de la norma con el resto del sistema: así se hace referencia a la protección que merecen los terceros de buena fe que hayan confiado en la apariencia objetiva brindada por la existencia de un estado filiatorio meramente putativo<sup>20</sup>.

A esto añade Ramos Chaparro que, a su juicio, esa misma protección merecen no ya los terceros, sino las mismas partes del vínculo filiatorio, lo que deduce de la idea de filiación putativa que sería una concreción o aplicación singular a este *status* de la categoría más general del estado putativo, que tiene manifestaciones legales más claras en el caso del matrimonio y de la nacionalidad<sup>21</sup>. Para el autor, la figura de la filiación putativa, con escaso apoyo textual en el Código civil, debería ser admitida desde los principios generales y mediante la interpretación teleológica del artículo 112 CC<sup>22</sup>. Existe, según Ramos Chaparro, un principio general informador de la Ley «que es la protección de la buena fe derivada de un estado aparentemente determinado y publicado en el Registro civil frente a la eficacia retroactiva de la declaración de su nulidad»<sup>23</sup>. Este principio, afirma, haría irrecuperables los alimentos satisfechos en virtud de la filiación incorrectamente determinada<sup>24</sup>; es decir, aparentemente, impondría en nuestro caso la solución contraria a la que entendemos que procede.

Sin embargo, analizando las cosas más detenidamente, aun partiendo de la opinión de este autor, nos parece que se podría llegar a la misma solución que nosotros propugnamos para el caso concreto. En efecto, en esta construcción, la protección otorgada por el estado putativo no deja de ser una excepción a la regla general de la retroactividad de los efectos de la filiación<sup>25</sup>, excepción justificada solamente por la buena fe de quien ha confiado en la apariencia dimanante de la filiación previa e incorrectamente determinada. ¿En qué consiste esa buena o mala fe? Nos responde el mismo Ramos Chaparro

<sup>18</sup> Así DE LA CÁMARA, *Comentarios*, III, 1.º, *cit.*, pp. 169-170; SERRANO GARCÍA, «El Derecho transitorio de la filiación en la Jurisprudencia», *cit.*, p. 1280 y RIVERO HERNÁNDEZ, *Comentario del Código civil*, *cit.*, p. 438.

<sup>19</sup> Cfr. especialmente, RIVERO HERNÁNDEZ, *Comentario*, *cit.*, pp. 439-440.

<sup>20</sup> Cfr. en este sentido: PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentarios*, *cit.*, p. 831; RIVERO HERNÁNDEZ, *Comentario*, *cit.*, p. 440; RAMOS CHAPARRO, *Ciudadanía y Familia*, *cit.*, p. 368.

<sup>21</sup> *Ciudadanía y Familia*, *cit.*, p. 362: «la técnica legal del estado putativo no es otra cosa que una limitación subjetiva o personalizada a la eficacia retroactiva de las sentencias de nulidad de estado... que consiste en conservar los efectos particulares favorables producidos antes de la declaración de nulidad en los terceros de buena fe, y en los propios sujetos del vínculo cuando se encuentran en la misma condición subjetiva, sin perjuicio de la extinción, para el futuro, de todo el contenido y la eficacia global del estado anulado, y de la posible extinción “hacia el pasado” o retroactiva, respecto de los derechos adquiridos de mala fe, por los propios sujetos o por terceros». En cuanto a la aplicación de esas ideas a la filiación: pp. 367 a 369.

<sup>22</sup> Así en *Ciudadanía y Familia*, *cit.*, p. 367.

<sup>23</sup> *Ciudadanía y Familia*, *cit.*, p. 368.

<sup>24</sup> Así RAMOS CHAPARRO, *op. cit.*, p. 368.

<sup>25</sup> Cfr. texto citado en nota 21.

ro: «el defecto constitutivo del vínculo puede ser un hecho ignorado sin mala fe»<sup>26</sup>. Es decir, el fundamento de la buena fe será la ignorancia inculpable del defecto constitutivo del vínculo putativo. ¿Cuál es en nuestro caso el defecto constitutivo del vínculo? Podría decirse que es su falta de correspondencia con la realidad biológica, por haberse producido una conducta que no se adecuaba a las tenidas en cuenta por la Ley al establecer la presunción de paternidad. En efecto, parece claro que el fundamento de la presunción de paternidad del marido de la madre es la normal cohabitación sexual entre los cónyuges<sup>27</sup>; sin embargo, en el caso que estamos tratando aquí, además de esa cohabitación, había existido una relación extramatrimonial. Nos parece, entonces, que la ignorancia sobre el defecto constitutivo del vínculo filiatorio y, por consiguiente, la confianza en que ese vínculo es verdadero, sólo puede predicarse de aquellas personas que no conocieron los acontecimientos que contrarían directamente el fundamento de la presunción de paternidad. En cambio difícilmente podría admitirse dicha ignorancia en quien fue protagonista de las relaciones extramatrimoniales o las conoció de otro modo. En relación con esas personas la presunción legal parece insuficiente para fundar un estado subjetivo de buena fe, porque no basta para ocultarles que la filiación puede no corresponder con la oficialmente determinada. Así lo reconoce indirectamente la propia Sentencia del Tribunal Supremo: la madre sospechaba que la verdadera filiación de Jorge Ignacio podía no ser la resultante de la presunción de paternidad<sup>28</sup>. En consecuencia, no se podría beneficiar de la apariencia quien conociera el más débil fundamento *in concreto* de la filiación determinada por presunción. Es decir, en nuestro caso, la apariencia de estado tendría fuerza para generar buena fe no sólo en los terceros, sino también en el presunto padre y en el propio hijo, en cuanto ignorantes de la debilidad de la filiación determinada por presunción; en cambio, difícilmente puede apreciarse buena fe protegible en la madre y en el verdadero padre.

El significado de todo ello es que en el caso no se podría inquietar a Jorge Ignacio, pues resulta protegido en la percepción de los alimentos por la buena fe dimanante de la filiación primeramente determinada. En cambio, ni la madre ni el verdadero progenitor pueden beneficiarse de la falsa filiación, lo que impone la liquidación de los efectos producidos: la restitución de los alimentos pagados por quien no los debía.

Si no se acepta la tesis de la filiación putativa<sup>29</sup>, de acuerdo con la cual hemos argumentado en los anteriores párrafos, la solución de nuestro caso

<sup>26</sup> RAMOS CHAPARRO, *Ciudadanía y Familia*, cit., p. 342, nota 234. Esa buena fe no convalida *in radice* el vínculo, pero debe ser tenida en cuenta «para lo que podría llamarse “liquidación” de la situación aparente mantenida hasta la declaración de nulidad» (*loc. cit.*).

<sup>27</sup> En este sentido, RIVERO HERNÁNDEZ en LACRUZ y alii, *Elementos de Derecho civil*, IV, Barcelona, 1989, pp. 71 y ss. con referencias a otros autores.

<sup>28</sup> Claro está que la Sentencia sólo se refiere a la madre porque fue la única demandada.

<sup>29</sup> La tesis de RAMOS CHAPARRO puede resultar de discutible encaje con el sistema legal en cuanto a la extensión que otorga a la eficacia del estado putativo como enervante de la retroactividad. No se puede olvidar que la protección de los actos que se amparen en el estado putativo no es un efecto general (así DE CASTRO, *Derecho civil de España*, II, Madrid, reimpresión de la ed. de 1952, pp. 84-85 y DE LA CÁMARA, *Comentarios*, III, 1.º, cit., p. 191), y que cuando el estado putativo tiene efectos protectores incluso *inter partes*, como sucede en el caso del matrimonio, es por vía excepcional, pues el principio de protección de la apariencia no llega a salvar en los casos generales los efectos producidos entre las partes. Cfr. en este último sentido GORDILLO CAÑAS, *La representación aparente*, Sevilla, 1978, pp. 443 y ss. y el propio RAMOS CHAPARRO, *Ciudadanía y Familia*, cit., p. 342, nota 234.

viene a ser similar, aunque más fácil de demostrar, porque desde esta otra óptica no cabría duda de que el pago de las pensiones alimenticias ha sido indebido<sup>30</sup>. Sin embargo, aunque Gustavo pudiera alegar dicha condición de los pagos, no sería Jorge Ignacio el obligado a restituir porque le ampara la regla del artículo 1899, que excluye la posibilidad de repetir el pago cuando el *accipiens* creyó de buena fe que se le hacía con cargo a un crédito verdadero que resulta inutilizado precisamente a causa del pago. En nuestra opinión esto último es lo que sucede aquí, porque Jorge Ignacio no podría, una vez transcurrido el tiempo y demostrada su filiación, dirigirse contra sus verdaderos progenitores en reclamación de los alimentos que en su día no percibió de ellos; la aplicación del artículo 148 lo impediría<sup>31</sup>. En cambio, el que pagó indebidamente alimentos sí que podría reclamar contra los verdaderos progenitores<sup>32</sup>, ejercitando, claro está, no una pretensión de alimentos que acabamos de decir que es imposible, sino una acción de enriquecimiento<sup>33</sup>.

### 3. ¿Existe alguna especialidad en razón de las normas de Derecho Transitorio?

Un último dato, también complejo, debe añadirse a los ya tratados. Nos referimos al que representa la existencia, junto al artículo 112, de normas especiales de Derecho Transitorio que, para parte de la doctrina, establecerían límites a la retroactividad dispuesta en el precepto<sup>34</sup>. Así Rivero Hernández para quien, aunque la retroactividad de los efectos de la filiación opera también «respecto de la propia ley... que deviene, así, retroactiva», no se pueden olvidar los matices que las Disposiciones Transitorias imponen<sup>35</sup>.

Pensamos que la única DT que quizá podría tener aplicación a nuestro caso es la DT 10 de la Ley 11/1981 de 13 de mayo: «La filiación de las personas, así como los efectos que haya de producir a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, se regirán por ella con independencia de la fecha de nacimiento y del momento en que la filiación haya quedado legalmente determi-

<sup>30</sup> Sobre conceptos generales del pago o cobro de lo indebido, interesantes en nuestro caso, *vid.*, por ejemplo, GULLÓN BALLESTEROS, «Cobro de lo indebido», en *Estudios de Derecho Civil en honor del Prof. Batlle Vázquez*, Madrid, 1978, p. 368: Refiriéndose al *indebitum ex persona* dice «la deuda existe, pero vincula a personas distintas del que da y recibe. En otros términos, el *solvens* puede no ser el verdadero deudor del *accipiens*, sino otra persona...». Cfr. también BALLARÍN HERNÁNDEZ, *Comentario, cit.*, p. 1956.

<sup>31</sup> Cfr. DE LA CÁMARA, *Comentarios*, III, 1.º, *cit.*, pp. 173 y ss.

<sup>32</sup> En aplicación de la regla de ese mismo artículo 1899. Sobre el significado de este precepto, *vid.* HERNÁNDEZ MORENO, *El pago del tercero*, Barcelona, 1983, p. 101: «si la deuda ajena existe realmente, como en el caso del artículo 1899, la repetición procede, no del acreedor, que recibe lo que se le debe, sino del verdadero deudor, que es el que resultaría lucrado por la operación»; LACRUZ BERDEJO, «El pago de lo indebido», en *Estudios de Derecho privado, común y foral*, Tomo II, 1992, p. 332; DE LOS MOZOS, «Pago o cobro de lo indebido», *RDP*, 1988, p. 658.

<sup>33</sup> Pensamos con GULLÓN, que en el artículo 1899 además de reconocerse la subrogación del *solvens* en la posición del *accipiens* para dirigirse contra los verdaderos deudores, existe una acción de enriquecimiento para los casos, como el presente, en que la deuda primitiva como tal se ha extinguido: así en «Cobro de lo indebido», *cit.*, p. 383. Otras opiniones sobre este extremo en BALLARÍN HERNÁNDEZ, *Comentario, cit.*, p. 1965.

<sup>34</sup> Cfr. DE LA CÁMARA, *Comentarios*, III, 1.º, *cit.*, p. 169; SERRANO GARCÍA, *op. cit.*, p. 1280; RIVERO HERNÁNDEZ, *Comentario, cit.*, p. 438.

<sup>35</sup> *Op. cit.*, p. 438.

nada». En nuestra opinión la citada DT pretende subrayar que la Reforma del Código incide con tal fuerza sobre el régimen de la filiación, que a partir de su entrada en vigor ya no tendrá ninguna eficacia la anterior normativa, ni siquiera en el caso de las filiaciones ya producidas y determinadas. Se ha querido ver además una declaración de que la Ley sólo se aplica a los efectos que haya de producir la filiación en el futuro<sup>36</sup>. Aunque esto último será lo habitual, no se puede olvidar que el artículo 112 retrotrae los efectos de la determinación legal hasta el momento en que la filiación tiene lugar. En el caso que nos estamos planteando nos parecería carente de razón suficiente impedir que los alimentos abonados con anterioridad a 1981 sean recuperados por el falso padre por considerar que la Ley no puede tener efectos retroactivos. Y nos lo parece porque, aunque el criterio del artículo 112 pueda ser contingente, por carente de condicionamiento constitucional alguno<sup>37</sup>, sí que viene considerado por el legislador como unido a un sistema que experimenta un poderoso giro en su orientación. Si se sitúa el precepto en un sistema en el que la verdad biológica y su libre investigación son su fundamento, resulta lógico adecuar los efectos producidos con base filiatoria errónea a los resultantes de la nueva determinación. Y si eso es así, escasa justificación tendría no liquidar las relaciones anteriores a la entrada en vigor de la Ley. Por tanto, pensamos que el artículo 112 impone la recuperación de los alimentos sin limitación alguna por razón de las normas transitorias, pues la escasa claridad que ofrece la DT 10 no hace fácil considerarla como un obstáculo.

---

<sup>36</sup> Así PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentarios de las Reformas del Derecho de Familia*, vol. II, Madrid, 1984, p. 1979. Según DE LA CÁMARA, *Comentarios*, III, 1.º, cit., pp. 169-170: «La redacción no es del todo clara, pues el inciso “a partir de la entrada en vigor de la nueva (sic) Ley” parece dar a entender que si bien la misma se aplica a los hijos, cualquiera que sea la fecha de su nacimiento y la determinación de su filiación (por tanto, aunque tales fechas sean anteriores a la vigencia de la nueva legislación), los efectos de aquélla, tal como los regula la propia Ley, sólo se producen después de su entrada en vigor. Con todo, esta conclusión no es segura y un análisis detenido de la disposición citada, puesta en relación con las restantes, conduce más bien a la conclusión de que la retroactividad postulada es de grado máximo, aunque resulte atemperada por lo establecido en otras disposiciones».

<sup>37</sup> O incluso para alguno criticable en ciertas consecuencias: así para DE LA CÁMARA, *Comentarios*, III, 1.º, cit., p. 181 en el caso de que la nueva determinación imponga revisar los efectos sucesorios ya producidos. Nos hemos referido a esta cuestión en *La legítima en la sucesión intestada en el Código civil*, Madrid, 1996, pp. 78-79.



# Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Josep María BECH SERRAT, Margarita CASTILLA BAREA, Luis FAJARDO LÓPEZ, Gabriel GARCÍA CANTERO, Carmen JEREZ DELGADO, Andrea MACÍA MORILLO, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Albert RUDA GONZÁLEZ, Ignacio TIRADO MARTÍ**

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. Invocación en el proceso de derecho extranjero.**–La jurisprudencia del TS (plasmada, entre otras, en STS de 7 de septiembre de 1990) establece, conforme al artículo 12.6 CC, que el que invoca en el proceso la aplicación de derecho extranjero ha de acreditar, de manera que no quede la más mínima duda en el Tribunal, la existencia, vigencia e idoneidad de la norma invocada. Dentro de este último extremo considera la jurisprudencia que se ha de probar la exacta entidad del derecho vigente, su alcance y la interpretación que del mismo ofrezca la doctrina autorizada del país de origen. Tales alegaciones y pruebas ha de realizarlas la parte que invoque el derecho extranjero, ya que se trata de una cuestión de hecho. Si no se acredita de esta forma plena el derecho cuya aplicación se pretende, los Tribunales deberán resolver conforme al derecho español.

**Apreciación de la prueba por el Tribunal de instancia.**–Conforme la reiterada doctrina del TS (SSTS de 15 de noviembre de 1997 y 30 de diciembre de 1998), el Tribunal de instancia es soberano para apreciar la prueba. Sólo cuando esta apreciación resulte ilógica, opuesta a las máximas de la experiencia o a las reglas de la sana crítica, podrá ser revisada en casación. (STS de 25 de enero de 1999; no ha lugar.)

**HECHOS.**–A raíz de un negocio celebrado por un grupo de ciudadanos belgas con un compatriota suyo, adeuda este último a



los primeros una cantidad. Los acreedores demandan a su compatriota en reclamación de la deuda.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso de apelación, declarando la existencia de una deuda de tres millones de francos belgas. El demandado en primera instancia interpone recurso de casación que es desestimado por el TS. (A. M. M.)

## DERECHO DE LA PERSONA

**2. Títulos nobiliarios. Ilegitimidad de sangre.**—Establece el TS (en contra de su STS de 4 de febrero de 1960, de la cual declara que no es la doctrina que posteriormente se ha seguido) que en el derecho nobiliario la ilegitimidad de sangre por sí sola no ha restringido jamás la facultad de ostentar un título nobiliario, ni de obtenerlo por sucesión, salvo que así lo determinase la Carta de Concesión o de Fundación del título. De esta manera, el Derecho nobiliario fue, hasta hace poco, mucho más abierto en esta materia que el Derecho común, que sí establecía distinciones entre los hijos legítimos y los ilegítimos. La legislación histórica y la jurisprudencia (SSTS de 31 de mayo de 1912, 22 de diciembre de 1922 y 7 de diciembre de 1988), equiparó a los hijos legitimados por el subsiguiente matrimonio a los hijos legítimos a no ser que estuviesen expresamente excluidos en la Carta Fundacional.

**Títulos nobiliarios. Sucesión.**—En materia de títulos nobiliarios, declara el TS que la Carta de Concesión o Fundación es la pauta legal que determina la obtención por sucesión de los títulos. A falta de ésta, se ha de estar al orden seguido por la tradición o, en el caso de que el título nobiliario se hubiese vinculado a un mayorazgo, a lo que se determinase en la fundación de éste. A través de esta segunda posibilidad se ha admitido la aplicación de un derecho consuetudinario que fijaba la Ley de Sucesión establecida en el Título XV, Ley II, de la segunda Partida para la Corona de Castilla (que establecía para la sucesión la regla del «propincuo» pariente, esto es, el pariente más próximo), lo cual fue ratificado por la Novísima Recopilación en la Ley 15, Título 1.º, Libro 3.º

**Títulos nobiliarios. Impugnación de la Carta de sucesión.**—Mantiene el TS que los derechos nobiliarios son imprescriptibles y que las Cartas de sucesión se otorgan sin perjuicio de derechos de terceros, de manera que la titularidad otorgada es atacable en cualquier momento sin vulnerar con ello derechos adquiridos.

**Ley 11/1981, de 13 de mayo. Vulneración de la DT 8.ª.**—Sólo se vulnera el contenido de la DT 8.ª de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, cuando un derecho fuera reconocido por primera vez en dicha Ley y ésta se aplicase a sucesiones abiertas previamente a su promulgación. (STS de 29 de diciembre de 1998; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Fallecido don J. R. M., Conde de Casa Rojas, el título nobiliario se otorga a su pariente más próximo, doña M.ª T. R. R. T., quien lo ostenta durante un tiempo. La hija de don J. R. M. (cuya filiación matrimonial fue declarada por sentencia firme, que la consideró «hija de sangre» del matrimonio que contrajo el fallecido con doña V. R. S. P.), reclama su mejor derecho sobre el citado título.

La demanda es estimada en primera instancia, siendo recurrida esta sentencia por doña M.<sup>a</sup> T. R. R. T., que alega que la condición de hija ilegítima de la demandante le impide obtener el título nobiliario por sucesión. La Audiencia Provincial desestima el recurso, ante lo cual acude la apelante en casación. El TS declara no haber lugar al recurso. (A. M. M.)

**3. Conflictos entre el derecho de información y el derecho al honor.**—Para que el derecho de información prevalezca sobre el derecho al honor, es preciso que se trate de «hechos veraces, no simples rumores o meras insinuaciones. En modo alguno puede hacerse eco de bulos o comentarios, ni cabe publicar noticias cuya veracidad es fácilmente contrastable, sin hacer ningún género de comprobación».

**Identificación mediante iniciales del infamado.**—«El infamado, aun identificado por iniciales, padeció los penosos efectos de la noticia que constituyó, dice la Audiencia, un ataque no a la inocencia presunta sino a la inocencia declarada por los órganos judiciales». (STS de 25 de noviembre de 1998; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Tras la publicación de una noticia por la que se entiende involucrado a un miembro de la Guardia Civil en actividades ilegales relacionadas con las drogas, se demanda a los representantes del periódico *Voz de Asturias*, por la intromisión ilegítima en el honor, solicitando la difusión de la sentencia en dicho medio, así como una indemnización de cincuenta millones de pesetas por los daños morales. Los hechos publicados narran una denuncia que tuvo lugar contra el guardia civil ahora demandante, identificable en el texto por sus iniciales. Aquella denuncia había dado lugar en su día a un procedimiento penal que finalizó dando por absuelto al demandado. En cuanto al presente procedimiento, en primera instancia se desestimó la demanda. La Audiencia revocó la anterior y condenó a los demandados a la publicación de la sentencia y al pago de un millón de pesetas en concepto de indemnización. En casación, no hubo lugar. (C. J. D.)

**4. Conflicto entre el derecho de información y el derecho al honor. Carácter necesario de la diligencia del informador y de la veracidad de la noticia para que pueda darse prioridad al derecho de información.**—El autor del reportaje, en ejercicio de su libertad de expresión, emitió una opinión faltando a la veracidad «que en modo alguno es inocua para los afectados».

**Valoración de la sensibilidad del afectado por la agresión contra el derecho al honor.**—«La veracidad exige el deber de diligencia del informador, el contraste de datos objetivos, sobre todo cuando el sujeto pasivo tiene que ser extremadamente sensible a la calificación, dado su origen, el género de actividad a la que se dedica y el lugar en que la ejerce», «la mayor sensibilidad de estas personas debió ser tenida en cuenta». (STS de 15 de diciembre de 1998; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Don S. A. A. A., emigrante casado con española, y su hijo menor, fueron fotografiados con su consentimiento pero sin conocimiento del uso de la imagen que se haría después. La fotografía apareció publicada en un reportaje de *El Mundo Magazine*

sobre la inmigración ilegal, en el que el periodista se solidariza con la situación problemática que padecen los emigrantes. A pie de foto aparece escrito: «Estos dos africanos “ilegales” montan un tendere-te en el Rastro madrileño». Se interpone demanda en nombre y representación del padre e hijo fotografiados, en la que se solicita una indemnización de cinco millones de pesetas por el daño moral y material que todo ello ha supuesto para los actores, ambos de nacionalidad española y que ejercen el comercio en el Rastro madrileño con licencia, permisos y pago de los correspondientes impuestos. Se solicita, además, que se restablezca el derecho de los actores mediante la publicación en la misma revista de la parte dispositiva de la sentencia. En primera instancia se estima la demanda y se condena a la publicación de la parte dispositiva de la sentencia y al pago de una indemnización de dos millones y medio de pesetas en concepto de daños morales. La Audiencia Provincial de Madrid confirma la anterior. En casación, no ha lugar al recurso. (C. J. D.)

**5. Derecho al honor. Responsabilidad solidaria de autor, director y editor.**—Establece el TS, conforme al artículo 65 de la Ley de Prensa e Imprenta, de 18 de marzo de 1966, que existe una responsabilidad solidaria entre el autor de un reportaje considerado como lesivo del derecho al honor, el director del medio informativo en que se publica y el editor de dicho medio informativo. Esta solidaridad conlleva para el lesionado la posibilidad de accionar contra cualquiera de estos sujetos, sin necesidad de demandar a todos o sólo a algunos, ya que la sujeción que establece la ley abarca a estas personas, hayan sido o no parte en el proceso. Como consecuencia de esta solidaridad, lo que se determine en el pleito tendrá efecto de cosa juzgada para todos los sujetos referidos.

**Artículo 65 de la Ley de Prensa e Imprenta, de 18 de marzo de 1966.**  
**Vigencia.**—Acudiendo a la doctrina del TC y a su propia jurisprudencia (recogida en las SSTS de 30 de abril de 1990, 22 de abril de 1992 y 20 de mayo de 1993), considera el TS que el artículo 65 de la Ley de Prensa e Imprenta, de 18 de marzo de 1966, no ha quedado derogado de forma tácita por la entrada en vigor de la Constitución Española, ya que su contenido no contradice el espíritu que impregna la Constitución Española (y no es, por lo tanto, inconstitucional), ni coarta tampoco el derecho de libertad de información y comunicación. Lo que este artículo recoge es una mera cuestión de derecho obligacional que se aplica ante un mal uso del derecho fundamental a la información. (STS de 22 de diciembre de 1998; no ha lugar.)

**HECHOS.**—En la revista *Tribuna de Actualidad* se publica un artículo sobre una serie de profesores de la Universidad de Alicante que se dice que ofrecían buenas notas a sus estudiantes a cambio de favores sexuales. En ese artículo se implica expresamente, entre otros, a don E. R. S. (profesor de la Facultad de Filosofía y Letras), a pesar de que este sujeto no fue en ningún momento objeto de investigación, ni se le abrió expediente administrativo por los hechos que en el artículo se relatan. Don E. R. S., considerando que el citado artículo le produce un descrédito y desmerecimiento a su persona, interpone demanda sobre protección civil del derecho al honor contra la empresa editora de la revista y contra el autor del reportaje.

Esta demanda es estimada por el Juzgado de Primera Instancia, que aprecia la responsabilidad solidaria de los demandados y del director de la revista en que se publicó el artículo. La entidad editora interpone entonces recurso de apelación alegando la falta de litisconsorcio pasivo necesario, por no haber sido llamado al pleito el director de *Tribuna de Actualidad*. La Audiencia Provincial desestima el recurso y confirma la sentencia de primera instancia. Ante esto, la empresa editora interpone recurso de casación ante el TS, que declara no haber lugar al recurso.

NOTA.—En el FD 2.º se refiere el TS a la jurisprudencia del TC respecto a la vigencia y constitucionalidad de la Ley de Prensa e Imprenta, de 18 de marzo de 1966. Cita al respecto la STC de 7 de marzo de 1988. Sin embargo, esta cita parece ser errónea, ya que con la citada fecha no hay ninguna STC. Sobre el tema de la Ley de Prensa e Imprenta, de 18 de marzo de 1966, véase, en cambio, las SSTC de 17 de junio de 1983 y de 12 de noviembre de 1990, entre otras. (A. M. M.)

**6. Prestigio profesional y derecho al honor.**—Aun admitiendo que la vía adecuada para la reparación de los atentados contra el prestigio profesional fuera la acción prevista en el artículo 1902 CC, debe tenerse en cuenta que ambos conceptos —honor y prestigio profesional— son difícilmente delimitables: la agresión al honor lleva consigo —en general— la agresión al prestigio profesional del interesado. Los hechos difundidos hacen desmerecer al afectado en la consideración ajena en cuanto le atribuyen una conducta «desprovista de elemental respeto y consideración» hacia otra persona. Su publicación supone por tanto una lesión al honor, que afecta al prestigio profesional del agredido y es innegable su inclusión en el artículo 7.7 de la LO 1/1982.

**Conflicto entre el derecho al honor y la libertad de información. La veracidad como requisito. Se exige que el periodista sea diligente.**—El derecho al honor debe prevalecer sobre la libertad de información, especialmente cuando la noticia supone «un notorio ataque al honor de la persona presentada como autora del acoso narrado». No responde la publicación al requisito de veracidad exigido jurisprudencialmente por cuanto el periodista no fue diligente para comprobar la base real de las alegaciones recogidas en la noticia.

**Protección del derecho al honor: procede aunque el agraviado no ejercitase el derecho de rectificación.**—«La agresión al derecho al honor no puede quedar desvirtuada en absoluto por la circunstancia de que el interesado no hiciera uso del derecho de rectificación». (STS de 31 de diciembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—En el periódico *La Vanguardia*, bajo el título *Casos de Juzgado de guardia*, se publicaron una serie de hechos entre los cuales figura el siguiente: «Una funcionaria acusa a un Juez de denunciarla para vengarse de sus desaires». Se informa por este medio sobre las alegaciones de acoso sexual realizadas contra el Juez por la funcionaria, al ser demandada por éste en virtud de un supuesto delito de infidelidad en la custodia de documentos públicos. El afectado por dicha información era claramente identificable por detallarse en la noticia el cargo que ocupaba en la Administración de Justicia y el lugar y fecha en que desempeñaba ese cargo.

El mismo juez, solicita ahora que se aprecie la intromisión ilegítima en su derecho al honor, y se condene a los demandados responsables de la publicación de dicha información al pago de una indemnización de veinticinco millones de pesetas, además de la publicación de la sentencia y de la destrucción de determinados materiales relacionados con el caso. En primera instancia se estimó la demanda, si bien reduciendo la cuantía de la indemnización a dos millones y medio de pesetas. La Audiencia confirmó la anterior. En casación, no hubo lugar al recurso. (C. J. D.)

**7. Colisión entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor.**—En el mismo sentido que el TC, el TS mantiene la doctrina de que este tipo de conflictos debe analizarse caso por caso, sin que puedan trazarse apriorísticamente las líneas de separación entre ambos derechos.

**Valoración de la intromisión ilegítima en el derecho al honor: no puede hacerse abstracción del elemento intencional de la noticia a partir de expresiones aisladas de su contexto.**—No es lícito «aislar expresiones que, en su significación individual, pudieran merecer sentido distinto al que tienen dentro de la total publicación».

**Prevalencia del interés general cuando la noticia versa sobre una persona pública que desempeña un cargo en la vida política.**—Cuando se trata de un personaje público ceden, «en mayor medida», los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 18.1 CE frente a los reconocidos en el artículo 20.1.a) y d) CE. En el caso concreto, se cumple con el requisito de que la noticia ha sido debidamente contrastada por el informador; además, se trata de asuntos de relevancia pública e interés general, tratados «con un propósito informativo» carente de «matiz o tono menospreciador» hacia la persona del demandante.

**Transcripción literal de información publicada en otro medio.**—No hay intromisión ilegítima en el derecho al honor por cuanto se transcribió una información «sin apostillarla ni comentarla, y dejando, en todo momento clara y reiterada constancia de estar reproduciendo la información proporcionada por otro periódico». (STS de 15 de enero de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Don E. R. G. demandó a quienes estimó responsables de la publicación de varias noticias en el *Diario 16*, solicitando se declarase la intromisión ilegítima en su derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, con publicación de la sentencia y abono de la correspondiente indemnización. La demanda no se estimó en primera instancia ni en apelación. En casación, no hubo lugar. (C. J. D.)

**8. Prestigio profesional y derecho al honor.**—Tras un período de evolución de la doctrina del TS, como la del TC, actualmente el derecho al prestigio profesional se considera incluido en el «núcleo protegible y protegido constitucionalmente del derecho al honor».

**Protección de la libertad de expresión y preferencia de la libertad de información frente al derecho al honor (o al prestigio profesional), en el supuesto concreto.**—La publicación de determinadas declaraciones sobre el informe técnico realizado por un profesional, «nunca podrá estimarse como una afrenta al honor determinado de dicho profesional, sino más bien como una crítica, más o menos afortunada, a un trabajo que afectaba a una obra

pública de trasvase seguida intensamente por una asociación de vecinos, en la que existía la suficiente emotividad». (STS de 22 de enero de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—En el *Nuevo Diario del Júcar*, se publicaron ciertas críticas al informe técnico sobre una obra pública de trasvase realizado por un profesional, cuestionando que el autor del informe hubiera estado en el lugar afectado por el mismo. El autor del informe interpuso una demanda alegando la intromisión ilegítima en su derecho al honor y solicitando la publicación de la sentencia, así como una indemnización de quince millones de pesetas en compensación por los daños morales. En primera instancia se desestimó la demanda. La Audiencia revocó la anterior, condenando a los demandados a publicar la sentencia y a indemnizar quinientas mil pesetas. En casación hubo lugar al recurso, absolviendo a los demandados. (C. J. D.)

**9. Colisión del derecho a la información con el derecho a la propia imagen.**—Declara el TS que el derecho a la información no prevalece siempre sobre otros derechos fundamentales, como el derecho al honor o el derecho a la propia imagen. Para que se permita su prevalencia por encima de estos otros derechos, ha de tratarse de una información veraz, que tenga interés general y que haya sido obtenida con la debida diligencia profesional. Por tanto, no quedan amparadas por el derecho a la información las informaciones falsas de carácter privado. (STS de 25 de enero de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—En el *Diario de Extremadura* apareció publicada una fotografía de cuerpo entero de un sujeto con la cara descubierta en cuyo pie de foto se le identificaba como don P. C. S., condenado por exhibicionismo. La fotografía pertenecía realmente a don L. V. J., el cual interpuso demanda contra la editorial del citado diario, el director del mismo y el periodista que realizó el artículo en el que aparecía la citada imagen, solicitando (entre otros pedimentos) la declaración de que la publicación de la fotografía con el citado pie de foto era una intromisión ilegítima del derecho al honor y a la propia imagen.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, ante lo cual interpusieron recurso de apelación los demandados en primera instancia. La Audiencia Provincial estimó el recurso y absolvió a los recurrentes. Don L. V. J. acudió ante el TS, el cual estimó el recurso de casación. (A. M. M.)

**10. Conflictos entre la libertad de información y el derecho al honor.**—Los límites entre los derechos fundamentales de libertad de información y de protección al honor no se pueden establecer apriorísticamente, sino caso por caso. Para que pueda prevalecer el primero sobre el segundo es necesario que la información sea veraz y que haya sido contrastada razonablemente; que se refiera a asuntos de interés general y que no se sobrepase el fin informativo «dándole un matiz injurioso, denigrante o desproporcionado». En el caso concreto, la publicación de unos datos que arrojan sobre la demandante ciertas sospechas de prostitución, unido a la falta de un interés general del asunto y a que la persona afectada no es un personaje público,

excluyen la preeminencia del derecho a la información sobre el derecho al honor.

**Determinación del *quantum* de la indemnización por intromisión en el derecho al honor, y posterior modificación del mismo en casación.**—«La Ley Orgánica 1/1982, en su artículo 9.3, establece unos módulos para la determinación del *quantum* indemnizatorio, cuyas bases es posible combatir-las casacionalmente». (STS de 29 de enero de 1999; ha lugar en parte.)

HECHOS.—En la revista *Cambio 16* se publicó un reportaje detallando ciertos hechos relativos a un crimen. La demandante aparecía como amiga de la autora del delito, como persona que probablemente había sido inducida por esta última a la prostitución, y como persona que había mantenido prácticas homosexuales tanto con la autora del crimen como, posiblemente, con la víctima del mismo. Se publicaba y daba a entender que el móvil del crimen fueron los celos. La demandante alega intromisión ilegítima en su derecho al honor, intimidad e imagen (en el reportaje se publicaba una foto en la que aparecía ella, entre otras personas), y solicita que se condene a los demandados a la publicación de la sentencia y al pago de una indemnización de cinco millones de pesetas. En primera instancia se desestimó la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid, revocando la anterior, estimó haber intromisión ilegítima en el honor, intimidad personal e imagen y condenó a la difusión de la sentencia y al pago de dos millones y medio de pesetas en concepto de indemnización. En casación, hubo lugar en parte al recurso, reduciendo la indemnización a quinientas mil pesetas. (C. J. D.)

**11. Derecho a la información en colisión con el derecho al honor.**  
**«Reportaje neutral».**—A la vista de la doctrina del TC (STC de 15 de febrero de 1994), establece el TS que este tipo de reportajes «neutrales» se caracterizan porque no es posible realmente atribuir al medio informativo la autoría de la noticia, sino que dicha autoría se ha de atribuir a la persona que realiza las declaraciones que el medio informativo se limita a recoger.

**«Reportaje neutral». Deber de diligencia del informador.**—Para considerar que se ha cumplido en estos casos el deber de diligencia que se exige que preste el informador (para entender su actuación amparada en el derecho a la información), basta, según indica el TS, siguiendo la doctrina reiterada del TC (SSTC de 30 de enero de 1995 y 26 de marzo de 1996), con que se haya constatado la verdad del hecho de la declaración. No es necesario, por tanto, que la actuación del informador se extienda a la comprobación de la veracidad de lo declarado, ya que tal responsabilidad sólo sería exigible al autor de la declaración. (STS de 5 de febrero de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—En el diario *La Opinión* aparece un artículo en el que se informa acerca del cese del director de un centro penitenciario. En el artículo se contienen una serie de declaraciones, que se atribuyen a fuentes de la *Asociación del Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias*, en las que se narra que la proveedora de los medicamentos de la penitenciaría es la mujer de uno de los jefes de servicio de la misma. La farmacia de la que es titular esta mujer, según estas fuentes anónimas, no pertenece a la población más cercana a la prisión, como exige la normativa. Ante estas

declaraciones, el jefe de servicio aludido en el reportaje interpone demanda contra la editora del diario, el director del mismo y el periodista que realizó el reportaje, solicitando su condena a una determinada indemnización por los daños ocasionados a su honor.

La demanda es estimada en primera instancia. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por los demandados en primera instancia. Éstos acuden ante el TS, el cual declara haber lugar al recurso de casación. (A. M. M.)

**12. Tutela. Ejercicio de la representación por el tutor. Limitaciones. Acción de separación o divorcio.**—Conforme al artículo 267 CC, el tutor representa al incapaz en todo momento, salvo en aquellos actos que pueda realizar por sí solo, bien porque lo establezca así la ley o bien porque se recoja en la sentencia de incapacitación. Algunos actos se prohíben expresamente por considerar que en ellos no ha de admitirse la representación, o porque están prohibidos al incapaz por razón de su incapacidad. Dentro de estas exclusiones, el TS, siguiendo a la doctrina, considera que los negocios jurídicos de derecho de familia, y en especial aquellos actos que implican un cambio de estado civil de las personas, no pueden ser ejercitados a través de representación. Entre éstos se encuentran las acciones de separación y divorcio que, debido a su carácter personalísimo, sólo pueden derivar de un acto de voluntad del propio cónyuge, que es el legitimado por la Ley para ello.

**Tutela. Naturaleza de la representación.**—Establece el TS que la naturaleza de la representación que ejercita el tutor a favor del menor o incapacitado exige que sea el representante quien emita la declaración de voluntad a partir de la cual se forma el negocio jurídico de que se trate, pero que los efectos de este negocio recaigan sobre el representado.

**Principio de igualdad. Discriminación.**—Siguiendo la doctrina del TC (plasmada, entre otras, en la STC de 9 de junio de 1995), estima el TS que el principio de igualdad exige que a supuestos de hecho iguales se les apliquen las mismas consecuencias jurídicas, sin que se puedan introducir entre ellos elementos de distinción arbitrarios o carentes de fundamentación razonable. (STS de 27 de febrero de 1999; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Doña E. P. C., tutora de doña E. B. P., incapacitada por sentencia firme y casada con don J. L. V. F., insta procedimiento de jurisdicción voluntaria a fin de solicitar autorización judicial para interponer demanda de separación o divorcio en nombre y representación de su tutelada. El Juzgado de Primera Instancia dicta Auto en el que concede tal autorización. Apelado este Auto por don J. L. V. F., la Audiencia Provincial deniega el recurso y confirma la resolución de primera instancia.

Tras la obtención de la autorización, doña E.P.C. insta demanda de separación en nombre y representación de su tutelada. El marido se opone a esta demanda y alega falta de legitimación activa; alegación que es admitida en primera instancia, desestimándose la demanda. La tutora apela esta sentencia y la Audiencia Provincial desestima el recurso, confirmando la sentencia de primera instancia. El Ministerio Fiscal, que intervino en todo el procedimiento, interpone recurso de casación en interés de Ley ante el TS, sobre la base de que resulta necesario obtener un criterio definido sobre el posible ejercicio por el tutor de la acción de separación o divorcio



en nombre y representación del tutelado. El TS declara no haber lugar al recurso.

NOTA.—La doctrina mayoritaria sigue la línea que marca en esta sentencia el TS de exclusión de la posibilidad de ejercicio por el tutor de la acción de separación o divorcio en nombre del tutelado. Véase al respecto, entre otros, A. J. Pérez Martín (*Derecho de Familia II. El procedimiento contencioso de separación y divorcio*, Valladolid, 1999, pp. 71-72) y C. M.<sup>a</sup> Entrena Klett (*Matrimonio, separación y divorcio*, Pamplona, 1990, p. 535). En contra, sin embargo, la opinión de M.<sup>a</sup> J. Mascarell Navarro (*Nulidad, separación y divorcio*, Madrid, 1985, pp. 89-91), que sí acepta la posibilidad de ejercicio de estas acciones por el tutor previa autorización judicial. Una postura intermedia la recoge J. M.<sup>a</sup> Martinell (*Procesos matrimoniales civiles*, Barcelona, 1990, pp. 132-135), que parece admitir la representación en estas materias por el tutor en algunos casos. (A. M. M.)

### 13. Asociaciones. Facultad de autoorganización y disciplinaria.

**Límites.**—Las sociedades cuentan con un poder de autorregulación y ejercicio disciplinario derivado de la libertad de pactos que conlleva la autonomía de la voluntad. Esto les permite, como expresamente acepta el TC (STC de 22 de noviembre de 1988), que determinen en sus Estatutos las causas de expulsión de los socios. Sin embargo, este poder no es ilimitado, de manera que no puede suplantar, obstaculizar o eludir el derecho a la tutela judicial efectiva.

**Acuerdos de expulsión de socios. Adopción por la Junta Directiva.**—Según indica el TS, cuando la Junta Directiva de las asociaciones adopta acuerdos de expulsión de socios se ha de limitar a juzgar si concurren o no las circunstancias que, según los Estatutos, conllevan este tipo de sanción. No puede decidir por sí misma el establecimiento de las causas de expulsión de los socios, sino que ha de contar con una cobertura legal, reglamentaria o estatutaria previa. De lo contrario se produciría inseguridad jurídica, proscrita en el ordenamiento (art. 9.3 CE). Por tanto, los órganos directivos no pueden crear normas estatutarias, sino que esta labor corresponde a la Asamblea General de socios, en la que radica la soberanía de la asociación.

**Acuerdos de expulsión de socios. Control judicial.**—El TS pone de manifiesto en varias sentencias (entre otras STS de 24 de marzo de 1992) el problema que supone la valoración de determinados acuerdos de las asociaciones —de «justicia interna» o «jurisdicción privada»— que imponen consecuencias graves para los socios, como es el caso de los acuerdos de expulsión. Pese a la dificultad, estos acuerdos están sometidos a control judicial no sólo en lo relativo a si se han cumplido las formalidades estatutarias requeridas para su adopción y se han respetado las normas legales, sino también en lo relativo a si el juicio interno de la entidad sobre la interpretación y aplicación de las reglas estatutarias ha sido o no adecuado. (STS de 28 de diciembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—La Junta Directiva de la asociación *Real Aeroclub de Vigo* adoptó un acuerdo de suspensión temporal de la condición de socio, seguido de un acuerdo de pérdida de tal condición, respecto de tres de los socios de dicha entidad. Los socios afectados

interpusieron demanda solicitando, entre otros pedimentos, la declaración de nulidad de ambos acuerdos y la reposición en la condición de socios que hasta entonces ostentaban.

El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda, ante lo cual interpuso recurso la entidad *Real Aeroclub de Vigo*. Este recurso de apelación fue estimado parcialmente por la Audiencia Provincial, que declaró nulo sólo el segundo de los acuerdos adoptados. Los apelantes acudieron ante el TS, el cual no estimó el recurso. (A. M. M.)

**14. Levantamiento del velo.**—Cuando una persona utiliza de forma antijurídica la personalidad jurídica y, por ende, la limitación de responsabilidad que ofrece la forma legal de la sociedad de capital, el órgano jurisdiccional puede proceder a «levantar el velo» de la sociedad y atribuir los efectos del incumplimiento de un contrato al sujeto que ha desarrollado la conducta fraudulenta.

**Posibilidad de determinación de liquidación de saldo en procedimiento de ejecución de sentencia.**—No existe ningún impedimento legal para que se difiera a la fase de ejecución de la sentencia la delimitación y cumplimiento de cláusulas contractuales que contengan la liquidación de un saldo dinerario. Para ello, se deberán tener en cuenta los criterios jurisprudenciales que interpretan el artículo 360 LEC: es posible diferir a la fase de ejecución de sentencia la fijación cuantitativa o las bases para efectuar la liquidación de condena (STS de 14 de octubre de 1991), si bien las bases para tal actuación deben ser concretadas adecuadamente en la sentencia del procedimiento principal (STS de 12 de febrero de 1991). Del mismo modo, la actuación equitativa del Juez prevista en el artículo 1154 CC puede también llevarse a cabo en la fase de ejecución de la sentencia. (STS de 14 de diciembre de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—M. C. V. y M. T. J. celebraron un contrato de permuta de inmueble con la mercantil A., S. A. Posteriormente se hizo intervenir (no se deduce con claridad de los hechos en calidad de qué interviene, aunque la sentencia establece la presunción de que su intervención alberga fines fraudulentos) a una nueva sociedad mercantil, J., S. A., constituida exclusivamente por el apoderado único de A., S. A., V. G. M., y su familia. Ante el incumplimiento del contrato, los actores —nombrados en primer lugar— solicitaron la declaración de su derecho de propiedad sobre el inmueble objeto del contrato, la obligación de entrega del mismo, sin cargas, por parte de los demandados —las mercantiles mencionadas y el apoderado en virtud de la aplicación de la doctrina del «levantamiento del velo»— y la práctica de la liquidación de cuentas entre los litigantes con ocasión del contrato de permuta. Estimada parcialmente en instancia, recurren los actores en apelación, que estima todos los motivos con excepción de la práctica de la liquidación. Recurren todas las partes en casación. Se estima en su totalidad la pretensión de la actora, se desestima íntegramente la de las partes demandadas. (I. T. M.)

## OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

**15. Reconocimiento de deuda. Causa. Se presume *ius tantum*.**—El reconocimiento de deuda, como cualquier otro contrato, goza de la presunción de la existencia y licitud de su causa *ex* artículo 1277 CC, pero cuando se alegue una concreta causa (en el caso analizado: el pago al demandado de determinada cantidad, supuestamente a título de préstamo), ésta podrá ser destruida por prueba en contrario (el demandado prueba que el pago se hizo a una empresa de la que era accionista, pero no a él), decayendo entonces la presunción.

**Congruencia. Con relación a la *causa petendi*.**—La congruencia exigible a toda sentencia, conforme al artículo 359 LEC, comporta inexcusablemente una adecuada y lógica correspondencia o correlación de su parte dispositiva o fallo, no sólo con las peticiones deducidas por las partes (*petitum* de las respectivas demanda y reconvencción), sino también con los hechos (relato histórico) que sirven de soporte fáctico a las mismas (*causa petendi*). La aplicación del principio *iura novit curia*, si bien autoriza a los Tribunales a aplicar las normas que estimen convenientes, no les faculta para resolver la cuestión sometida a su decisión transmutando la causa de pedir o sustituyendo las cuestiones debatidas por otras distintas (lo que podría atentar contra el art. 24 CE). (STS de 29 de junio de 1998; ha lugar.)

**HECHOS.**—El 6 de febrero de 1986, don A. M. F., de nacionalidad española, otorga escritura pública de reconocimiento de deuda a favor de don E. W., de nacionalidad alemana, por la que reconoce adeudarle a éste diez millones de pesetas, cantidad que se obliga a devolver en el plazo máximo de dos años. El señor E. W., con apoyo en este documento y en vista de la falta de pago, promoverá en agosto de 1991 juicio de menor cuantía en reclamación de la referida cantidad, más los intereses moratorios pactados. El demandado señor A. M. F. se opone a la demanda, formulando reconvencción en la que solicita que se declare nulo el reconocimiento de deuda por falta de causa, al apoyarse la demanda en que el actor había hecho entrega de una cantidad al demandado, cuando queda probado que la referida suma de dinero la había ingresado la actora en una cuenta a nombre de la mercantil S. M., S. A., de la que el demandado era accionista. La Audiencia considera que para desvirtuar la presunción de validez y existencia de la causa del artículo 1277 CC le era además necesario al demandado probar su falta de relación con la referida mercantil, por lo que revoca la sentencia de instancia (que había sido totalmente estimatoria de la reconvencción y desestimatoria de la demanda principal). (L. F. L.)

**16. El juez puede apreciar de oficio la nulidad del título esgrimido por el tercerista de dominio.**—Para oponerse a una demanda de tercería basta con ser demandado; cuanto más que apoyándose el incidente de la tercería de dominio en un título nulo de pleno derecho por falta de causa puede ser (el obstáculo) apreciado de oficio por el juez.

**Jurisprudencia sobre la simulación del contrato.**—Es muy numerosa la jurisprudencia de esta Sala que interpreta el artículo 1275 CC, referente a los contratos sin causa y el 1276 CC, que contempla la expresión de una causa falsa en los contratos.

Las SS de 15 de mayo y 2 de junio de 1983, 24 de febrero de 1986, 1 de julio, 5 y 10 de noviembre de 1988 coinciden en la misma doctrina: la simulación contractual se produce cuando no existe la causa que nominalmente expresa el contrato, sin que se oponga a la apreciación de la simulación el que el contrato haya sido documentado ante fedatario público.

El TS reconoce la necesidad de acudir a la prueba de presunciones para apreciar la realidad de la simulación (S de 5 de noviembre de 1988).

Según la S de 29 de noviembre de 1989 la falsa declaración es el exponente de la falta de causa. Tanto la causa inexistente como la causa falsa provocan la ineficacia del negocio jurídico. Y consecuentemente la ausencia de la titularidad dominical, que legitimaría el planteamiento de la tercería.

**Jurisprudencia sobre la buena fe y el abuso del derecho.**—Esta Sala se ha pronunciado frecuentemente sobre la interpretación de estas básicas normas. Son altamente significativos los fallos siguientes:

— La S de 6 de abril de 1954: «Los contratos absolutamente simulados, y por lo mismo inexistentes ante el derecho, carecen de virtualidad para fundamentar en ellos la aplicación de dicho principio de derecho».

— La S de 31 de octubre de 1984, reiterativa de otras anteriores: «Para que el principio de la buena fe tenga virtualidad es esencial que los actos realizados sean jurídicamente eficaces y que sean válidos en derecho y suficientes para producir un efecto jurídico».

— La S de 18 de octubre de 1982: «El principio de la buena fe no puede ser amparador de actos que por su ilicitud no han debido nunca existir».

Subsumiendo esta jurisprudencia en los presupuestos del caso controvertido, es forzoso concluir que también este motivo debe ser rechazado. (STS de 31 de diciembre de 1998; no ha lugar.)

**HECHOS.**—El TS, confirmando la decisión de la Audiencia Provincial y del Juzgado de Primera Instancia, rechazó la tercería de dominio interpuesta, al ser simulado y nulo el contrato por el que el tercerista adquirió la propiedad de los bienes embargados. La simulación se declaró teniendo en cuenta, entre otros hechos, la proximidad temporal entre el ejercicio de la acción ejecutiva y la venta de los inmuebles y la falta de acreditación del pago. (L. F. R. S.)

**17. Perfección del contrato.**—La resolución recurrida centra acertadamente el objeto del litigio en la cuestión de la perfección del negocio jurídico originado por la adjudicación a la recurrente de una de las partidas del mencionado concurso, lo que, según manifiesta literalmente, «reconduce al tema de consentimiento contractual (art. 1261 CC), que se manifiesta al aunarse las voluntades en concurso (oferta-aceptación), ello en relación con el supuesto específico de la contratación entre ausentes, a la que se refiere el párrafo segundo del artículo 1262 CC, cuando dice que la aceptación hecha por carta no obliga al que hizo la oferta sino desde que “llegó” a su conocimiento, con lo que en principio y entre las teorías que se mantienen puede estimarse recogida por el Código la teoría de la recepción, matizada en el sentido de estimarse suficiente a los efectos contractuales que el oferente haya podido proporcionarse conocimiento de la aceptación en circunstancias normales, o en otros términos, se considera como momento clave para la perfección el de la recepción, pudiendo presumirse que si el ofertante (*sic*) no ha conocido la aceptación, ello es debido a su proceder omisivo o negligente,

quedando a su cargo la prueba en contrario». Al conjugar esta posición doctrinal con los datos acreditados sobre el incumplimiento del plazo de presentación de la fianza definitiva y el aviso de la llegada de la carta certificada donde se le daba traslado de la adjudicación del concurso, la Audiencia Provincial obtiene la conclusión de que no cabía la formalización del contrato según las reglas del concurso, y ello no por incumplimiento de *Televisión Española, S. A.*, sino por negligencia o descuido de la hoy recurrente, que recogió la carta de la estafeta de correos casi mes y medio después del momento del aviso, y por ello, el 25 de octubre de 1991, fue anulada la adjudicación, cuando todavía no se había presentado la fianza, que aparece concertada con la entidad de crédito y caución con fecha 29 de octubre de 1991; y esta Sala entiende que el sistema de la recepción, para el cual se perfecciona el contrato sólo cuando la aceptación llega a poder del ofertante (*sic*) o al ámbito o círculo de intereses del mismo, es, sin duda, el más próximo al legalmente contemplado, y su aplicación por el Tribunal de apelación no ha conculcado precepto alguno, ni tampoco la doctrina jurisprudencial expresada en el motivo. (STS de 24 de noviembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Con fecha 6 de septiembre de 1991, la empresa *Televisión Española, S. A.*, envió una carta certificada por la que comunicó a la empresa *Fomento y Distribución de Material Electrónico, S. L.*, que había sido adjudicataria de un concurso convocado para la adquisición de distintos productos tecnológicos. La cláusula décima del pliego del concurso establecía que la empresa adjudicataria disponía de veinticinco días a contar desde el aviso de envío de la carta para prestar fianza en garantía del cumplimiento de las obligaciones previstas en el concurso. Aunque la adjudicataria *Fomento y Distribución de Material Electrónico, S. L.*, fue avisada del envío con fecha 9 de septiembre del mismo año, la misma no recogió la carta de la oficina de correos hasta el día 15 de octubre y no concertó la fianza hasta el día 29 de octubre, fecha en que la empresa *Televisión Española, S. A.*, ya había anulado la adjudicación del concurso. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda interpuesta por la empresa *Fomento y Distribución de Material Electrónico, S. L.*, por la que solicitaba la resolución del contrato por incumplimiento de la empresa *Televisión Española, S. A.*, y la condena de ésta al pago de indemnización de daños y perjuicios. La Audiencia Provincial declaró no haber lugar al recurso de apelación interpuesto por la demandante. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—El TS sostiene que el apartado segundo del artículo 1262 CC acoge la teoría de la recepción en cuanto al momento de perfección del contrato en la contratación entre ausentes. Ese criterio resulta acorde con la evolución más reciente. Así, el apartado segundo del artículo 18 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de compraventa internacionales de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980 (Instrumento de Adhesión de 17 de julio de 1990; BOE núm. 26, de 30 de enero de 1991), dispone, como regla general, que «la aceptación de la oferta surtirá efecto en el momento en que la indicación de asentimiento llegue al oferente». Sin embargo, la aplicación de esa teoría al caso resuelto debiera haber inducido al TS a situar la perfección del contrato

resultante de la adjudicación en el momento en que la aceptación de la oferta, la carta por la que la empresa *Televisión Española, S. A.*, comunicó la adjudicación del concurso, llegó a poder o al ámbito o círculo de intereses de la adjudicataria *Fomento y Distribución de Material Electrónico, S. L.*; sin que el hecho de que esta última actuara con negligencia al recoger la carta mencionada de la oficina de correos pudiera obstar a dicha perfección. Ello hubiera resultado conforme a los principios de buena fe, de autorresponsabilidad y de confianza a los que se ajusta ese criterio (vide Luis Díez-Picazo y Ponce de León, *La formación del contrato*, ADC, tomo XLVIII-I, 1995, 5-31, pp.12-13). Cuestión distinta es que la empresa adjudicataria haya incumplido su obligación de prestar fianza en el plazo previsto por las cláusulas del concurso. Incumplimiento que facultó a la empresa *Televisión Española, S. A.*, a anular la adjudicación, esto es, resolver el contrato, y que hace decaer la pretensión indemnizatoria de la adjudicataria. (*J. M. B. S.*)

**18. Cláusula de sumisión expresa. Carácter abusivo.**—La cláusula de sumisión se presenta en este caso como típica cláusula de adhesión, por haber sido redactada unilateralmente por el contratante que la impone. Se mantiene y ratifica una reiterada y consolidada jurisprudencia de esta Sala (SS de 23 de julio de 1993, 20 de julio de 1994, 25 de noviembre de 1996, 18 de septiembre de 1998) expresiva de que la Directiva comunitaria 93/13, de 5 de abril de 1993, cuya transcripción a nuestro ordenamiento ha efectuado la Ley de 13 de abril de 1998, define y sanciona de ineficacia a las cláusulas abusivas plasmadas en los contratos celebrados con consumidores, una de las cuales es la cláusula de sumisión expresa que figura en el contrato de adhesión al que se refieren estas actuaciones, la cual ha de considerarse ineficaz por el gran desequilibrio que origina entre las partes litigantes. (**STS de 9 de diciembre de 1998.**)

HECHOS.—Doña Mercedes A. A. compró unos libros a la empresa *Salvat Editores, S. A.* En el dorso de la hoja de pedido de los mismos se contenía una cláusula de sumisión de las partes a los Tribunales de Barcelona, donde la vendedora tenía su domicilio social. El domicilio de la compradora, que coincidía con el lugar fijado para el pago del precio, se encontraba en Elche. El impago de los libros llevó a la vendedora a interponer contra doña Mercedes una demanda de reclamación de cantidad ante los Juzgados de Barcelona. Tras ser emplazada en juicio, la demandada promovió inhibitoria por entender que la competencia territorial para conocer del juicio correspondía a los de Elche. Al insistir el Juzgado barcelonés en su competencia, se elevó la cuestión al TS, quien declaró la cláusula abusiva y reconoció la competencia del Juzgado ilícitano. (*A. R. G.*)

**19. Eficacia relativa del contrato cedido.**—El artículo 1257 CC establece, en principio, la norma de la eficacia relativa de los contratos; pero dicha eficacia relativa no puede ni debe entenderse como estimatoria de los contratos como unidades absolutamente estancas, y por ello la doctrina científica moderna, recogida por la jurisprudencia de esta Sala reduce la norma antedicha de eficacia relativa de los contratos a la denominada eficacia indi-

recta de los mismos con respecto a terceros, especialmente en aquellos casos en que los terceros ostentan derechos que de algún modo encuentran su fundamento en anteriores contratos (SS de 3 de octubre de 1979 y 2 de noviembre de 1981, entre otras muchas). Esta teoría de efectos colaterales de los contratos, se puede y se debe aplicar totalmente a la presente contienda judicial, desde el instante mismo, en que el contrato plasmado en documento de 15 de junio de 1977, denominase compraventa o promesa unilateral de venta, el *nomen iuris* es lo de menos, tiene que producir sus efectos, por lo menos en su punto de vista indemnizatorio, desde el instante mismo que uno de los contratantes cedió todos sus derechos sobre el referido contrato, por documento de 12 de julio de 1977, al demandante del actual pleito y, ahora, recurrido en casación. En conclusión, que hay que proclamar la efectividad de este contrato como derivado de la cesión de derechos establecida en el anterior. Y se habla a efectos indemnizatorios, desde el momento mismo que en la sentencia recurrida se ha definido la situación contractual actual en cuestión, como de incumplimiento por parte de los ahora recurrentes, siendo ello una *quaestio facti*, inatacable en esta vía casacional, según consolidada y pacífica doctrina jurisprudencial de esta Sala (SS de 21 de mayo de 1992, 18 de diciembre de 1993 y 7 de diciembre de 1994, entre otras muchas). Todo lo anterior indica que se debe extender a los recurrentes la responsabilidad por daños y perjuicios derivados de su incumplimiento del contrato plasmado el 15 de junio de 1977 y afectado directamente por el suscrito el 12 de julio de 1977. (STS de 29 de diciembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Con fecha 15 de junio de 1977, don José M. M., doña María Eulalia M. A. y don Eladio G. M. A. otorgaron contrato de compraventa o promesa unilateral de venta de una finca (la sentencia no resuelve esta cuestión) a favor de don Ricardo G. R. Éste cedió dicho contrato a don José C. A. el día 12 de julio de 1977. Este último interpuso demanda en la que reclamaba el cumplimiento del contrato cedido a los vendedores o promitentes y a los herederos del cedente don Ricardo G. R. El Juzgado de Primera Instancia declaró resuelto el contrato de cesión y condenó a los herederos del cedente a devolver al cesionario don José C. A. la suma de 2.000.000 de pesetas y a pagar a éste indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento. Contra esta sentencia don José C. A. interpuso recurso de apelación y la Audiencia Provincial lo acogió en parte: no condenó solamente a los herederos de don Ricardo G. R. a abonar a don José C. A. la cantidad de 2.000.000 de pesetas, con los intereses legales devengados desde el día 12 de julio de 1977, sino también a los vendedores o promitentes a reintegrar a don José C. A. la cantidad de 1.000.000 de pesetas con los intereses legales del 10 por 100 desde el día 15 de junio de 1977. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los vendedores o promitentes. (J. M. B. S.)

**20. Derecho de repetición. Mancomunidad entre los codeudores.**—Según el TS, el deudor solidario que paga al acreedor inicial no se subroga en su posición, sino que nace para él *ex novo* el derecho de repetición frente a los demás deudores, que quedan obligados mancomunadamente (art. 1145 CC). Este derecho es fragmentable y escindible en tantos derechos de crédito a favor del deudor que ha pagado, cuantos sean los codeudores.

**Ejercicio procesal del derecho de repetición.**—El titular del derecho de repetición puede acumular sus acciones contra sus codeudores y proceder contra todos en un mismo proceso o interponer una demanda contra cada deudor por separado. En este caso, cada deudor podrá oponer las excepciones derivadas de la naturaleza de la obligación y las personales, sin que le perjudique lo actuado frente a los demás.

**Litisconsorcio pasivo necesario. Existencia.**—La excepción de litisconsorcio pasivo necesario ha de apreciarse en el caso de que se justifique un interés directo e inmediato en el pleito que aparezca de forma clara y patente y que suponga la posibilidad de quedar afectado por lo fallado en el litigio.

**Litisconsorcio pasivo necesario. Finalidad.**—Sostiene el TS en reiterada jurisprudencia (SSTS de 27 de junio de 1986, 11 de diciembre de 1990 y 7 de enero de 1992) que a través de esta excepción procesal se intenta traer al proceso a todos los interesados en la relación jurídico-litigiosa, a fin de evitar, por un lado, la indefensión de estos sujetos (al no haberles permitido alegar y probar lo que a su derecho conviniera, no siendo oídos, ni vencidos en el pleito) y, por otro lado, que recaigan sentencias contradictorias.

**Momento procesal para apreciar el litisconsorcio pasivo necesario. Cautelas.**—Establece el TS que el litisconsorcio pasivo necesario puede ser apreciado (incluso de oficio) en cualquiera de las fases del procedimiento. Sin embargo, se ha de guardar cierta cautela en tal apreciación, a fin de evitar que se favorezcan con ello las posturas dilatorias de los que, teniendo la posibilidad y el deber de alegar el litisconsorcio en la fase procesal de contestación a la demanda, lo omitieron y esperaron a que el pleito arrojase un resultado desfavorable a sus intereses. Según reiterada jurisprudencia (STS de 1 de julio de 1993), esto, que atenta contra la buena fe y la necesaria lealtad jurídico-procesal, ha de llevar a una desestimación de la excepción de litisconsorcio, ya que no hay ningún perjuicio real de tercero.

**Planteamiento en casación del litisconsorcio pasivo necesario.**—La vía procesal adecuada para alegar en casación la excepción de litisconsorcio, según indica la doctrina del TS (STS de 30 de enero de 1993), es el artículo 1692.3.º LEC, no el 1692.4.º LEC.

**Carga de la prueba. Alegación en casación.**—Reitera el TS su doctrina relativa a que el artículo 1214 CC no puede servir de apoyo a un recurso de casación, porque no contiene ninguna norma sobre valoración de la prueba, sino la regulación sobre la distribución de la carga de la prueba entre las partes. Es un precepto que se emplea para imputar a una de las partes las consecuencias negativas derivadas de la absoluta falta de prueba sobre los hechos alegados en el proceso, no para revisar la valoración de la prueba hecha por el tribunal de instancia. Éste puede obtener su convicción por cualquiera de las pruebas obrantes en autos, con independencia de qué parte las haya alegado. (STS de 4 de enero de 1999; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Tres hermanos son propietarios de un grupo de empresas que venden a una entidad por un elevado precio. En el contrato se pacta la obligación solidaria de los vendedores de indemnizar a la compradora de forma ilimitada por los pasivos fiscales a los que pudiera quedar obligada alguna de las empresas del grupo. En garantía de esta posible deuda existen cien millones depositados en una Caja de Ahorros, que están afectos también a otras responsabilidades.



Con posterioridad a la venta, la Inspección de Hacienda levanta Acta que declara la existencia de una deuda fiscal en una de las empresas. Ante el agotamiento de la garantía que estaba depositada en la Caja de Ahorros, la compradora acude contra uno de los hermanos vendedores, que anticipa el pago de toda la deuda. Este vendedor acude contra otro de los vendedores y contra el cónyuge de éste, solicitando el pago de la parte que les correspondía como codeudores.

La demanda es estimada en primera instancia, ante lo cual acude en apelación el demandado ante la Audiencia Provincial. Ésta estima parcialmente el recurso, absolviendo a la mujer del demandado. El apelante interpone recurso de casación y alega, entre otros motivos, la infracción de la doctrina sobre el litisconsorcio pasivo necesario. El TS declara no haber lugar al recurso.

NOTA.—Téngase en cuenta la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, cuya entrada en vigor está prevista para el 8 de enero del 2001. En esta nueva Ley se regula expresamente la materia de litisconsorcio pasivo necesario en el artículo 12.2; materia que hasta ahora carecía de regulación legal y cuya elaboración había sido fruto de la jurisprudencia. Igualmente, la DD única 2.1.<sup>a</sup> contiene la previsión de derogación del artículo 1214 CC, en un intento por concentrar toda la materia esencialmente procesal en la nueva regulación. (A. M. M.)

**21. La mora en las obligaciones recíprocas. La existencia del requerimiento como cuestión de hecho.**—La existencia o no del requerimiento al deudor es una cuestión de hecho cuya apreciación es facultad privativa de los Tribunales de instancia. Las conclusiones de éste han de ser respetadas en casación en tanto no se impugnen por la vía idónea para ello, es decir, mediante la invocación de error de derecho en la valoración de la prueba con cita de las normas reguladoras de la misma que se consideren infringidas; tal impugnación no se produce en este caso en que el recurrente, como si en una nueva y tercera instancia nos encontráramos, procede a una revisión y particular apreciación de las pruebas practicadas e incluso de los escritos iniciales de la otra parte, para obtener un resultado probatorio favorable a sus intereses, lo que no es admisible en casación.

**Necesidad de requerimiento de pago al deudor del precio cuando se trata de obligaciones de cumplimiento no simultáneo.**—No obstante las controversias doctrinales suscritas por la interpretación del último párrafo del artículo 1100 CC, en relación con la mora en las obligaciones recíprocas, el sector más significativo de la doctrina está de acuerdo en la necesidad de la interpelación por el vendedor que ha cumplido su obligación de entrega para poner en mora al deudor del precio, cuando se trata de obligaciones de cumplimiento no simultáneo. En este sentido se manifiesta la jurisprudencia más moderna, según la cual la mora automática sólo se produce en las obligaciones recíprocas de cumplimiento simultáneo; según la S de 29 de marzo de 1985, citada en la de 23 de marzo de 1992, «el juego propio de las obligaciones bilaterales provoca la constitución en mora de uno de los obligados cuando el otro sujeto del contrato cumplió las suyas, efecto que se produce de modo automático cuando se trata de negocios en los que las prestaciones de las partes han sido convenidas como de simultánea efectividad, sin referirlas a tiempos diversos»; la S de 19 de septiembre de 1988 se refiere a que

«del tenor de los documentos se desprende que ninguno se refiere a los daños por mora y por tanto el contrato estaba naturalmente sometido a las reglas generales de la mora de las obligaciones recíprocas, sobre la cual en autos no consta que el simple retraso fuera elevado a la categoría jurídica de mora a través de los oportunos requerimientos»; y la más moderna de 21 de noviembre de 1994, refiriéndose al artículo 1100, párrafo 3.º, CC, en supuesto análogo al ahora contemplado, dice que «el precepto cuestionado sólo distingue, en realidad, dos tipos de mora, la que exige requerimiento y la automática, comprendiendo esta segunda dos supuestos (1.º y 2.º) de manera que no hay un tercero pues el segundo párrafo debe interpretarse en relación con los anteriores del artículo en el sentido de acumular a los generales un requisito más de la mora, propio de las obligaciones recíprocas» que no es sino, añadimos, el cumplimiento de su obligación por quien pretende la mora de la otra parte. Pactado en el caso ahora enjuiciado un aplazamiento para el pago del precio de la compraventa celebrada entre las partes litigantes y declarado por la sentencia recurrida que no ha existido un previo requerimiento de pago del vendedor al comprador, no resultan vulnerados por la sentencia *a quo* los preceptos que se invocan en el motivo que ha de ser desestimado.

**El comprador no debe intereses moratorios por el tiempo que media entre la entrega de la cosa y el pago del precio cuando la cosa vendida y entregada no produce fruto o renta.**—Es clara la subordinación que establece el invocado artículo 1501.2.º entre la obligación de pagar intereses y el carácter fructífero de la cosa vendida, «si la cosa vendida y entregada produce fruto o renta». Este último requisito no se da en el caso presente, sin que pueda considerarse como fruto o renta, cualquiera que sea la amplitud que se dé a estos conceptos, el mayor valor que por el transcurso del tiempo o, incluso, por la actividad del comprador, adquiera la cosa vendida, pues el fruto es «todo beneficio o rendimiento que, con propia sustantividad, se deriva de la utilización o explotación de una cosa» (S de 6 de marzo de 1965).

**Inexistencia de enriquecimiento injusto.**—Son requisitos necesarios para la apreciación del enriquecimiento injusto, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, *a)* aumento del patrimonio del enriquecido; *b)* correlativo empobrecimiento del actor, representado por un *lucrum cesans*; *c)* falta de causa que justifique el enriquecimiento; y *d)* inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del principio. En el presente caso ni se ha producido un incremento del patrimonio de la Cooperativa demandada que proceda de un correlativo empobrecimiento del vendedor, pues no puede considerarse como tal desplazamiento patrimonial el incremento de valor de la finca vendida por el transcurso del tiempo. (STS de 5 de marzo de 1999; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Con fecha 15 de noviembre de 1967, don Francisco M. C. vendió un terreno a la *Cooperativa de Viviendas de Granollers*. Transcurridos varios años, ésta interpuso demanda (no se especifica su fecha de presentación) en la que solicitaba al Juzgado de Primera Instancia, entre otros pedimentos, que condenara al vendedor don Francisco M. C. a elevar a escritura pública la venta de dicho terreno. Por su lado, don Francisco M. C. formuló demanda reconvenzional, en la que reclamaba el pago de una cantidad impagada del precio de la compraventa superior a la indicada por la demandante y de los intereses moratorios correspondientes. El Juzgado de Primera Instancia, con fecha 19 de abril de 1993, estimó en

parte la demanda y en parte la demanda reconvenicional. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el vendedor. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el vendedor don Francisco M. C., aún disconforme con la fijación de los intereses moratorios realizada hasta el momento por los distintos órganos judiciales. (*J. M. B. S.*)

**22. Incumplimiento contractual. Indemnización de daños y perjuicios.**—Todo incumplimiento supone, por regla general, un daño, un perjuicio, una frustración en la economía de la parte, en su interés material o moral. La falta de elementos de convicción afectan no a la existencia de los daños que se deducen del simple incumplimiento, sino a su cuantía y, por tanto, a la cuantía de la indemnización. Así lo tiene reiteradamente declarado el TS en las SS de 5 de junio de 1985, 9 de mayo y 27 de junio de 1984, y 22 de octubre de 1993 (FD 2.º). (**STS de 31 de diciembre de 1998**; ha lugar.)

**HECHOS.**—El Juzgado de Primera Instancia no concede la resolución de la compraventa instada por la compradora «al no entregar el género convenido a la actora dentro del plazo pactado, ni con posterioridad», ni la indemnización de daños y perjuicios que igualmente solicita. Ambas partes son sociedades mercantiles del ramo textil, y la venta tiene por objeto diversas prendas de ropa. Vencida la demandante en primera instancia, y obteniendo la resolución del contrato en apelación, recurre en lo referente a la indemnización, sin recurso alguno de la demandada con respecto a la procedencia de la resolución. (*L. F. L.*)

**23. Acción rescisoria por fraude de acreedores. Carácter subsidiario.**—De la apreciación conjunta de los artículos 1111, 1291.3 y 1294 CC se desprende que la nota más característica de la acción conocida como «pauliana» es su subsidiariedad, entendida cual remedio para el acreedor cuando se carezca de otro cauce para obtener la satisfacción de su crédito, lo que denota, como presupuesto fáctico necesario, la concurrencia de una situación de insolvencia en el deudor, la que, atendiendo a la consolidada doctrina jurisprudencial al respecto, no tiene por qué ser absoluta, sino que es suficiente la existencia de una notable disminución patrimonial que impide al acreedor percibir su crédito o que el reintegro del mismo le sea sumamente dificultoso.

**Otros presupuestos.**—Junto a la subsidiariedad, coexiste otro presupuesto, el referente a que la desaparición o minoración patrimonial es el consecuente resultado de una operación transmisiva de bienes por el deudor a favor de terceros, presupuesto éste al que se enlaza, por último, un determinado propósito que viene a configurar el llamado *consilium fraudis*, entendido, de manera amplia, como «conciencia» en el deudor del perjuicio que el empobrecimiento real o fingido causa al acreedor, e interpretado, como actividad intencionada y directamente dolosa o bien como simple conciencia de causarlo, llegando a alcanzar cotas de casi-objetividad si el perjuicio se ocasiona por simple culpa civil o impremeditación (S de 6 de abril de 1992).

**Cuestiones de hecho.**—Siendo meras cuestiones de hecho las de la existencia del fraude, así como las de existencia o no de bienes suficientes en el patrimonio del deudor, es evidente que quedan sometidas a la exclusiva competencia de la Sala de instancia, lo que lleva, por consiguiente, a la remisión

del resultado probatorio, cuyos hechos que le configuran son inatacables en casación. (STS de 31 de diciembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Con fecha 28 de agosto de 1990, el matrimonio formado por don Manuel A. M. y doña Pilar G. E. celebró un contrato de apertura de crédito con la entidad *Ibercaja*. Pocos días después, el día 16 de noviembre del mismo año, aquéllos donaron la casi totalidad de sus fincas a sus hijos mediante distintas escrituras públicas. Ese matrimonio únicamente conservó la titularidad de una finca en la que se ubicaba una explotación agrícola-ganadera familiar. Interpuesto juicio en ejecución del contrato de apertura de crédito, con fecha de 24 de abril de 1991, *Ibercaja* no pudo trabar embargo sobre los bienes de don Manuel A. M. y doña Pilar G. E. Posteriormente, la entidad bancaria interpuso acción de revocación de las donaciones, por haber sido celebradas en fraude de acreedores. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por el matrimonio demandado. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (J. M. B. S.)

**24. Cláusula penal. Concepto.**—La cláusula penal fue definida en la clásica sentencia de 8 de enero de 1945 como «promesa accesoria y condicionada que se incorpora a una obligación principal, con doble función reparadora y punitiva, en cuanto no sólo procura la indemnización en realidad procedente, sino que la vuelve más gravosa para el deudor y establece además un régimen de privilegio a favor del acreedor»; y más tarde, la sentencia de 16 de abril de 1988 definió la cláusula penal como «obligación accesoria, generalmente pecuniaria, a cargo del deudor y a favor del acreedor, que sanciona el incumplimiento o cumplimiento irregular de la obligación contractual».

**Función de liquidación de los daños.**—Aplicando los artículos 1152 y 1153 CC, es preciso destacar que la función esencial de la cláusula penal —aparte de su función general coercitiva— es la función liquidadora de los daños y perjuicios que haya podido producir el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de la obligación principal, sustituyendo a la indemnización sin necesidad de probar tales daños y perjuicios; sólo excepcionalmente opera la función cumulativa, cuando se ha pactado expresamente que el acreedor pueda exigir la indemnización de los daños y perjuicios causados y probados y, además, la pena pactada como cláusula penal. La sentencia de 8 de junio de 1998 dice, en este sentido: «El artículo 1152 CC autoriza a insertar en las relaciones obligacionales cláusula penal que actúa para reforzar y garantizar su cumplimiento, al estimular al deudor a llevar a cabo las prestaciones o actividades que asumió contractualmente, generando directamente sus efectos cuando se da el incumplimiento previsto, con un plus más oneroso, viniendo a operar como sustitutoria de la indemnización de daños y perjuicios». (STS de 12 de enero de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Empresa Nacional Santa Bárbara de Industrias Militares, S. A.*, compró unas «cajas de mecanismos para un determinado carro de combate» a la empresa *Artes Mecánicas, S. A.* El contrato de compraventa incluía una cláusula del tenor siguiente: «penalidades: el incumplimiento de los plazos de

entrega fijados en este pedido facultará a la *ENSB* a exigir una penalidad a razón del 1 por 100 del importe de cada entrega, por semana o fracción de semana de retraso sobre el plazo de entrega contractual sin franquicia en el tiempo y con un tope máximo del 10 por 100 del importe total del pedido». La vendedora cedió una parte del crédito que tenía frente a la entidad compradora, al parecer en pago de sus deudas (cfr. art. 1175 CC). *Artes Mecánicas, S. A.*, y las empresas cesionarias de parte del crédito interpusieron demanda de reclamación de cantidad contra la empresa compradora. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a la entidad *Empresa Nacional Santa Bárbara de Industrias Militares S. A.*, al pago de la cantidad pendiente de pago del precio de la compraventa. Interpuesto recurso de casación, la Audiencia Provincial confirmó la sentencia. El TS declaró haber lugar al recurso de casación, en el sentido de aplicar la cláusula penal transcrita en su cuantía máxima. (*J. M. B. S.*)

**25. Cláusula penal. Inaplicación al subcontratista cuando el contratista no ha sido penalizado por el dueño por el retraso en la terminación de la obra.**—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, como pasamos a razonar. En sede de doctrina general, en todo contrato de arrendamiento de obra, la ya típica cláusula penal, de uso tan frecuente, que consiste en la fijación del pago, por el contratista de una sanción pecuniaria por cada día de retraso en el plazo pactado de terminación de la obra, está concebida, obviamente, en favor del dueño de la obra para compensarle de los perjuicios que le ocasione el retraso en la entrega de la misma ya totalmente terminada. La cláusula penal objeto del proceso al que se refiere este recurso no puede tener la aplicación automática que corresponde (una vez producido el retraso que la condiciona) a la típica cláusula penal al principio indicada en sede de doctrina general, y ello no sólo porque en la carta de *TECSA* a *ENSIDESA*, de fecha 29 de septiembre de 1989 se dice expresamente: «E) Penalización: La penalización será proporcional a la que tiene *TECSA*», sino también porque, aunque no existiera tal documento, la entidad *TECSA*, al ser la contratista, no puede sufrir, por el retraso en la terminación, el perjuicio que afecta al dueño de la obra (ya que no lo es), sino que única y exclusivamente puede considerarse perjudicada en la medida en que se vea penalizada por un retraso en la terminación de la obra, que no le sea imputable a ella (como contratista), sino a un subcontratista de la misma. Como en el presente supuesto litigioso aparece plenamente probado que la entidad *TECSA* no ha sido penalizada por el dueño de la obra, por retraso en la terminación de la misma, ni por ningún otro concepto, es evidente que no puede ella pretender la aplicación a *ENSIDESA* de la cláusula penal litigiosa por un supuesto perjuicio que no ha tenido. Ello aparte de que si se accediera a la aplicación de la cláusula penal litigiosa en favor de *TECSA*, como contratista, sin haber sufrido ella penalización alguna, por parte del dueño de la obra, por retraso en la terminación de la misma, ni por ningún otro concepto, se estaría viabilizando un evi-

dente y totalmente recusable enriquecimiento injusto en favor de la referida contratista. (STS de 28 de diciembre de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Con fecha 12 de febrero de 1990, *Tecca, Empresa Constructora, S. A. (TECSA)*, subcontrató con la *Empresa Nacional Siderúrgica, S. A. (ENSIDESA)*, la realización de una parte de las obras de ampliación de la Feria Internacional de Muestras de Bilbao. La cláusula cuarta del subcontrato establecía la forma de pago de la contratista *TECSA* a favor de la subcontratista *ENSIDESA* en los términos siguientes: «Mensualmente se expedirá una certificación relativa a los trabajos ejecutados en ese período de tiempo... Una vez aprobadas las certificaciones por *TECSA*», en un plazo máximo de cinco días desde su presentación, éstas serán abonadas de la siguiente forma: a) El 95 por 100 de su importe mediante letras de cambio... b) El 5 por 100 restante queda pendiente de pago, hasta la recepción provisional de la obra (con un tope máximo de seis meses de la terminación de los trabajos) para responder de la buena calidad de los trabajos realizados, o de aquellos pagos que *TECSA* hubiere de realizar solidaria o subsidiariamente por no haberlos efectuado el subcontratista...». Y la cláusula decimotercera del subcontrato preveía distintas penalizaciones para el caso de incumplimiento de los plazos acordados imputable a la subcontratista *ENSIDESA*: «Si a partir de una carencia de dos semanas de los hitos establecidos en el Plan de Obras: a) *ENSIDESA* no ha puesto los medios necesarios para recuperar y cumplir los plazos, *TECSA*, podrá poner los medios que estime conveniente para dicho cumplimiento, siendo todos los cargos que origine a cargo de *ENSIDESA*; b) *TECSA* podrá no poner ningún medio y penalizar con aplicación de una multa de 1.000.000 de pesetas/día a partir de dicha fecha, con un límite del 5 por 100». *ENSIDESA* interpuso demanda de reclamación de pago del cinco por ciento (5 por 100) del importe total de la obra subcontratada, retenido conforme al apartado b) de la cláusula cuarta del subcontrato, contra la empresa contratista *TECSA*. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Provincial revocó la sentencia recurrida en apelación y estimó la reconvencción formulada por *TECSA*, condenando a *ENSIDESA* a abonar la suma de 1.125.000 pesetas más los intereses legales, resultante de la diferencia entre la cantidad correspondiente a la aplicación de la cláusula penal pactada en la estipulación decimotercera (90.428.134 ptas.) y la cuantía del cinco por ciento (5 por 100) del importe total de la obra subcontratada pendiente de pago (89.303.134 ptas.). El TS declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto por la subcontratista *ENSIDESA* y confirmó íntegramente la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. (J. M. B. S.)

**26. Efectos retroactivos de la resolución contractual. Alcance de la deuda de intereses. Inexistencia de iliquidez en la cantidad debida.**—El único motivo del recurso, al amparo del núm. 4.º del artículo 1692 LEC, se formula así: «por infracción de los artículos 1100 y 1108 CC cuya aplicación indebida determina la inaplicación del artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil». Entiende en el desarrollo que, aunque no lo diga expresa-

mente, aplicó la Audiencia el artículo 1100 CC y que erró al considerar «que para la fijación del importe de la cuantía a devolver en concepto de precio de la opción no ha sido necesario el pleito que sólo lo ha sido para establecer si el abandono de la opción y la consiguiente devolución de su precio se ajusta o no a lo estipulado sentado (*sic*), en consecuencia, que, no existiendo iliquidez en la cuantía, los intereses legales deben abonarse desde la fecha de la interpelación judicial», con olvido, sigue diciendo, de que, al no intervenir un tercero, cual señalaba el contrato, sólo con el juicio podía saberse si había obligación de devolver y si la devolución había de ser total o parcial. El motivo tiene que ser desestimado, debiendo recordarse a la hoy recurrente que, a todo lo largo de su contestación a la demanda, defendió que lo pactado en la cláusula cuarta del contrato constituía una causa de resolución que, de concurrir, haría desaparecer el contrato de opción, devolviendo cada parte lo recibido, y que H. H. había renunciado al ejercicio de dicha opción el 28 de diciembre de 1989 reclamando el precio, abundando en dicha resolución Juzgado y Audiencia. Lo que antecede significa que entra en juego la doctrina jurisprudencial establecedora de que la resolución puede ejercitarse ya en vía judicial, ya fuera de ella, a reserva de que si la declaración resolutoria se impugna por la otra parte quede sometida al examen y sanción de los Tribunales, que habrán de declarar en definitiva bien hecha la resolución o, por el contrario, no ajustada a derecho, siendo lo primero lo que ha ocurrido en el caso que nos ocupa; y la resolución lleva inherente la retroacción, en virtud de la cual ha de volverse al estado jurídico preexistente, para que no queden en beneficio de un contratante las prestaciones recibidas del otro antes de la resolución, pues el retorno al estado anterior no quedaría logrado sin el reintegro del valor de las prestaciones aportadas por razón del contrato (la cosa con sus frutos, en su caso, y el precio con sus intereses). Quizá por cuanto se ha razonado, la Audiencia debió aclarar por qué concedió los intereses sólo desde la interpelación judicial y no, como se le pedía por H. H., desde el 28 de diciembre de 1989, problema que ha quedado radiado (*sic*) al recurrir en casación solamente I. D. E., con aquietamiento de H. H. a lo fallado. En definitiva: producida la resolución *ope legis*, en cuanto concurre la circunstancia que la fundamenta, sin necesidad de que lo declare un Tribunal, siquiera sea necesario cuando alguien se oponga a ello y declarada bien hecha la resolución, sus efectos se producen *ex tunc*, no *ex nunc*, y acreditada la interpelación judicial con concesión de intereses desde ella, en modo alguno puede decirse que se infringen los preceptos citados en perjuicio del condenado a su pago, porque la vuelta de las cosas a su estado primitivo, como si el contrato no hubiera existido, requiere la devolución del precio con sus intereses, ya que de ellos disfrutó el obligado a devolver, todo lo cual implica que no puede mantenerse que los intereses son sólo desde la fecha de la sentencia de primera instancia, cual se pretende en el recurso; no es así: desde la interpelación judicial se deberán los intereses legales del artículo 1108 CC sustituidos desde la sentencia de primera instancia por los del artículo 921, párrafo cuarto, LEC. (STS de 23 de enero de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Con fecha 29 de septiembre de 1989, *Inversiones y Desarrollo Energético, S. A.*, (I. D. E.) e *Hidro Holding, S. A.*, (H. H.) celebraron un contrato mediante el que la primera atribuyó a la segunda la opción de comprar, en un período de tres meses, cuatro concesiones administrativas de aprovechamiento hidroeléctrico. El precio de la opción a pagar por parte de H. H. a I. D. E. era

de 15.750.000 pesetas; cantidad que, en su caso, debería integrar una parte del precio total de la compraventa. Ese contrato incluía la siguiente cláusula: «Será causa de abandono total o parcial de la opción dando lugar a la devolución total o parcial de su precio, el que concurra una de las siguientes causas: 1) Se aprecien diferencias superiores a un veinticinco (25) por ciento entre la estimación que H. H. lleve a cabo de la relación inversión/producción, para cada salto y la que se desprende de los datos que, para cada uno de los saltos, se indican en la manifestación 1 de este contrato previa la debida actualización de las cifras de inversión indicadas en dicha manifestación. Caso de que I. D. E. no esté conforme con la estimación realizada por H. H., se someterá a dictamen de un tercero, elegido de común acuerdo, la estimación de la inversión y la producción para cada salto, comprometiéndose ambas partes a aceptar el resultado de dicho dictamen». Con fecha de 28 de diciembre de 1989, I. D. E. recibió una carta por la que la empresa beneficiaria de la opción H. H. le comunicaba la existencia de una desviación de más de un 25 por 100 en las previsiones de I. D. E. respecto a inversión/producción. Interpuesta demanda por H. H., el día 10 de abril de 1992, el Juzgado de Primera Instancia declaró resuelto el contrato con pacto de opción de compra y condenó a la empresa concedente de la opción I. D. E. a devolver el precio de la misma (15.750.000 ptas.) a H. H., sin admitir la procedencia del pago de intereses de demora desde el día 28 de diciembre de 1989, por haberse necesitado un juicio para determinar la exigibilidad de esa cantidad. Interpuesto recurso de apelación por el concedente de la opción, al que se adhirió la empresa H. H., la Audiencia Provincial condenó a I. D. E. al abono de intereses legales de la cantidad correspondiente al precio de opción de compra devengados desde la interpelación judicial. A propósito de la demanda, la Audiencia establece que en ella «se hacen diversas peticiones siendo estimada íntegramente aquella que insta la resolución de la opción y la devolución del precio pactado por ella, cantidad cierta y determinada para cuya fijación no se ha hecho preciso el pleito sino precisamente para establecer si el abandono de la misma y consiguientemente su resolución se ajustaba o no a lo estipulado y, en consecuencia, no existiendo iliquidez en la cuantía los intereses legales deben abonarse desde la fecha de interpelación judicial». El TS declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la empresa I.D.E. (J. M. B. S.)

**27. Preferencia de los acreedores quirografarios ex artículo 1924.3.º CC. Fecha que ha de tenerse en cuenta cuando ha recaído sentencia de remate.**—Es doctrina de esta Sala (SS de 3 de noviembre de 1989, 9 de julio de 1990 y 29 octubre de 1991), que la preferencia no se deriva obligada y necesariamente de las sentencias de remate recaídas en los juicios ejecutivos, toda vez que debe concederse prioridad a los títulos que fundamentaron la acción ejecutiva, ya que cuando la certeza del crédito consta en los títulos, aun cuando posteriormente se haya acudido a un procedimiento para lograr su efectividad, sin que la sentencia desvirtúe aquella certeza, habrá de atenderse a la fecha de la escritura, y no a la de la sentencia, para resolver el conflicto preferencial.



**Equiparación a las escrituras públicas de las pólizas intervenidas por corredor de comercio colegiado o por agente de cambio y bolsa.**—Respecto al apartado a) del artículo 1924.3.º, las escrituras públicas de que habla deben equipararse a las pólizas intervenidas por Corredor de Comercio o Agente de Cambio y Bolsa, en armonía con lo dispuesto en los artículos 1218 CC, 93 CCO y 596 LEC.

**Exigibilidad del crédito.**—La preferencia a que se refiere el apartado 3.º del artículo 1924 CC es absoluta e incondicional para aquellas pólizas que, atendiendo a los propios términos de su contenido o redacción, reflejan una indiscutible realidad crediticia que comporta una deuda exigible, pero no ocurre igual en aquellos casos en que la deuda a exigir no puede conocerse de antemano y precisa una posterior actividad complementaria que es la que permite conocer el alcance de la obligación y la exigibilidad indubitada del crédito, viniendo, en tales casos, referida la preferencia a la fecha de su operación de liquidación y fijación o determinación del saldo deudor, y estas consideraciones se encuentran en línea con la doctrina consolidada de la Sala (SS de 3 de noviembre de 1989, 9 de julio de 1990, 4 de julio de 1989 y 20 de septiembre de 1991).

**Relevancia de la fecha del documento.**—Como tiene declarado la jurisprudencia, no es el crédito en sí lo que concede el privilegio sino la circunstancia de aparecer reflejado, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, en escrituras, pólizas y sentencias y, concretamente, si es quirográfica su preferencia, o sea, su mejor o peor rango frente a otros créditos de la misma naturaleza, vendrá fijada en relación a la fecha de los documentos en que, respectivamente, tenga reflejo, sin deber intervenir en la naturaleza jurídica del crédito, cuya preferencia se discute, otros rasgos del mismo (S de 3 de noviembre de 1989).

**Preferencia del crédito derivado del contrato de arrendamiento financiero o *leasing*.**—Es cierto que no existe razón de identidad o analogía alguna entre el contrato de préstamo y el arrendamiento financiero en el que la cantidad debida no es consecuencia de una entrega previa de capital al arrendatario. Ahora bien, ello no es obstáculo para que no sea aplicable al caso la doctrina jurisprudencial recaída en orden al momento a tener en cuenta para determinar la preferencia de créditos con ocasión de la confrontación de créditos nacidos de una póliza de préstamo con los nacidos de una póliza de crédito. En el arrendamiento financiero la exigibilidad del precio del arrendamiento surge desde el momento mismo de la firma de la póliza aunque se establezcan cuotas periódicas de amortización, por lo que producido el impago en los términos pactados, la liquidez de la deuda se consigue mediante una sencilla operación aritmética, al igual que sucede con el préstamo en que se haya pactado su amortización en plazos. En consecuencia, ha de estarse para resolver el conflicto preferencial planteado a las fechas de las pólizas de arrendamiento financiero en que se apoya la demanda de tercera formulada, anteriores a la fecha de liquidación de la póliza de crédito de la que nace el derecho del banco codemandado y a la fecha de la propia póliza de crédito.

**Determinación de la preferencia entre pólizas de préstamo y pólizas de crédito.**—Lo determinante en la doctrina jurisprudencial no es la naturaleza o calificación jurídica del contrato sino la circunstancia de que en el préstamo, la exigibilidad y determinación de la cantidad debida constan desde el momento de suscripción de la póliza intervenida por Corredor de Comercio y

ello aunque se hayan establecido plazos de amortización parcial, en tanto que en las pólizas de crédito, tratándose de una obligación condicionada a la efectiva utilización del crédito y cuyo pago se produce en razón al saldo negativo que arroje la dinámica dispositiva de la cuenta, lo que exige la necesaria liquidación para su fijación contable, en cuyo momento el crédito resulta exigible, alcanza autenticidad indubitada, operando la fecha de determinación del saldo resultante, como la decisiva a efectos de oponer su preferencia a otro título concurrente (S de 13 de marzo de 1995).

**Jurisprudencia. Concepto.**—Ha de hacerse notar la improcedencia de citar, como formando jurisprudencia, sentencias de las Audiencias Provinciales pues sabido es que, de acuerdo con el artículo 1.6 CC, sólo constituyen jurisprudencia las sentencias del TS. (**STS de 9 de noviembre de 1998**; ha lugar.)

HECHOS.—*Taquima, S. A.*, había celebrado cuatro contratos de arrendamiento financiero o *leasing* con *Lico Leasing, S. A.* Estos contratos se documentaron en pólizas intervenidas por Corredor de Comercio con fecha de 30 de septiembre, 17 y 30 de octubre de 1988. Por su parte, el *Banco Popular Español, S. A.*, celebró un contrato de apertura de crédito con *Taquima, S. A.*, que se documentó en póliza de crédito intervenida por Corredor de Comercio, de fecha 19 de junio de 1990. Al parecer, *Taquima S. A.* incumplió el contrato que le unía con el *Banco Popular Español*, por lo que éste solicitó la ejecución de la póliza de crédito. *Lico Leasing, S. A.*, ejercitó una tercería de mejor derecho con base en las pólizas del contrato de *leasing*, pero fue desestimada en ambas instancias. Posteriormente interpuso recurso de casación y el TS lo estimó. (A. R. G.)

**28. Preferencia de los créditos quirografarios ex artículo 1924.3.º CC. Determinación de la misma entre pólizas de préstamo y pólizas de crédito.**—Partiendo de la equiparación, a estos efectos, de las pólizas intervenidas por Corredor Colegiado de Comercio a las escrituras públicas, la constante y uniforme doctrina de esta Sala contempla dos supuestos plenamente diferenciados, que son los siguientes: *a)* cuando la cantidad adeudada viene exactamente concretada desde el momento mismo del otorgamiento de la póliza, en cuyo supuesto, para resolver cuestiones de preferencia de créditos, habrá de atenderse a la fecha misma de la referida póliza y *b)* cuando la cuantía de la deuda a exigir no puede conocerse de antemano y precisa de una posterior actividad complementaria que permita conocer el alcance de la obligación y la exigibilidad indubitada del crédito, cual es la oportuna liquidación y fijación del saldo, en cuyo caso la preferencia crediticia ha de venir referida, no a la fecha de suscripción de la póliza, sino a la de esa posterior operación de determinación o concreción del saldo exigible.

**Preferencia del crédito derivado del contrato de arrendamiento financiero o leasing.**—Correspóndenos determinar en cuál de esas dos vertientes jurisprudenciales ha de incardinarse el supuesto que aquí nos ocupa, en el que uno de los créditos en liza preferencial aparece instrumentado en una póliza de arrendamiento financiero o *leasing*. La respuesta procedente es la de que corresponde su incardinación en la primera de las dos aludidas vertientes jurisprudenciales, pues la sentencia de esta Sala de fecha 9 de noviembre de 1998 (recaída en un caso similar al presente) declara: «En el arrendamiento financiero la exigibilidad del precio del arrendamiento surge desde

el momento mismo de la firma de la póliza, aunque se establezcan cuotas periódicas de amortización, por lo que producido el impago en los términos pactados, la liquidez de la deuda se consigue mediante una sencilla operación aritmética, al igual que sucede con el préstamo en que se haya pactado su amortización en plazos. En consecuencia, ha de estarse para resolver el conflicto preferencial planteado a las fechas de las pólizas de arrendamiento financiero en que se apoya la demanda de tercería formulada...». Con base en esta doctrina, y como quiera que la póliza de arrendamiento financiero es de fecha anterior a la sentencia de remate en que la demandada pretende fundar su pretendido mejor derecho crediticio, es evidente que el conflicto preferencial aquí debatido ha de resolverse en favor de la actora-tercerista.

**Irrelevancia de la cuestión de la naturaleza jurídica del contrato de *leasing*.**—Es cierto que no existe razón de identidad o analogía alguna entre el contrato de préstamo y el arrendamiento financiero en el que la cantidad debida no es consecuencia de una entrega previa de capital al arrendatario, ahora bien, ello no es obstáculo para que no sea aplicable al caso la doctrina jurisprudencial recaída en orden al momento a tener en cuenta para determinar la preferencia de créditos con ocasión de la confrontación de créditos nacidos de una póliza de préstamo con los nacidos de una póliza de crédito. Lo determinante en la doctrina jurisprudencial no es la naturaleza o calificación jurídica del contrato, sino la circunstancia de que, en el préstamo, la exigibilidad y determinación de la cantidad debida constan desde el momento de suscripción de la póliza intervenida por Corredor de Comercio y ello aunque se hayan establecido plazos de amortización (S de 9 de noviembre de 1998).

**Alcance de la preferencia.**—La preferencia crediticia que establece el artículo 1924.3.º, a) CC ha de entenderse necesaria y únicamente referida al importe del crédito que resulte del título con base en el cual se ejercite el derecho preferencial crediticio, sin que pueda hacerse extensiva a las costas y gastos que se hayan presupuestado para el juicio ejecutivo que el acreedor entable contra el deudor para el cobro del expresado crédito. (STS de 30 de diciembre de 1998; ha lugar.)

**HECHOS.**—*Lico Leasing, S. A.*, celebró un contrato de arrendamiento financiero o *leasing* con *Cristalería Basoselay, S. A.*, por el que le cedía el uso de una maquinaria por importe de unos quince millones de pesetas. La empresa de cristalería dejó de pagar sus cuotas mensuales, por lo que la sociedad de *leasing* dio por vencidas todas las cuotas conforme a lo establecido en la póliza del contrato de fecha 26 de noviembre de 1990 e inició contra aquélla y sus fiadores un juicio ejecutivo en que reclamaba el monto de las cuotas pactadas más tres millones de pesetas en concepto de intereses, gastos y costas.

Por su parte, la entidad crediticia *Bilbao Bizkaia Kutxa* solicitó la ejecución judicial de unas letras de cambio impagadas, que habían sido libradas por uno de dichos fiadores y aceptadas por la empresa de cristalería. En dicho juicio ejecutivo recayó sentencia de remate el 4 de febrero de 1991, lo que no impidió a *Lico Leasing, S. A.*, promover una tercería de mejor derecho. Aunque había sido desestimada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Bilbao, la Audiencia Provincial de Bilbao la estimó tras recurrir la demandante en apelación. *Bilbao Bizkaia Kutxa* interpuso recurso

de casación que el TS estimó sólo en parte. El fallo de su sentencia confirma a la recurrida al mantener la preferencia del crédito de la tercerista, pero niega que esa preferencia se extienda a los referidos tres millones del importe de las costas y gastos. (A. R. G.)

**29. Arras: tendencia restrictiva a configurarlas como penitenciales.**—Dice la sentencia de 28 marzo de 1996 que «esta Sala de Casación, en doctrina jurisprudencial actualizada y suficientemente consolidada, viene señalando que el empleo de la palabra señal no cabe entender que exprese necesariamente la facultad de separarse de un contrato, pudiendo ser estimada sin error como anticipo del precio» (SS de 28 de septiembre y 24 de diciembre de 1992, 11 de abril y 15 de marzo de 1994, entre otras); lo que resulta procedente en relación al texto del artículo 1454 CC e interpretación jurisprudencial del mismo, para definir el alcance del pacto de arras. A tales efectos, la interpretación de dicho precepto sustantivo llevada a cabo por esta Sala, en razón a su excepcional y exigente interpretación restrictiva del clausulado contractual, viene a sentar que no se trata de derecho necesario; para que tenga aplicación y resulte vinculante a las partes, se impone con rigor que la voluntad de las mismas resulte clara, precisa y esté rotundamente expresada en el contrato, es decir, debe hacerse constar la función penitencial de los anticipos entregados (SS de 4 de noviembre 1991, 3 de octubre de 1992, 11 de diciembre de 1993, 21 de junio de 1994 y 25 de marzo de 1995), pues, en otro caso, cualquier entrega dineraria llevada a cabo por el comprador —respetando la reglamentación del contrato— ha de reputarse como integrante del precio y pago anticipado del mismo, que sirve para confirmar el negocio celebrado. En el caso, ha de mantenerse la interpretación del contrato litigiosa que hace la Sala sentenciadora en la instancia y que el recurrente combate a partir de las palabras impresas del formulario de la agencia inmobiliaria que, como mandataria de los demandados, redactó el contrato, palabras referidas a la existencia de una «reserva» con plazo de vencimiento, expresiones impresas que resultan claramente contradichas por el texto manuscrito y confirmado con los actos coetáneos y posteriores de los vendedores, consistentes en la entrega de la posesión del chalé vendido ya que se hizo entrega de las llaves a los compradores que pasaron a ocupar materialmente el inmueble, actos que suponen la ejecución por los vendedores de su principal obligación cual es la entrega de la cosa vendida, actos que contradicen frontalmente la tesis de la existencia de una «reserva» a favor de los actores.

**Abuso de derecho.**—No es apreciable un ejercicio abusivo del derecho a pedir la elevación del contrato a escritura pública, según lo pactado, en el comprador que habiendo abonado parte del precio pactado y entrado en posesión de la finca vendida, reclama esa documentación pública ofreciendo el resto del precio, ante la conducta impeditiva y obstructora del vendedor. (STS de 31 de diciembre de 1998; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Celebrado un contrato de compraventa, el comprador don Fernando I. M. interpuso demanda solicitando la condena de los vendedores don Luciano G. G., doña Teresa R. M. e *Inmobiliaria Valdemorillo* a formalizar dicho contrato mediante escritura pública. Don Fernando I. M. se comprometió a pagar la cantidad aplazada del precio convenido en el momento de formalización del contrato. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. La

Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por los vendedores. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (*J. M. B. S.*)

**30. Compraventa de inmuebles. Resolución por falta de pago del precio.**—«El artículo 1504 CC no requiere una actitud dolosa del incumplidor, sino que es suficiente que se malogre el fin del contrato para la contraparte, que haya un incumplimiento inequívoco y objetivo, sin que sea necesaria una tenaz y persistente resistencia a su observancia (...) de manera que procede la resolución cuando se da un impago prolongado y duradero injustificado, o quede frustrado el objetivo económico-jurídico inherente al contrato» (FD 4.º).

**Liquidación.**—Las sentencias que condenen a «una indemnización de daños y perjuicios» no precisan «establecer la cantidad líquida (o) las bases de su determinación» si puede hacerse tal concreción «en fase de ejecución de sentencia, previo el desarrollo procesal correspondiente», siempre que aparezcan «elementos suficientes en autos para fijar las bases de la misma» (FD 2.º). (**STS de 4 de marzo de 1999**; no ha lugar.)

**HECHOS.**—«La entidad mercantil *Promociones M., S. A.* promovió demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre resolución de contrato y otros extremos», a la que la demandada (particulares compradores) formulan reconvencción «en reclamación de liquidación de deuda y requerimiento para aceptación de pago». El Juzgado de Primera Instancia declara resuelto el contrato, «con pérdida del 50 por 100 del precio abonado» como única indemnización, «debiendo los demandados desalojar el inmueble», y procediendo «a la cancelación de la inscripción practicada y las posteriores que pudieran existir». La Audiencia confirma la sentencia, salvo en lo tocante a la cuantía indemnizatoria, que la reduce, y al lanzamiento, que lo subordina a la consignación de la cantidad a devolver por la demandante. (*L. F. L.*)

**31. Contrato de arrendamiento financiero o leasing. Doctrina general.**—El contrato de arrendamiento financiero (*leasing*), institución del derecho comercial importada del área jurídica de los Estados Unidos de América, y plenamente incorporada a nuestro tráfico económico y comercial, es un contrato complejo y en principio atípico regido por sus específicas disposiciones y de contenido no uniforme, que jurisprudencialmente es conceptualizado como un contrato con base a los principios de autonomía negocial y de la libertad que proclama el artículo 1255 CC (SS de 26 de junio de 1989 y 28 de noviembre de 1997). Desde un punto de vista legislativo y como definición auténtica, hay que tener en cuenta la DA 7.ª, en su apartado primero, de la Ley de 29 de julio de 1988, que dice que tendrán la consideración de operaciones de arrendamiento financiero aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión de uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de cuotas, y que incluirá necesariamente una opción de compra a su término, en favor del usuario. Por otra parte en el apartado octavo de dicha DA se dice que las Sociedades de Arrendamiento Financiero tendrán como objeto social exclu-

sivo la realización de operaciones de arrendamiento financiero prevista en la presente disposición.

**Distinción con otros contratos. En especial, la compraventa de bienes muebles a plazos.**—Carente este contrato de una regulación jurídico privada, la jurisprudencia de esta Sala (SS de 10 de abril de 1981, 18 de noviembre de 1983 y 30 de julio de 1998) ha puesto de relieve que se trata de un contrato jurídicamente distinto de la compraventa a plazos de bienes con reserva de dominio ya se entienda que el *leasing* constituye un negocio mixto en el que se funde la cesión de uso y la opción de compra con causa única, ora se trate de un supuesto de conexión de contratos que deben ser reducidos a una unidad esencial. El parecer más autorizado, y desde luego mayoritario, la conceptúa de contrato complejo y atípico, gobernado por sus específicas estipulaciones y de contenido no uniforme, lo que lleva a concluir que si no se prueba la mediación de un acuerdo simulatorio en el que el *leasing* opere como negocio aparente para encubrir como realmente querida una compraventa a plazos, lo que permitiría la aplicación del artículo 2.º, párrafo 2.º, de la Ley de 17 de julio de 1965, habrá de ser excluida esta normativa como ajena que es a la intención y querer de las partes y no venir estructurado el arrendamiento financiero o *leasing* como si fuera una compraventa de aquella modalidad, pues la finalidad económica perseguida por una y otra operación es distinta, y contrato, igualmente, distinto del préstamo de financiación a comprador regulado en el párrafo 2.º del artículo 3.º de la expresada Ley de 17 de julio de 1965, por tratarse en este caso de un simple préstamo con la única especialidad de ser el comprador de una cosa mueble corporal no consumible el prestatario, estar limitado su importe por el precio aplazado de la compraventa y estar limitado, igualmente, el número máximo de plazos para satisfacerlo a lo que determine el Gobierno.

**Naturaleza arrendaticia del contrato de *leasing*.**—La naturaleza jurídica del *leasing* es de arrendamiento con opción de compra (SS de 10 de abril de 1981, 18 de noviembre de 1983, 26 de junio de 1989 y 28 de mayo de 1990). El arrendamiento aparece claramente por la terminología que se expresa en el contrato, por las tercerías de dominio que con harta frecuencia llegan a esta Sala interpuestas por las entidades de *leasing* que mantienen su postura de propietarios-arrendadores, y se desprende de la propia definición legal que contrapone «la cesión de uso de bienes... a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de cuotas»; la opción de compra se añade al arrendamiento por un precio residual, que corresponde al valor de la cosa ya desgastada por el uso.

**Causa del contrato de *leasing*.**—En el presente caso, como en todo supuesto de *leasing*, la causa del contrato no es la disposición por precio de un capital, sino el cambio de uso de la cosa por precio, a lo que se añade la opción de compra, cambio del derecho de adquirir por un precio. Es decir, no es una operación crediticia sino un arrendamiento de cosa y una opción de compra.

**Efectos de la pena convencional en el contrato de *leasing*.**—Una vez resuelto, por «arrendador» y «arrendatario», no cabe que el arrendador, *a posteriori*, pretenda resucitar el contrato ya extinguido y exigir una cláusula penal, durísima, con unos criterios, cálculos y cifras que no se conocen, pues no se exponen en la demanda sino que en ésta tan sólo da el resultado de una liquidación hecha por la propia parte demandante. En consecuencia, tan sólo

le es legítimo reclamar los pagos de aquellas cuotas mensuales vencidas antes de la resolución. (STS de 2 de diciembre de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—D. A. F., *Compañía de leasing*, S. A., celebró en noviembre de 1988 un contrato de arrendamiento financiero o *leasing* con don Félix B. P. y doña Encarnación Q. M. En virtud del mismo, la primera cedía en arrendamiento a los segundos un camión de la marca D. A. F., por un período de tiempo que la sentencia no especifica, al final del cual podían ejercitar una opción de compra sobre el mismo por su valor residual. El contrato contenía una cláusula según la cual la sociedad de *leasing* se reservaba el derecho a dar por resuelto el contrato por incumplimiento de la otra parte, mediante notificación por escrito. Además, se preveían dos cláusulas penales. Por un lado, la parte arrendadora tenía derecho a retener las cantidades cobradas, así como a reclamar el pago de las vencidas y no satisfechas en concepto de compensación por el uso del vehículo, y a exigir el pago del 50 por 100 de las sumas no vencidas menos el valor residual, en tanto no se le restituyese el vehículo. Por el otro, se estipulaba que el retraso en la devolución daría derecho a la arrendadora a percibir una indemnización de 15.000 pesetas diarias a contar desde el día siguiente al de la fecha en que la devolución debía efectuarse.

La parte arrendataria dejó de pagar las cuotas mensuales en abril de 1989, aunque luego abonó las de mayo, junio y agosto. Desde octubre de 1989, el camión estuvo aparcado en los talleres de D. A. F., *Las Palmas*, S. A., por un período de seis meses. En abril de 1990, las partes acordaron resolver el contrato.

La sociedad arrendadora interpuso demanda de reclamación de cantidad contra la otra parte, por un total de casi dieciséis millones de pesetas y según una liquidación realizada por aquélla siguiendo los criterios establecidos en el contrato. El Juzgado de Primera Instancia núm. 45 de Madrid estimó parcialmente la demanda y condenó al deudor al pago de 1.125.000 pesetas, que era el monto de las cuotas impagadas hasta la resolución del contrato. La demandante recurrió esta sentencia en apelación. La Sección 10.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid revocó la sentencia apelada por entender que el contrato de *leasing* presenta una gran proximidad al contrato de préstamo mercantil. Partiendo de esta base, la Audiencia configuró la cláusula descrita como penal, la moderó conforme al artículo 1154 CC y condenó a la parte arrendataria al pago de una suma de diez millones de pesetas. Los demandados recurren en casación. El TS estima el recurso y deja sin efecto a la cláusula penal.

NOTA.—Destaca el argumento esgrimido por la sentencia para desactivar la pena convencional, basado en la pretendida naturaleza arrendataria del contrato de *leasing*. Frente a ello, quizás debió haberse entendido con mejor criterio que la admisión de la pena es independiente de la naturaleza jurídica de la relación obligatoria constitutiva (arg. art. 1152.I CC; conforme, Julio Gavidia Sánchez, en su comentario a esta sentencia en *CCJC* 50, 1999, núm. 1360, pp. 623-627). En cuanto al reparo de que el ejercicio de la acción de cumplimiento de la cláusula penal implica una *resurrección* del contrato, parece conveniente recordar que la cláusula penal sobre-

vive a la resolución (cfr. art. 1155.II CC; véase Antonio Cabanillas Sánchez, *Comentario CC*, T. II, com. art. 1155 CC, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 161-162, y Mario Clemente Meoro, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, p. 508). Una solución fundada en la aplicación de la facultad moderadora *ex* artículo 1154 CC tal vez hubiese sido más ajustada al conflicto de intereses subyacente. (A. R. G.)

**32. Donación de inmuebles disimulada bajo la forma de escritura pública de compraventa. No hay expresión de una causa falsa en el contrato.**—El donante no actúa ilícitamente, cuando favorece a algunos de sus hijos, tanto más cuanto que por vía de herencia puede hacerlo, incluso frente a los legitimarios dentro de ciertos límites, máxime si se tienen en cuenta las prevenciones legales sobre la «inoficiosidad» de las donaciones (art. 636 en relación con el art. 1035 CC). Lo que no cabe es anticipar durante la vida de los futuros causantes, aquellos efectos, puesto que los hijos en cuestión, supuestamente perjudicados, no son herederos testamentarios, ni forzosos, en tanto no fallezcan aquéllos en atención a que «los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte» (art. 657 CC) y es, en este momento, cuando se puede determinar quiénes son los herederos.

**Validez de la donación remuneratoria disimulada.**—La validez de las donaciones encubiertas, bajo la forma de compraventa, como reconoce la sentencia de esta Sala de 23 de septiembre de 1989, «ha dado lugar a soluciones divergentes no sólo en la doctrina científica sino también en la jurisprudencia y así mientras numerosas sentencias reconocen la validez de la donación de inmuebles encubierta bajo la forma de escritura pública de compraventa —SS de 19 de enero de 1950, 31 de enero de 1955, 2 de junio de 1956, 16 de octubre de 1965, 31 de mayo de 1982 y 19 de noviembre de 1987—, otras resoluciones —SS de 29 de enero de 1945, 15 de enero de 1959, 13 de mayo de 1965 y 6 de octubre de 1977— han negado validez para la donación en escritura de venta; por ello, para resolver este problema jurídico han de tenerse en cuenta en primer lugar las circunstancias de hecho concurrentes en cada caso». En el caso, la cuantía del precio, que, aunque notablemente inferior al real de los bienes, no puede calificarse de simbólica, y la naturaleza, así mismo, remuneratoria de la donación, que compensa servicios prestados por la hija y su marido, encargados de atender a sus padres, los donantes, en la última enfermedad; el previo arriendo de los donatarios de la finca vendida y la previa existencia de una opción de compra, en favor de los mismos, duradera hasta el año 1999, que, obviamente, se extinguió en virtud del contrato litigioso, junto con las dificultades interpretativas que comporta el artículo 622 CC, determinan, de acuerdo asimismo con la expresada sentencia que se consideren concurrentes todos los requisitos necesarios para la eficacia de la expresada donación. Como sostiene la sentencia de 9 de mayo de 1988, «si bajo el negocio simulado, existe el negocio disimulado, la forma de éste será la propia del simulado y si es la exigida por la ley para el tipo de negocio al que pertenece cumple con el requisito formal correspondiente; yerra por tanto el recurrente, al estimar que la exigencia de la escritura pública para la donación no se cumple aplicando lo que el notario autorizó como contrato de compraventa, puesto que en verdad el notario estaba autorizando un contrato de donación». En el caso aparecen cumplidas las exigencias formales del artículo 633 CC invocado como infringido, al haberse hecho las donaciones en escritura pública con expresión individualizada de los bienes objeto de las



mismas y constar en la misma forma la aceptación de los donatarios, presuntos compradores, que comparecieron personalmente al otorgamiento de las escrituras; todo ello sin perjuicio de la posible inoficiosidad de las referidas donaciones por aplicación del artículo 636 CC y la obligación de colacionar los bienes por los donatarios que resulten ser herederos forzosos del donante de acuerdo con los artículos 1035 y ss. CC. (STS de 30 de diciembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Ángel L. J. interpuso demanda en la que solicitaba la declaración de nulidad por simulación absoluta del contrato de compraventa de un inmueble celebrado por doña Dolores J. M. y don Juan L. G. con sus hijos doña Dolores L. J. y don Hilario P. L. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y declaró que el citado inmueble formaba parte del caudal relicto de los causantes doña Dolores J. M. y don Juan L. G. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por los donatarios doña Dolores L. J. y don Hilario P. L. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (J. M. B. S.)

**33. Caducidad de la acción de retracto. *Dies a quo* en enajenación forzosa.**—«La doctrina de esta Sala es que el *dies a quo* a partir del que se puede comenzar a contarse el plazo de caducidad es el de consumación de la compraventa (que), si se hace por Auto de adjudicación en subasta judicial, (...) se produce por la entrega a la parte del testimonio del Auto: así la sentencia de esta Sala de 1 de septiembre de 1997 (...) declara (...) que “la expedición del testimonio en el que se documenta la venta judicial produce la tradición simbólica prevista en el artículo 1462.2 del Código civil”» (FD 2.º). (STS de 7 de diciembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—«Ejercitada acción de retracto por (el aparcerero) de una determinada finca, (...) al amparo del artículo 118 LAR al haber sido aquélla objeto de ejecución hipotecaria (...), la sentencia de primera instancia, (...) confirmada por la Audiencia (...), estimó la demanda dando lugar al retracto».

NOTA.—No se plantea la sentencia si el aparcerero tiene derecho a personarse en el procedimiento del artículo 131 LH como tercer poseedor (lo que admite como situación de hecho no controvertida), ni si existe obligación de comunicársele la ejecución. (L. F. L.)

**34. Responsabilidad decenal. Acción para exigirla. Plazo de caducidad seguido de prescripción.**—«El artículo 1591 CC establece una especial responsabilidad derivada del contrato de obra (...) que se da si la ruina tiene lugar en un plazo de caducidad de diez años desde que concluyó la construcción; una vez producidos los vicios ruinógenos en este plazo, comienza el plazo de prescripción para ejercitar la acción de reclamación, que es de quince años (art. 1694 *in fine* CC): así las SS de 15 de octubre de 1990, 14 de febrero y 15 de octubre de 1991, 4 de noviembre de 1992, 6 de abril de 1994 (...), 7 de febrero de 1995, (y) 17 de septiembre de 1996» (FD 4.º).

**Responsabilidad decenal. Solidaridad.**—«La responsabilidad *ex artículo* 1591 CC viene regida por la solidaridad, siempre que no sea posible determinar la proporción o el grado en que la conducta de cada uno ha sido determinante de los vicios ruinógenos. Así SS de 27 de septiembre y 17 de octubre

de 1995, 26 de febrero, 21 de marzo y 15 de octubre de 1996, 22 de marzo, 29 de mayo, 5 de julio, 3 de septiembre y 22 de noviembre de 1997, 4 de marzo y 8 de junio de 1998». (STS de 28 de diciembre de 1999; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Producido el desplome de una fachada, la comunidad de propietarios del edificio interpone demanda en reclamación de daños y perjuicios al amparo del artículo 1591 CC contra el constructor-promotor, el arquitecto y el aparejador, solicitando la condena solidaria a «indemnizar a la actora todos los gastos por las obras de reparación de la fachada, en la cuantía que resulten tasados y se acrediten en ejecución de sentencia, más los intereses legales que corresponda aplicar al tiempo de hacer efectivo su importe» y costas. La sentencia estimatoria de estos pedimentos es confirmada íntegramente en apelación. (L. F. L.)

**35. Comunidad de propietarios. Legitimación activa de su Presidente.**—Frente a las excepciones interpuestas de los núms. 2.º y 3.º del artículo 533 LEC (por pedirse en la demanda y por el Presidente de la comunidad de propietarios, en representación de ésta, más de lo que contenía el acuerdo de la correspondiente Junta) debe señalarse que «el artículo 12 en relación al 13 de la Ley de Propiedad Horizontal autoriza y atribuye legitimación activa a los presidentes para litigar, actuando como órgano del ente comunitario en defensa de sus intereses, al sustituir la voluntad social con la suya individual (SS de 22 de marzo y 12 de abril de 1993, 20 y 31 de diciembre de 1996). La excepción (del artículo 533.2.º LEC) sólo procedería cuando la parte actora hubiera litigado atribuyéndose cualidad, condición, cargo o representación que se demuestre no le correspondía (SS de 30 de octubre de 1978 y 9 de abril de 1996), que no es el caso de autos (...). Corresponde al presidente autorizado otorgar los poderes a Procuradores, que resultan válidos incluso cuando cambia la persona del presidente con posterioridad (SS de 16 de julio de 1990, 8 de enero de 1992 y 9 de diciembre de 1996)», y bastando que obre «en el ámbito de las facultades delegadas por los copropietarios», esto es, en protección del interés que motivó el acuerdo de la Junta, no requiriéndose la fijación de todos los elementos de la reclamación en dicho acuerdo. En cualquier caso, «se trata de defecto subsanable» (FD 1.º).

**Litisconsorcio pasivo necesario. Es apreciable de oficio.**—«El cauce que le corresponde es el 3.º y no el 4.º del artículo 1692 LEC, lo que ya ocasiona su decaimiento; sin embargo ha de llevarse a cabo su estudio al ser apreciable de oficio (SS de 5 de marzo de 1991 y 25 de febrero de 1992)» (FD 2.º).

**Litisconsorcio pasivo necesario. No es estimable en el ejercicio de la acción del artículo 1591 CC.**—«Al demandarse correctamente sólo a la entidad que recurre (SS de 1 de junio de 1994 y 22 de junio de 1996), y sin perjuicio de las acciones que a ésta le puedan asistir contra los técnicos» (FD 2.º).

**Defectos en la construcción. Sustitución de materiales con respecto al proyecto. Responsabilidad exclusiva del constructor-promotor, por incumplimiento.**—«Las modificaciones (...) en la calidad de los materiales empleados y su sustitución por otros inferiores (obedece a la) unilateral decisión (de la constructora-promotora), con independencia de las relaciones de (ésta con) los técnicos (...). Ésta fue la ejecutora material y la que celebró los contratos de venta (...), por lo que ha de responder en los términos de los

artículos 1096, 1097, 1098 y 1101 CC, en relación al 1445. Se trata (...) de sustitución de materiales y no (de) defectos en la construcción y vicios ruinógenos, por lo que evidentemente se está ante situación jurídica de incumplimiento contractual, como declaró la S de 27 de mayo de 1996, al haberse entregado cosa distinta de la pactada (*aliud pro alio*)» (FD 2.º).

**Compraventa de vivienda sobre plano. Deberes de información. Carácter de consumidor de los adquirentes.**—«El constructor-promotor debe terminar la obra y entregar los elementos particulares y comunes de la misma conforme a lo ofertado, que resulta coincidente en la mayoría de los casos, salvo estipulación en contra, con el Proyecto de Ejecución y a su vez cumplir con el deber de suministrar las informaciones que establece el Real Decreto de 21 de abril de 1989, para la venta de inmuebles—cuyos adquirentes tienen la condición de consumidores o usuarios, conforme al artículo 1.2 de la Ley 26/1984, y en particular respecto a las condiciones, características y utilidad de las viviendas e incluso sobre los materiales empleados en su construcción (...) La publicidad ha de reputarse integrada en los contratos, (véase) en este sentido la sentencia de 8 de noviembre de 1996 y las que cita». Esta modalidad de compraventa se basa especialmente «en la buena fe de la vendedora» (FD 5.º).

**Compraventa de vivienda sobre plano. Facultades de modificación del proyecto del constructor-promotor. No debe producir merma funcional.**—Es habitual que en este tipo de contratos «los compradores (autoricen al constructor-promotor), durante la ejecución de las obras, a realizar modificaciones del proyecto inicial del edificio»; y, en ocasiones, como es este supuesto «siempre que no se alterase la superficie del piso, se contase con la conformidad del Arquitecto-Director de la obra y se obtuviese la correspondiente autorización oficial (...) La calificación de abusiva (de dicha cláusula...) resulta procedente», por estar redactadas por la promotora, porque «sólo satisface sus intereses», y, finalmente, porque «conculca el artículo 1256 CC, al no referirse a posibles alteraciones debidamente concretadas, bien precisadas y especificadas que eliminasen toda posible situación de efectiva merma funcional» (FD 5.º). (STS de 4 de diciembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Varias comunidades de propietarios, constituidas conforme a la Ley de Propiedad Horizontal demandan al constructor-promotor común de todas ellas en solicitud, entre otros extremos, del «importe de las modificaciones y sustituciones que han sufrido los materiales empleados en los pisos y porches, según los proyectos iniciales que obran visados en el (correspondiente) Colegio Oficial de Arquitectos»; y la condena a la realización de las instalaciones «que se describían en los proyectos iniciales y que fueron sustituidos por una sola instalación para todos los bloques». (*L. F. L.*)

**36. Responsabilidad profesional. Abogados.**—La pérdida de la oportunidad procesal supone un daño indemnizable *ex* artículo 1101 CC. La exclusión de esta responsabilidad requiere comunicación al mandante. Debe distinguirse «la falta de relevancia de un determinado índice de valoración del daño producido con la inexistencia de los daños mismos». En este sentido «la simple pérdida de la oportunidad procesal que todo recurso como extraordinario confiere, objetiva la producción del daño y la necesidad de su reparación (si no existen) excusas justificadas sobre la no interposición del

recurso, comunicadas a tiempo a la otra parte contratante (...) El criterio de la prosperabilidad del asunto sometido (o que hubiera debido someterse) a decisión judicial, (...únicamente) puede proporcionar una pauta de valoración de los eventuales daños», tratándose, además, de un «índice o pauta orientativa no (...) exclusivo» (FD 2.º). (STS de 26 de enero de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—«Perfeccionado entre el actor (recurrente) y el demandado (recurrido) un contrato de arrendamientos de servicios (...) consistente en que éste, en su calidad de Abogado, aceptó el encargo de interponer un recurso extraordinario de revisión contra la sentencia dictada por el orden jurisdiccional laboral (...), incurrió en la culpa o negligencia que le imputa el recurrente en el desempeño de sus deberes profesionales al no interponer el recurso de revisión a que se había comprometido».

NOTA.—Es de apreciar la coherencia de esta sentencia con la línea jurisprudencial que considera que todo incumplimiento contractual genera un daño (véase el extracto, en este mismo número, de la STS de 31 de diciembre de 1998), frente a las que entran a analizar si existe o no daño en función de la prosperabilidad del recurso no interpuesto o de la acción no ejercitada. (L. F. L.)

**37. Subsidiariedad de la acción de enriquecimiento sin causa.**—«Es una pura contradicción pretender mantener junto a cada norma positiva que otorga acciones y fija plazos de ejercicio, la vigencia coetánea de la doctrina del enriquecimiento sin causa, que deja aquélla reducida a la nada. De ahí que la acción de enriquecimiento deba entenderse subsidiaria». (STS de 19 de febrero de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—La parte actora exige como compradora una indemnización por los daños y perjuicios causados por los vendedores de un local hipotecado al no hacer mención alguna de la existencia de la hipoteca. El daño se produce efectivamente por la ejecución de la hipoteca. Los compradores pudieron conocer de su existencia por la publicidad registral, al inscribir su compra. A pesar de que el caso entra bajo el supuesto de hecho del artículo 1483 CC, la parte ahora demandante no ejercitó la correspondiente acción en su momento. Sin embargo, en primera instancia se condenó a los demandados aplicando la doctrina del enriquecimiento sin causa. La Audiencia revocó parcialmente la anterior, en lo relativo a las costas procesales. En casación, hubo lugar al recurso, desestimando la demanda y absolviendo a los demandados. (C. J. D.)

**38. Acción civil derivada de delito no reservada: sentencia penal condenatoria; cosa juzgada: doctrina general.**—Es doctrina reiterada que cuando la acción civil no ha sido reservada dentro de la causa criminal, o ésta ha terminado por sentencia absolutoria, o no ha sido sobreseída, el ofendido por el delito no puede ejercitar en procedimiento distinto una responsabilidad no invocada en el momento procesal oportuno, ya que no le es lícito a la jurisdicción civil suplir las deficiencias o rectificar las omisiones que hayan podido cometerse en procedimientos sometidos a Tribunales de otra jurisdicción; criterio que recoge la STS de 8 de junio de 1970 que insiste en

que ejercitada la acción penal se entenderá utilizada también la civil, a no ser que el dañado o perjudicado la renunciase o reservase expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal si a ello hubiere lugar (arts. 11 y 12 LECr); en el presente caso es evidente que se ejercitó la acción civil conexas con la penal, por lo cual es de apreciar la excepción de cosa juzgada. (STS de 9 de diciembre de 1998; ha lugar.)

NOTA.—En un juicio penal por accidente, el Médico Forense omitió hacer constar en el parte de alta la existencia de secuelas, a cuya indemnización no se condenó consecuentemente en la sentencia penal firme, y cuyo importe se reclama ahora en proceso civil posterior. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda por apreciar la excepción de cosa juzgada, pero la Audiencia Provincial estimó parcialmente aquélla. La sentencia extractada estima el recurso interpuesto por la entidad aseguradora, confirmando la de primera instancia con base en la conocida doctrina de que al orden jurisdiccional civil no incumbe subsanar errores, o suplir omisiones que hayan podido cometerse en otras jurisdicciones. Un reciente planteamiento general de las relaciones entre la responsabilidad extracontractual y la llamada responsabilidad civil derivada de delito, en Díez-Picazo, *Derecho de daños*, Madrid 1999, pp. 269 y ss. con amplia cita de opiniones doctrinales.; en obras generales, Rivero Hernández, en Lacruz, *Elementos*, nueva ed., II-2.º, Madrid, 1999, pp. 458 y ss. Tema doctrinalmente abierto, si bien el legislador ha dejado pasar la oportunidad de acometer su reforma al elaborarse el Código Penal de 1995. (G. G. C.)

**39. Culpa extracontractual: accidente de trabajo con lesiones corporales: competencia de la jurisdicción civil.**—Se reitera la doctrina de que la competencia civil no la impide el hecho de que entre los litigantes medie relación laboral, pues se da la compatibilidad de las indemnizaciones que pueden corresponder por accidente de trabajo y las que puedan dimanar de actos encuadrables en culpa extracontractual; la reciente STS de 13 de julio de 1998 ha rechazado los motivos que acusaban exceso jurisdiccional, con infracción de la doctrina mantenida por la Sala especial de conflictos de competencia del TS, al no estar vinculada esta Sala más que por el imperio de la Ley y por su propia interpretación. En el presente caso, la mencionada doctrina reiterada de la Sala 1.ª obliga a casar la sentencia recurrida por incidir claramente en defecto en el ejercicio de la jurisdicción, dado que no hay duda de que se ejercitó la acción por culpa extracontractual o aquiliana, supuesto claramente diferenciable de aquellos otros en que sólo se alude a la reclamación contractual entre las partes.

**Efectos de la estimación del recurso por defecto de jurisdicción.**—Las SSTs de 2 de junio de 1989 y 26 de marzo de 1991, han declarado que en los casos de defecto de jurisdicción no cabe remitir a las partes a otro orden jurisdiccional, pues ya acudieron al órgano correspondiente, pudiendo actuar el TS como Sala de instancia una vez acogido el motivo; pero esta regla general no parece aconsejable en el caso de autos, pues, sobre haber conocido la Audiencia únicamente de una de las excepciones procesales planteadas por la apelante, al acogerla dejó de conocer —aunque la rechace en el fallo— de la adhesión al recurso del actor, extremo por el cual han de devolverse las actuaciones, para que no quede suprimido de hecho el de quien consigue

casar la resolución absolutoria en la instancia dictada por dicha Audiencia, implicando tal devolución que como órgano competente, dicte otra sentencia partiendo de tal extremo, pero con absoluta libertad como Sala de apelación, resolviendo si hay sólo culpa de la empresa, sólo de la víctima o concurrencia de culpas, previo examen del resto de las excepciones que se plantearan. (STS de 30 de noviembre de 1998; ha lugar.)

NOTA.—La petición de indemnización por daños corporales (pérdida del ojo izquierdo) derivados de accidente de trabajo excedía de veinte millones de pesetas siendo parcialmente estimada por el Juzgado de Primera Instancia que condenó únicamente al pago de cuatro millones y medio. Pero la Audiencia Provincial estimó la excepción de falta de jurisdicción, absolviendo de la instancia. Ahora el TS, en ponencia de Fernández-Cid de Temes, vuelve atrás del cambio significado por sentencias de la Sala 1.ª de 24 y 26 de diciembre de 1997 y 10 de febrero de 1998, que habían acogido el criterio de los Autos de 1993 y 1994 de la Sala de Competencias del TS. Ciertamente esta reafirmación de la propia competencia presupone realizar una clara diferenciación en el fundamento jurídico que se invoca por el actor, pues si la demanda se basa en la relación contractual y en la violación de las normas sobre seguridad en el trabajo, la Sala 1.ª declinará de oficio la jurisdicción en favor de la social. Por otra parte, en este caso, en la excepcional remisión de los autos a la Audiencia Provincial para que emita fallo, se cuida de delimitar el ámbito en el que aquélla ha de fallar: «sólo culpa de la empresa, sólo de la víctima o concurrencia de culpas»; en particular, al haber recurrido en apelación la parte actora, deja abierta la posibilidad de incrementar la cuantía de la indemnización por invalidez permanente parcial para la profesión habitual. Decididamente en favor de la jurisdicción laboral se muestra Serrano Alonso, «La responsabilidad civil nacida de accidente de trabajo», AC, 1999, pp. 1 y ss., aunque reconoce la necesidad de una reforma legislativa que recoja de modo expreso dicha competencia en el artículo 2.º de la Ley de Procedimiento Laboral y en la LOPJ. Por su parte, Díez-Picazo, *Derecho de daños* (Madrid, 1999), p. 252, afirma: «Es manifiesto que producidos los accidentes como consecuencia del trabajo... nos encontramos en presencia de una responsabilidad contractual, aunque la jurisprudencia haya acudido, casi sin fisuras, a los artículos 1902 y 1903». En mi opinión, sigue siendo un tema abierto. (G. G. C.)

**40. Culpa extracontractual: daños en propiedad privada por filtraciones de colector municipal: responsabilidad del Ayuntamiento: competencia civil.**—Según jurisprudencia de la Sala 1.ª, es competente la jurisdicción civil para conocer del litigio cuando, además de la Administración Municipal, se demanda a un tercero; la causa más verosímil del hundimiento del suelo, según informe pericial, ha sido el mal estado del colector municipal.

**Riesgo no incluido en la póliza.**—Procede absolver a la compañía de seguros cuando los daños que sufrió el local del actor no estaban cubiertos por la póliza. (STS de 24 de febrero de 1999; ha lugar en parte.) (G. G. C.)

**41. Daños causados por infección del SIDA: responsabilidad del INSALUD: competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa de los asuntos relativos a la responsabilidad patrimonial del Estado.**—Demandado el INSALUD por los daños causados por transfusión de sangre infectada de SIDA, debe examinarse de oficio la propia competencia jurisdiccional, y al respecto corresponde declarar que, en la actualidad la responsabilidad patrimonial del Estado se encuentra regulada, aparte de la normativa autonómica, en el artículo 106.1 CE que establece que «los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos»; en el artículo 149, apartado 1, regla 18.<sup>a</sup> CE, que reconoce la competencia exclusiva del Estado para fijar la legislación básica sobre el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas; en el artículo 2.<sup>e</sup> de la Ley de 13 de julio de 1998, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, que establece su exclusiva competencia para las cuestiones que se susciten sobre responsabilidad patrimonial del Estado, de manera parecida a como lo reconocía el artículo 3.<sup>b</sup>) de la Ley de 1956; y en los artículos 139 y ss. de la Ley de 26 de noviembre de 1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, desarrollado por el RD de 26 de marzo de 1993, en cuyo Preámbulo se señala que la vía jurisdiccional contencioso-administrativa pasa a ser, en el sistema de la nueva Ley, la única procedente en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, tanto en relaciones de derecho público como privado. Después de la supresión del párrafo 5.<sup>o</sup> del artículo 1903 CC y la publicación de la aludida Ley de 1992, es evidente un cambio del panorama competencial en este campo, con la tendencia en la nueva legislación, de conformidad con el espíritu imperante en las pautas administrativas recién dictadas y en el artículo 215 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, de concentrar las reclamaciones contra la Administración en la jurisdicción contencioso-administrativa. Habida cuenta del contenido de la reclamación dirigida contra el INSALUD, procede declarar la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. (STS de 16 de diciembre de 1998; ha lugar.)

NOTA.—Sorprende que en la sentencia no se fije con exactitud la fecha de realización de los hechos dañosos; la demanda se interpone el 24 de abril de 1992, es decir, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de 26 de noviembre de 1992. La demanda se interpone por los daños causados por la infección del SIDA de un menor de edad, el cual fallece con posterioridad. Sorprende asimismo lo elevado de la indemnización reclamada, superior a los trescientos millones de pesetas. En términos generales esta sentencia expresa la doctrina que, en el futuro, debe prevalecer en orden a la atribución jurisdiccional de competencia en las reclamaciones contra el INSALUD por culpa extracontractual. Los artículos 106.2 y 149, ap. 1, regla 18.<sup>a</sup> de la Constitución, junto con las leyes de desarrollo de 1992 y 1998, constituyen un sólido bloque normativo que obliga a la Sala 1.<sup>a</sup> del TS a un giro jurisprudencial. Con todo, otros argumentos aducidos por la sentencia poseen menor fuerza: así el preámbulo de un RD carece de fuerza normativa directa, y del artículo 215 del Tratado de la UE no puede deducirse, sin ele-

mentos externos, el criterio que se pretende. Por otra parte, no parece probable que la Sala 1.<sup>a</sup> renuncie a proclamar su competencia en casos que, o son de derecho transitorio (tal ocurre con el resuelto por STS de 28 de diciembre de 1998, extractada a continuación), o, en algunos casos que, ya sólo pueden ser excepcionales. (G. G. C.)

**42. Culpa extracontractual: responsabilidad médica: transfusión a la madre de sangre infectada con SIDA: contagio y muerte del hijo: muerte de la madre por causa de la enfermedad: competencia civil.**—La responsabilidad del Servicio Andaluz de Salud es objetiva y, además directa, siendo competente para conocer de la reclamación la jurisdicción contencioso-administrativa según la normativa ahora en vigor, pero no en el momento de producirse el daño, en 1984, por lo cual la jurisdicción civil ha aceptado y resuelto casos, y así lo hace en el presente, en base fundamentalmente a la *vis atractiva* de la jurisdicción civil y para evitar el *largo peregrinaje* a través de las distintas jurisdicciones. Los hechos especialmente graves comienzan el 22 de septiembre de 1984 cuando a la esposa del actor se le trasfunde sangre infectada con el virus HIV en un hospital dependiente del Servicio Andaluz de la Salud; la mujer transmitió la enfermedad a su hijo, nacido prematuramente, y luego fallecido por causa de la misma; al tiempo de la transfusión no estaban en vigor las Órdenes de 1985 y 1987 que exigen la práctica de análisis previos a los donantes, comprobándose ulteriormente que la sangre procedía de una persona que era portador del virus; dictada sentencia por el Juzgado de Primera Instancia, falleció la mujer, personándose el marido en el proceso en representación propia y de su hija menor.

**Unidad de la culpa civil: violación de los artículos 25, 26 y 28 LGDCU.**—En el presente caso es aplicable la responsabilidad extracontractual, sea con autonomía propia, sea relacionada con la contractual, pues el núcleo de los hechos dañosos constituye el incumplimiento de una obligación, y, al mismo tiempo, un acto ilícito, por lo que el perjudicado puede utilizar expresa o tácitamente ambas acciones, pues el grave incumplimiento del contrato de servicios médicos lleva consigo la lesión de derechos del paciente que justifica la aplicación de las normas extracontractuales; además se han infringido los artículos 25, 26 y 28 de la Ley de 1984, que proclaman el derecho que tienen el consumidor y el usuario de productos farmacéuticos y servicios sanitarios a ser indemnizados por parte de los que los suministran o facilitan, normativa hoy modificada, concretada y enriquecida por la Ley de responsabilidad por productos defectuosos, que introduce en nuestro derecho la Directiva de 25 de junio de 1985.

**Valoración de los daños. Daño moral.**—Los daños causados son una infección causada a una mujer con el virus del HIV, que hace que sufra la enfermedad del SIDA, lo que provoca que al dar a luz un niño, éste resulte asimismo atacado por dicha enfermedad y muera prematuramente; como la muerte de la madre es posterior a la iniciación del pleito no puede valorarse este daño so pena de incurrir en incongruencia; no obstante la dificultad de valorar los daños morales, con el límite del *petitum*, siendo imposible tomar en consideración los criterios administrativos que se refieren a las «valoraciones predominantes en el mercado», sino que hay que tener en cuenta la muerte de un hijo de dos meses de edad, marcado desde el nacimiento por la enfermedad, y la noticia de que la madre la sufría igualmente, pudiéndose señalar diez millones de pesetas por la muerte del niño y cinco millones por



los daños morales que supone la noticia de que la madre también estaba infectada por el virus y desarrollaba la enfermedad. (STS de 28 de diciembre de 1998; ha lugar.)

NOTA.—Parece claro que, en razón a la fecha de su realización, los tristes hechos luctuosos que fundamentan y acompañan la reclamación quedaban sujetos a la LRJAE de 1957 por lo cual, a mi juicio, no era necesario justificar la competencia civil (quizá estaba muy próxima en el tiempo la STS de 16 diciembre 1998, extractada *supra*, que ha querido marcar el *cambio de rumbo* jurisprudencial en esta materia). En todo caso, parece que el viudo y la hija menor podrán reclamar en otro proceso la indemnización por la muerte de la esposa y madre, aquí no incluida, y también ante la jurisdicción civil. (G. G. C.)

**43. Culpa extracontractual: responsabilidad del Ayuntamiento. Daños en finca privada por filtraciones de la conducción de agua: hechos anteriores a la Ley de 1992 sobre responsabilidad administrativa.**—En la sentencia de la Audiencia Provincial se ha infringido el artículo 1902 CC al no aplicarlo al caso de autos, así como el derecho a la tutela judicial efectiva conforme a la jurisprudencia reiterada, y, también por inaplicación, las normas de la LRJAE de 1957 que, en razón a la fecha de producción del daño, debían ser aplicadas para declarar la responsabilidad civil del Ayuntamiento.

**Doctrina jurisprudencial civil.**—No puede seguirse en una sentencia civil la doctrina de la Sala de lo contencioso-administrativo del TS, como inaceptablemente hace la sentencia recurrida, pues como declara la STS de 14 de junio de 1991, de la Sala 1.<sup>a</sup>, sólo es jurisprudencia la de la Sala correspondiente a la materia de que se trata.

**Competencia civil: derecho transitorio.**—La doctrina se contiene en la STS de 1 de julio de 1986, la cual se ha mantenido de modo casi absoluto, según la cual, aun admitiendo la dualidad competencial, las razones de prevalencia del orden civil se encuentran en no dividir la continuidad de la causa cuando se demanda a la Administración y a otra persona; en otro caso, en la *vis atractiva* y en el valor matriz y residual del orden jurisdiccional civil, prevalente en supuestos de duda, la pertenencia de la culpa al ámbito del derecho privado, la interpretación restrictiva respecto al «funcionamiento de los servicios públicos», sea normal o anormal, cuando entra en juego la culpa extracontractual respecto de quienes actúan o dejan de actuar contraviniendo las exigencias del caso, produciéndose el daño más bien «con ocasión del servicio» y sin incidencia de facultades soberanas, a todo lo cual ha de añadirse la menor trascendencia del orden jurisdiccional que conozca, una vez declarada la unidad jurisdiccional por la LOPJ, pero con la enorme trascendencia constitucional de proscribir el «peregrinaje de jurisdicciones» en aras de evitar la indefensión, dilaciones, obtener economía procesal y, en definitiva, no restringir la tutela efectiva de derechos e intereses legítimos, por imperativo del artículo 24 CE, que ha obligado a esta Sala a consagrar como principio ese no peregrinaje jurídico-procesal, aunque haya de reconocerse que la atribución de una cuestión a un concreto orden jurisdiccional no vulnera dicho precepto. (STS de 19 de enero de 1999; ha lugar.)

NOTA.—Mientras el Juzgado de Primera Instancia estimó la reclamación contra el Ayuntamiento, la Audiencia Provincial se

declaró incompetente invocando tres sentencias de la Sala de lo Contencioso del TS, como único fundamento del fallo. El TS reitera una jurisprudencia que ya no será sino residual, en tanto subsistan reclamaciones por hechos anteriores a la entrada en vigor de la Ley de 1992. Ello no impide que la Sala 1.<sup>a</sup> *salga por sus fueros* reiterando una doctrina que —a juzgar por los indicios—, va a impedir que sea pacífica la asunción de competencia por la jurisdicción contenciosa en materia de daños cometidos por las Administraciones Públicas, en perjuicio de los particulares. (G. G. C.)

**44. Culpa extracontractual: responsabilidad médica. Muerte de menor operado de apendicitis: transferencia de competencias sanitarias a la Comunidad Autónoma: condena del Insalud.**—El tema a resolver es el de qué Administración sanitaria ha de hacer frente a la indemnización concedida por sentencia cuando el acto médico se había realizado en fecha anterior a la de las transferencias, pero dicha sentencia había recaído después de verificadas aquéllas; tal sustitución pactada en acto político-administrativo sólo encontraría algún parangón en el derecho privado con la sucesión universal, no oponible *ad extra*, frente a tercero y para perjudicarlo; sean cualesquiera las deficiencias de la Ley de 14 de octubre de 1983, relativa al proceso de transferencias a las Comunidades Autónomas, y dado que el Juzgado de Primera Instancia condenó solidariamente al INSALUD y al *Servei Valencià de Salut* (SERVASA), si bien en apelación se absolvió a este último, procede rechazar el recurso interpuesto por aquél, ya que la transferencia no puede perjudicar a quien ha sufrido el daño, como tampoco las interpretaciones contradictorias de INSALUD y SERVASA, ni la confusión de las normas político-administrativas, sin perjuicio de las reclamaciones internas, por la solidaridad impropia frente a la víctima, que no ha de resolver esta Sala. (STS de 12 de diciembre de 1998; no ha lugar.)

NOTA.—El caso aquí resuelto afecta al interesante tema de los reflejos jurídico-privados de las transferencias que la Administración Central está realizando en favor de las Administraciones Autonómicas en cumplimiento de los respectivos Estatutos; no parece acertado invocar el símil de la sucesión *mortis causa*, sino más bien se estaría ante una cesión *inter vivos* de una universalidad de bienes, como podría calificarse la de una empresa. Curiosamente la sentencia aporta argumentos en favor de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia que condenó solidariamente a ambas Administraciones sanitarias, aunque la Audiencia Provincial absolvió a SERVIASA; con este condicionamiento (el condenado carece de legitimación para pedir la condena del demandado absuelto, y la parte actora no compareció en casación) sólo quedaba al TS la salida de confirmar la condena del INSALUD, permitiendo a las Administraciones sanitarias interesadas que resuelvan entre sí sus diferencias. Queda incólume la responsabilidad por muerte de un menor de cinco años, operado de apendicitis, y más tarde de peritonitis, en centro dependiente de aquél, si bien la demanda se interpone en octubre de 1991, después de que, a partir de 1 de enero de 1988, se hubieran traspasado los servicios sanitarios a la Generalitat valenciana. A la vista del planteamiento procesal del caso, la solución parece adecuada. (G. G. C.)

**45. Culpa extracontractual: muerte de espectador en lanzamiento de fuegos artificiales: responsabilidad del Ayuntamiento: reclamación previa en vía administrativa: doctrina general.**—Es cuestión nueva ya que el Ayuntamiento no alegó, ni ésta ni ninguna otra excepción, pues no contestó a la demanda, y tampoco en el recurso de apelación; pero aun cuando no se tratara de una cuestión nueva, procedería igualmente su desestimación según reiterada jurisprudencia, pues la reclamación previa tiene como finalidad esencial la de impedir que la Administración, en sus distintos grados y categorías, entre en un proceso sin haber tenido la oportunidad de evitarlo, lo que conduce a una ineludible semejanza con la conciliación procesal civil, debido a que ambos actúan a modo de conocimiento del futuro litigio y, en su caso, como mecanismo para eludir su iniciación; ello origina que la falta de reclamación entre plenamente en la categoría de los defectos subsanables, de manera que su petición ha de ser interpretada con criterios de flexibilidad y de adaptación a las pautas del artículo 3.1 CC, pues su falta constituye una anomalía susceptible de enmienda a lo largo del proceso, no existiendo base en nuestro ordenamiento para que su alegación, más bien formal, actúe como condicionamiento absoluto del ejercicio de las acciones y debe ser obviada en aras de la efectividad de la tutela judicial proclamada en el artículo 24 CE, máxime cuando en este caso el Ayuntamiento fue parte en un proceso penal por los mismos hechos en calidad de presunto responsable civil subsidiario, recayendo sentencia absolutoria.

**Responsabilidad por riesgo.**—La responsabilidad civil del Ayuntamiento es clara ya que la organización de las fiestas corría a su cargo, a través del Concejal competente y de la Comisión que presidía; la producción del accidente mortal acredita que las medidas de seguridad no fueron suficientes para evitarlo, siendo incluso previsible la contingencia de un exceso de carga en alguno de los obuses de fuegos artificiales, de modo que orientar los disparos en dirección al muelle en que se encontraba el público no era precisamente extremar las precauciones, aunque lo normal y esperado fuese que los obuses cayeren en el mar, dada la distancia a cubrir de 180 metros. Debe tenerse en cuenta que los espectáculos de pirotecnia siempre entrañan un peligro en sí mismos, generando riesgos, de ahí que la obligación de responder no puede obviarse a pretexto de haber observado las medidas reglamentarias de seguridad, si resulta que el daño se pudo evitar poniendo un exquisito empeño en la prevención; por el contrario, el obús resultante del resultado mortal cayó y explotó precisamente en el espacio que dicho Ayuntamiento había acotado para el público espectador.

**Litisconsorcio: responsabilidad de los subcontratistas.**—El Ayuntamiento contrató exclusivamente con el pirotécnico demandado, quien en virtud del contrato celebrado con aquél, llevó a efecto la preparación y el lanzamiento de tales fuegos artificiales, con total independencia de las empresas subcontratistas de los materiales necesarios para ello; hipotéticamente, de ser éstas responsables, se daría una solidaridad que autorizaría al actor a dirigirse contra cualquiera de ellos, por lo cual no hay litisconsorcio pasivo necesario. (STS de 30 de enero de 1999; no ha lugar.) (G. G. C.)

**46. Dies a quo del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil extracontractual.**—El momento a partir del cual comienza a contarse el plazo prescriptivo no puede dejarse al arbitrio del demandante, sino que debe buscarse ante todo «un punto de seguridad jurídica, fijando un hecho objetivo para el inicio del plazo». «El informe psiquiátrico elaborado a

petición del actor (...) no manifiesta nada nuevo sobre el estado de salud psíquica del actor» cuando todo lo descrito en él está recogido en un previo informe médico oficial. A partir de la fecha de este informe oficial el agravado tuvo conocimiento de las consecuencias de la lesión y, por esta razón y porque el segundo informe no añade nada al anterior, se inicia desde el primero el cómputo del plazo de ejercicio de la acción. (STS de 30 de diciembre de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—El 24 de febrero de 1983, el demandante sufrió un accidente laboral en las obras de la Central Nuclear de Valdecaballeros. Con fecha 21 de junio de 1988 se dictó un informe de la Unidad de Valoración Médica (dependencia del Insalud), en el que se declaraba la «incapacidad permanente absoluta para todo trabajo. Sin posibilidad razonable de recuperación». A petición del actor, se elaboró después un informe psiquiátrico en el que se describían sus circunstancias, basándose en su historia clínica. La demanda pretende que se tenga en cuenta la fecha de este último informe a efectos del cómputo del plazo de ejercicio de la acción de responsabilidad extracontractual que se ejercita. En primera instancia se desestimó la demanda, apreciando la excepción de prescripción opuesta por las empresas demandadas. La Audiencia revoca la anterior y condena a los demandados al pago de una indemnización. En casación, ha lugar, casando la anterior y confirmando la sentencia de primera instancia. (C. J. D.)

**47. Responsabilidad de la Junta de Andalucía por muerte en accidente de mina: competencias transferidas: responsabilidad por riesgo.**—La Sala 1.<sup>a</sup> ha declarado que las responsabilidades en los supuestos de riesgos, tanto existentes como instaurados, la culpa exigida conforme al artículo 1902 CC se mueve en el ámbito de lo cuasi-objetivo, que impone extremar todas las precauciones y agotar los medios para evitar la concurrencia de aquellas circunstancias que cabe controlar y pueden generar daños efectivos; en estos casos ha de tener lugar la inversión de la carga de la prueba, que obligaba a los recurrentes a demostrar que en la producción del accidente de autos no había tenido ninguna actuación negligente o imprudencial, al haber obrado con la mayor y más atenta diligencia y prudencia, o que el suceso se debió a caso fortuito, fuerza mayor o lo produjo el exclusivo actuar negligente de la víctima.

**Suspensión administrativa provisional de los trabajos: persistencia del riesgo: falta de control y vigilancia.**—El 11 de abril de 1988 la Consejería de Economía y Fomento de la Junta de Andalucía, a la que se habían transferido las competencias sobre minería por la Administración estatal, resolvió suspender provisionalmente los trabajos de explotación durante un plazo, en principio de un mes, en el que se deberían realizar sólo y exclusivamente los trabajos encaminados a restituir la seguridad en el interior de la mina. Pero tal resolución se ha revelado insuficiente ya que reglamentariamente podía haber decretado la suspensión de todas las labores en la mina, pues conocía desde hacía bastante tiempo las deficientes condiciones de seguridad de aquella, pues el obligado Plan de Labores no se había presentado desde 1986, pese a lo cual autorizó la explotación en su interior que se hacía en fondo de saco, careciendo de medios de ventilación adecuados, siendo altamente probable la posibilidad de que se produjeran desprendimientos

con arrastre del material del cielo de las galerías, que es lo que desgraciadamente ocurrió. Se daba existencia y persistencia de riesgo suficientemente advertido y conocido —que se asumió—, y no obstante ello se autorizaron trabajos mineros interiores, sin que se realizara actividad de control y vigilancia, la que se presentaba, no sólo necesaria, sino inevitable, dadas las deficientes condiciones de la mina; el peligro se incrementó, y de potencial existente pasó a ser peligro efectivo y realizado con consecuencias trágicas irreparables, incumpléndose las medidas de protección y vigilancia establecidas en los artículos 116 y 119 de la Ley de Minas de 1973, y en el artículo 142 del Reglamento de 1978.

**Nexo causal.**—La recurrente no causó directamente el derrumbamiento de la mina, pero el accidente producido resulta propiciado por su actuar al autorizar trabajos peligrosos en el interior, siendo adecuada la causalidad pues los consintió de forma voluntaria, con resultado de muerte, no habiendo demostrado la Junta de Andalucía que sus actuaciones fueran las correctas y adecuadas a las circunstancias efectivas y peligrosas que se presentaban. (STS de 11 de diciembre de 1998; no ha lugar.)

NOTA.—El accidente ocurre el de 21 de junio de 1988, no se conoce la fecha en que se interpone la demanda ante el Juzgado de Primera Instancia, y éste pronuncia sentencia el 8 de octubre de 1993, la Audiencia Provincial falla el 13 de mayo de 1994; la sentencia firme de la Sala 1.<sup>a</sup> se dicta más de diez años después de producido el accidente en la mina, siendo más de seis los que emplea la jurisdicción civil en resolverlo; parece, en su conjunto, excesivo el tiempo si se atiende a los intereses vitales y familiares implicados. Adviértase que no se suscita cuestión sobre posible competencia de la jurisdicción social, y que las indemnizaciones solicitadas, y estimadas en ambas instancias, son relativamente altas (veinte millones para la viuda y diez millones para cada uno de los cuatro hijos de la víctima). La ponencia de Villagómez Rodil ha profundizado en la actuación poco diligente y previsor de la Consejería andaluza, análisis que debe calificarse de ponderado y razonable. (G. G. C.)

**48. Culpa extracontractual: responsabilidad del Centro docente y de la Asociación de Padres por lesiones sufridas por alumna en fiesta de fin de curso: hechos anteriores a la reforma de 1992.**—Según SSTs de 10 de noviembre de 1990 y 3 de diciembre de 1991, la obligación de reparar, según el artículo 1903, penúltimo párrafo de la redacción primitiva, se impone al titular del Centro privado de enseñanza, y éste responde en cuanto mantiene el control del alumnado, sea total o parcial, sea en horas lectivas propiamente dichas o en tiempo posterior en el que todavía ejerce su labor de guarda; en el presente caso, quince minutos antes de iniciarse la fiesta de fin de curso, la Directora del Parvulario fue informada de la intención de elevar globos, lo que implica que los padres subordinaban la realización del acto a la autorización del centro, y aquélla no se opuso a tal actividad, adoptando una actitud pasiva ante el riesgo que suponía la necesidad de espacio libre, en un patio con gran afluencia de público, y la corta edad de las alumnas; al manipularse el encendido de un globo con alcohol, sin quedar acreditado quién manipulaba el globo y el líquido inflamable, y quien controlaba la garrafa que lo contenía, se inflamó aquél sin que conste el modo, y la niña Laura de cinco años sufrió quemaduras graves con importantes secuelas.

**Concurrencia de causas.**—Aunque la sentencia recurrida habla de compensación de culpas, ello es impensable en relación con la lesionada de cinco años de edad, debiendo entenderse en el sentido de concurrencia de causas, basando su ponderación en la actuación del Colegio y de los padres de la niña, que concurren a la producción del hecho y minoran la indemnización.

**Indemnización de daño moral.**—El daño moral afecta a intereses espirituales del ser humano que son atacados, y puede ser directo, o, más frecuentemente, indirecto que es el sufrido a consecuencia de un daño personal; así el atentado a la integridad física no sólo produce daños directamente sino también un indudable daño moral, el *pretium doloris* que debe ser resarcido; y no cabe mantener que la indemnización no puede saciar los sentimientos del dolor —lo que es cierto—, por lo que no cabe indemnizar —lo que no es cierto—, sino que la indemnización valora económicamente y, sin duda, parcialmente, este daño moral que la doctrina alemana denomina *Schmerzugeld*, o *dinero del dolor*.

**Responsabilidad concurrente de la Asociación de Padres de Alumnos.**—Esta Asociación organizó e intervino directamente en la fiesta de fin de curso en la que se produjeron los daños; equivocadamente la sentencia de instancia la exime de responsabilidad alegando que no puede asumir una responsabilidad objetiva cuando la ley no lo prevé; por el contrario, la asociación como persona jurídica, inspira, organiza y controla, conjuntamente con el Colegio, la fiesta de fin de curso, y si en ella se produce un daño, participa en la obligación de repararlo, y aunque actúa a través de sus miembros, la obligación de reparación es de ella, por su intervención directa en el evento en aplicación del 1902 y no del 1903 CC; así lo declaran las SS antiguas de 16 de junio de 1956, 10 de enero de 1958, 13 de mayo de 1960, 29 de septiembre de 1964, 3 de mayo de 1967 y 3 de julio de 1969, y la más moderna de 29 de abril de 1988.

**Caso fortuito.**—Para apreciar la existencia del caso fortuito es preciso probarlo, y así lo declara la STS de 20 de septiembre de 1989.

**Responsabilidad de la Compañía de seguros: intereses conminatorios del artículo 20 de la Ley del Seguro: incongruencia.**—Los intereses conminatorios del 20 por 100, los impone la sentencia a la Compañía aseguradora, sin que la parte demandante los haya solicitado, por lo cual hay incongruencia, pues según el artículo 20 de la Ley de 1980, no son apreciables de oficio, igual que ocurre con los intereses moratorios. La Ley de 8 de noviembre de 1995 ha redactado nuevamente aquel precepto, pero la reforma no se aplica al caso pues los hechos ocurrieron con anterioridad.

**Riesgo asegurado.**—El siniestro consistente en las lesiones sufridas por la niña alumna del Colegio está cubierto por el riesgo asegurado, en cuanto que el Colegio, es decir, la titular del mismo, es considerada responsable de aquel daño. (STS de 29 de diciembre de 1998; ha lugar en parte.)

NOTA.—Con estimación parcial de dos de los diversos recursos interpuestos, se condena en definitiva y solidariamente al Centro docente y a la Asociación a abonar diez millones de pesetas a los padres de la menor en concepto de daños, y otros veinte en concepto de daño moral causado a aquélla. La responsabilidad solidaria de la Asociación de Padres (absuelta en apelación) parece clara, pues son los organizadores y promotores de la fiesta en cuyo transcurso tiene lugar el lanzamiento de globos; pero todo ello ocurre en las instalaciones del Colegio con acuerdo de su Directora, que, por

tanto, se hace corresponsable. No se explica muy bien la intervención efectiva de los padres de la lesionada en la Asociación, dato que toma en consideración la sentencia para reducir la cuantía indemnizatoria; ya se comprende que no resultaría igual que tales padres sean uno más de los asociados, o que actuaran activamente en la Junta Directiva en la organización de la fiesta y, eventualmente, en el espectáculo que originó el daño. No se describen las lesiones sufridas y las eventuales secuelas en la menor (¿desfiguración? ¿deformidades?); la cuantía de la indemnización es, en todo caso, notable, aunque en la demanda se solicitaba una suma todavía mayor (25 millones de pesetas). (G. G. C.)

**49. Culpa extracontractual: lesiones en accidente de circulación: conductor dependiente del propietario del vehículo: adquisición de la propiedad de vehículos: título y modo: incumplimiento de requisitos administrativos.**—El artículo 247 del Código de la Circulación, que regula la transferencia de vehículos a efectos administrativos, es inaplicable al orden jurídico-civil, en el que la adquisición de un vehículo se rige exclusivamente por la llamada *teoría del título y del modo* en lo relativo a las transmisiones a título oneroso, requiriéndose un contrato con virtualidad traslativa de dominio (título), acompañado o seguido de la entrega o tradición (modo) en cualquiera de sus modalidades. En el caso de autos consta que el vehículo *Renault-5 Turbo* fue adquirido por los demandados en el precio de tres millones y medio de pesetas, para cuyo pago se entregaron dos cheques y un coche usado, entrando los demandados en la posesión de aquél, por lo cual hay que concluir que adquirieron civilmente su propiedad.

**Autorización al empleado: prueba indiciaria: responsabilidad de los propietarios.**—El coche fue conducido en horas nocturnas en que la discoteca —perteneciente también a los propietarios del vehículo— estaba en funcionamiento, conduciéndolo un empleado de éstos, llevándolo desde la entrada de la discoteca en que estaba estacionado a las calles adyacentes, en que se produjo el accidente, sin que se presentara denuncia por utilización indebida del vehículo; de todo ello hay que presumir que el conductor contaba con el beneplácito de los apalantes para conducir el vehículo, lo que conlleva la aplicación del artículo 1903 CC, o bien, de no presumirse la autorización, habría, al menos, una *culpa in vigilando* sobre el coche, preparado para carreras y sin seguro obligatorio, al dejar las llaves del mismo a la disposición de terceros, lo que supondría la aplicación del 1902 CC, de responsabilidad por el hecho propio; no les exime la circunstancia de que, al ocurrir el accidente, los dueños estaban durmiendo, pues es lógico presumir que dejaran como encargados de la discoteca a un empleado de confianza, y éste sería el que entregase las llaves al infortunado conductor, o consintió que las cogiera por sí mismo, e incluso pudo haber sido el encargado el propio conductor que falleció en el accidente; y de haber utilizado sin permiso las llaves del coche, causa extrañeza que los propietarios no hubieran denunciado el hecho para dejar a salvo su responsabilidad. En todo caso, entraña una evidente *culpa in vigilando* el dejar las llaves de un vehículo tan peligroso en un sitio tan poco seguro como la oficina de la discoteca, de donde podían cogerlas cualquiera de los empleados de la misma. (STS de 14 de diciembre de 1998; no ha lugar.)

NOTA.—Las circunstancias concurrentes y la falta de prueba de otras, convierten este caso en trama casi novelesca: podía titularse

*El coche de carreras y la discoteca.* Hay un muerto, el conductor, de quien no se sabe si ha dado origen a indemnización en favor de sus familiares; hay un lesionado grave, el cliente de la discoteca, con incapacidad permanente, que reclama la indemnización a los propietarios, actuales y al anterior, del vehículo, estrellado al poco de arrancar. El vehículo se destinaba a correr en *rallys* y no estaba asegurado; sus propietarios sostienen en el pleito no serlo, y las llaves estaban en un cajón de la discoteca, sin que se haya aclarado quien autorizó su uso o si alguien las sustrajo. La impresión es que el *R-5 Turbo* era una atracción más de la discoteca, cuyo uso se permitía a los clientes (el placer de subir a un coche de carreras) con mayor o menor facilidad, y por decisión de los empleados, hecho consentido o tolerado por los dueños; éstos habrían llegado a un arreglo extrajudicial con los parientes del conductor fallecido (¿acaso ha podido calificarse de accidente de trabajo *in itinere?*), que se llevó a la tumba el secreto del accidente; la falta de seguro de accidentes explica la conducta remolona de los propietarios en este proceso. Los argumentos para fundamentar el rechazo del recurso son plenamente aceptables, así como muy razonable la aplicación de la prueba indiciaria. La razón fundamental de la condena de los propietarios radica en su evidente culpa *in vigilando*. (G. G. C.)

**50. Culpa extracontractual: responsabilidad médica: secuelas de intervenciones prostáticas: actuación correcta del cirujano.**—Se declara en la sentencia recurrida que la indicación quirúrgica era adecuada, la técnica empleada correcta, no habiéndose probado la existencia de conexión física entre la actuación médica y los problemas de impotencia e incontinencia, que pueden producirse, como propios de tales enfermedades e intervenciones, aun siendo realizadas perfectamente, procediendo rechazar el recurso interpuesto por el enfermo.

**Deber de información sobre los riesgos de la intervención: riesgos atípicos.**—Entre los deberes que pesan sobre el médico, la STS de 25 de abril de 1994 incluye la de informar al paciente, o a sus familiares, siempre que ello sea posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento puede normalmente esperarse, de los riesgos que pueden derivarse, especialmente si es quirúrgico, y si los medios en el lugar donde se aplica el tratamiento son insuficientes, debe hacerse constar tal circunstancia; el incumplimiento de este deber obliga a indemnizar los daños y perjuicios; la carga de la prueba del cumplimiento de este deber de información recae sobre el profesional de la medicina, si bien en este caso la intervención quirúrgica ocurrió en 1975 cuando no habían sido promulgados el Decreto de 25 de agosto de 1978, la LGDCU de 1984 y la Ley de Sanidad de 1986. Sólo cabe invocar la Orden de 7 de julio de 1972 que otorgaba a los enfermos el derecho a ser advertidos del estado de gravedad, y el de autorizar, por sí o por sus allegados, las intervenciones quirúrgicas o actuaciones terapéuticas que implicaran riesgo notorio previsible; por otra parte, la demanda se interpone quince años más tarde, lo que acrecienta, si cabe, las dificultades de prueba para el cirujano de un hecho no sujeto a ningún requisito formal. Ahora bien, dado que la impotencia *coeundi* y la incontinencia urinaria no pueden considerarse riesgos típicos cubiertos por el deber de información, sino atípicos por imprevisibles e infrecuentes, no cabe concluir



que el cirujano haya incumplido el referido deber. (STS de 28 de diciembre de 1998; no ha lugar.) (G. G. C.)

**51. Culpa extracontractual: responsabilidad del anestesista: secuela de tetraplejía espástica.**—La responsabilidad civil de los anestelistas se exige cuando éstos no son rigurosos en la observancia y aplicación de las reglas y técnicas de esta especialidad médica, cuya funcionalidad no es la directa curación del enfermo, sino la de facilitar medios y propiciar estados insensibles al dolor para propiciar la realización de actividades de diagnóstico, quirúrgicas y terapéuticas, lo que necesariamente impone la máxima atención y concentración en la aplicación del acto anestésico de los estándares que tienen como objetivo su seguridad y éxito, y entre éstos resulta imprescindible en todo momento la oxigenación, ventilación y circulación del paciente.

**Culpa virtual.**—El acusado y alarmante descenso de la tensión de la enferma quedó determinado, acreditando un actuar que encaja en el reproche culpabilístico como culpa virtual, en razón a la desproporción de resultados, debidos a la probada negligencia del recurrente y desatención en cuanto a la correcta intubación de aquélla, así como del control de su respiración asistida que exigía constante seguimiento, dado que el riesgo anestésico es muy alto, hasta alcanzar situación satisfactoria; esta actividad profesional imponía, al aplicar las técnicas de la anestesiología, evitar toda falta de oxigenación al cerebro, que es lo que sucedió, y hace presencial la causa eficiente del resultado dañoso para la salud.

**Quantum indemnizatorio: lucro cesante.**—Resultado probado que la perjudicada realizaba por su cuenta trabajos de tapicería, lo que no puede ejecutar ahora ni en lo sucesivo, dado el estado físico de inutilidad total que le afecta; el Tribunal de instancia se encontró con bases inciertas para precisar la cuantía dineraria, por no estar dada de alta en el IAE y no haber aportado declaración de renta a la Hacienda, con lo que rebajó la cuantía otorgada en primera instancia que fue de quince millones de pesetas, fijándola en cinco millones de pesetas; la jurisprudencia reitera, ante supuestos similares en que fatalmente resultan daños y su autor responsable aparece debidamente identificado, que no es preciso acreditar la realidad cuantitativa del lucro cesante que derive directamente del actuar culpable del otro, ya que no es de justicia efectiva que estas situaciones queden impunes y libres de toda indemnización, al conformar *in re ipsa* el propio perjuicio, y la prueba la viene a constituir la situación negativa y dañosa provocada e impuesta, tanto por vía contractual como extracontractual.

**Gastos asistenciales.**—El recurso impugna la cuantía de gastos asistenciales fijada en algo más de setenta y seis millones de pesetas, invocando la Ley de 1995, pero esta norma no estaba en vigor al tiempo de ocurrir los hechos, pretendiendo, en realidad sustituir la suma por una renta vitalicia, lo que constituye cuestión nueva; tampoco hay enriquecimiento injusto pues el artículo 1902 CC es imperativo en cuanto obliga al culpable a reparar el daño causado.

**Pago de intereses del artículo 921 LEC.**—Los intereses se devengan cuando se condena al pago de una cantidad líquida, desde la fecha de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, y en los casos de revocación parcial el Tribunal *a quo* está facultado para resolver conforme a su prudente arbi-

trio, razonándolo al efecto, lo que aquí no ha ocurrido. (STS de 12 de diciembre de 1998; ha lugar en parte.) (G. G. C.)

**52. Culpa extracontractual: responsabilidad médica; doctrina general: fallecimiento por tétanos postquirúrgico.**—Los médicos han sido absueltos en la instancia porque no consta la infracción por ellos de la técnica que era exigible en la aplicación de medidas profilácticas para el acto de que se trataba, extirpación de unos juanetes; en efecto, es doctrina reiterada, que recuerda la STS de 13 de octubre de 1997, que la naturaleza de la obligación del médico, tanto si procede de contrato de prestación de servicios, como si deriva de una relación extracontractual, es obligación de actividad o de medios, y no de resultado.

**Responsabilidad del centro hospitalario y de la entidad aseguradora: doctrina del daño desproporcionado.**—La imputación a título de culpa está referida a la entidad titular del centro asegurado, por el mal cumplimiento de la prestación de tener el espacio, el instrumental y el material a utilizar en el estado que sea preciso para evitar infecciones; para lo cual se acude a la doctrina del daño desproporcionado del que se desprende la culpabilidad del autor, que corresponde a la regla *res ipsa loquitur* que se refiere a una evidencia que crea una deducción de negligencia, y ha sido tratada profusamente por la doctrina angloamericana, y también por la alemana (regla del *Anscheinbeweis, o apariencia de prueba*), y asimismo por la doctrina francesa de la *faute virtuelle*; lo que requiere que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, que dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera de la acción del demandado aunque no se conozca el detalle exacto, y que el mismo no sea causado por una conducta o una acción que corresponda a la esfera de la propia víctima; doctrina coincidente con la mantenida en STS de 1 de julio de 1997, también por infección postoperatoria.

**Violación de la LGDCU.**—La responsabilidad por la prestación de servicios sanitarios es de carácter objetivo, e incluye la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y suponen controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, que deben impedir por regla general las infecciones subsiguientes a una intervención quirúrgica adquiridas en el medio hospitalario, o su reactivación en el mismo medio; cuando estos controles fallan, o por razones atípicas dejan de funcionar, en relación con determinados sujetos, el legislador impone que los riesgos sean asumidos por el propio servicio sanitario en forma externa de responsabilidad objetiva.

**Costas: estimación parcial.**—Cuando la estimación de la demanda es parcial no procede la imposición de las costas a menos que algún litigante hubiera incurrido en temeridad, lo que se prueba en este caso, originando la estimación parcial del recurso. (STS de 9 de diciembre de 1998; ha lugar en parte.) (G. G. C.)

## DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

**53. No son gastos necesarios las rentas del arrendamiento del local en donde se encuentra una maquinaria, cuya posesión fue retenida indebidamente.**—Por gastos necesarios, a efectos del párrafo primero del artículo

lo 453 CC (que es el único que aquí se invoca como supuestamente infringido), según la propia jurisprudencia que invoca la recurrente en el encabezamiento del motivo, han de entenderse las impensas realizadas para la conservación de la cosa y que resulten imprescindibles de forma tal que de no haberlas llevado a cabo la cosa habría dejado de existir o desmerecido, calificación que no corresponde a la renta que la entidad actora, aquí recurrente, tuvo que pagar por el arrendamiento del local, pues dicho pago hubo de hacerlo, no porque la maquinaria estuviera allí ubicada o depositada, sino simplemente porque era la arrendataria de dicho local, con plena y total independencia de que la maquinaria hubiera estado o no allí depositada, sin que haya probado que la continuación en dicho arrendamiento fuera debida a la existencia allí de la repetida maquinaria, la cual, por otro lado, ni habría dejado de existir, ni se habría deteriorado siquiera, si la actora, aquí recurrente (arrendataria de dicho local) hubiera dejado de abonar la renta correspondiente, aparte de que la permanencia de la maquinaria en dicho local (adquirida en subasta por la entidad demandada) fue debida única y exclusivamente, según declara probado la sentencia recurrida y aquí ha de mantenerse incólume, a la activa resistencia que la propia entidad actora, aquí recurrente (arrendataria del local y anterior propietaria de tal maquinaria) opuso a que fuera retirada del mismo, y no a la voluntad de la adquirente de la misma (en subasta), como lo evidencia el hecho de que para que ésta pudiera, por fin, retirarla del repetido local hubo de intervenir la fuerza pública, a requerimiento del Juzgado que conocía del procedimiento en que se celebró la subasta. (STS de 26 de diciembre de 1998; no ha lugar.)

**HECHOS.**—La demandada se adjudicó una maquinaria en subasta instada en un procedimiento laboral. El anterior propietario y poseedor de las máquinas arrendó después un local de negocio para editar un periódico, y colocó en uno de sus espacios la maquinaria adjudicada. Durante año y medio, el poseedor obstaculizó la entrega al adjudicatario, hasta que la maquinaria fue retirada a instancias del Juzgado que conoció de la subasta, auxiliado por la fuerza pública. El anterior poseedor demandó al adjudicatario, en reclamación de los gastos de alquiler del local, por considerar que eran gastos necesarios de la posesión de la maquinaria. El Juzgado de Primera Instancia, la Audiencia Provincial y el TS desestimaron la demanda. (L. F. R. S.)

**54. Jurisprudencia sobre la alegación del artículo 1.214 CC como base de un motivo casacional.**—El motivo ha de desestimarse necesariamente en cuanto a la infracción del artículo 1214 CC, pues olvida la reiterada, constante e ininterrumpida doctrina de esta Sala según la cual el artículo 1214 CC, por su generalidad e inconcreción, no puede servir de base a un motivo casacional, salvo cuando la sentencia recurrida haya hecho caso omiso del *onus probandi* que en él se preceptúa, atribuyendo a una parte las consecuencias de la falta de prueba de lo que, en atención a la regla, debió serlo por la contraria, y nunca se infringe cuando se resuelve de acuerdo con el material probatorio aportado (SS de 20 de febrero y 14 de mayo de 1990, 16 de junio de 1995 y 27 de febrero de 1997, entre otras muchas).

**Posibilidad de que el TS pueda revisar los conceptos jurídicos indeterminados.**—La Audiencia considera que en el caso litigioso concurren todos en favor del Ayuntamiento demandado desde 1918, pero esta Sala

puede revisar ese criterio, pues se trata de conceptos jurídicos indeterminados (como la culpa, la buena fe, el dolo, etc.), no de cuestiones de mero hecho. Una cosa es el hecho de la posesión, y otra es la calificación que merezca a efectos de aplicar la normativa sobre la usucapión. No se está entonces ante un mero hecho, sino ante una conceptualización de un determinado hecho, lo cual es materia susceptible de juicio casacional al amparo del artículo 1692.4 LEC. También lo es el establecimiento del hecho de la posesión, pero para ello ha de demostrarse el error de derecho que la Audiencia pudiera haber cometido en la valoración, mientras que en el supuesto anterior, la infracción de norma de carácter sustantivo, no de norma referente a la valoración de las pruebas según su naturaleza.

**Las rectificaciones catastrales no prueba la posesión continuada en concepto de dueño.**—No bastaría un solo acto, sino una posesión continuada durante todo el plazo que ha de transcurrir para que se produzca la usucapión, y no hay pruebas en autos, ni la Audiencia dice lo contrario, más que desde el año 1972, en que el Ayuntamiento comienza a ocuparse del abandonado castillo realizando diversas obras de acondicionamiento, pues la rectificación catastral de 1918 en ningún caso lleva en sí misma presunción de que se continua poseyendo en concepto de dueño. No hay precepto legal alguno que pueda fundamentarlo; el Catastro afecta sólo a datos físicos de la finca (descripción, linderos, contenido, etc.) nada más, no sienta ninguna presunción de posesión dominical en favor del que en él aparece propietario. Si las certificaciones catastrales no prueban la propiedad, no pasan de ser meros indicios que necesitan conjugarse con otros medios probatorios (SS de esta Sala de 16 de noviembre de 1988 y 2 de marzo de 1996, y las que en ella se citan), con más razón no pueden ser tampoco por sí mismas prueba de una posesión a título de dueño.

**La jurisdicción civil no es competente para declarar la nulidad de un acto administrativo.**—La sentencia recurrida considera que tal acuerdo es una renuncia a la prescripción ganada, y como equivalente a una enajenación lo estima nulo por no reunir los requisitos exigidos en la legislación administrativa local para que la Corporación enajenase sus bienes. Incide así en una clara extralimitación de la jurisdicción civil, apreciable de oficio, porque la contencioso-administrativa es la única competente para conocer del tema.

**La partición sirve de título para ejercitar la acción reivindicatoria.**—El artículo 609 CC establece que la sucesión *mortis causa* es un modo de adquisición de la propiedad, luego el castillo era propiedad de la madre de los demandantes por título sucesorio. Por otra parte, el artículo 1068 CC dice que la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados. En consecuencia, perteneciendo el castillo en propiedad a la causante de los actores por título sucesorio, existiendo una partición de su herencia en la que se atribuye la propiedad del castillo a los actores, y no habiéndose reconvenido en este pleito solicitando la nulidad e ineficacia de aquella partición, los actores tienen título para ejercitar la acción reivindicatoria del castillo contra el Ayuntamiento de Mula, que lo detenta.

**La ocupación requiere que la cosa ocupada no tenga dueño y no sirve para fundamentar la usucapión ordinaria.**—El Ayuntamiento presuntamente ocupante sabía que el castillo tenía sus dueños (Acuerdo del Pleno de 4 de noviembre de 1965), por lo que mal puede hablarse de ocupación, que requiere que la cosa ocupada no lo tenga, y mal se puede traer a colación un

título originario de adquisición como es la ocupación, para fundamentar en él una usucapión ordinaria. La usucapión aludida purga de vicios el justo título en que se apoya, y si hay ocupación, no hay vicio alguno que purgar por esa vía. (STS de 2 de diciembre de 1998; ha lugar.)

**HECHOS.**—El demandante, actuando por sí y en nombre de sus hermanos, demandó al Excmo. Ayuntamiento de Mula, alegando que él y sus ocho hermanos eran propietarios indivisos de un anti-quísimo castillo, sito en Mula, por herencia de su madre. La causante de los actores lo inscribió a su nombre en el Registro de la Propiedad en 1942, mediante su reconstitución, por haber sido incendiado durante la guerra civil 1936-1939. El Ayuntamiento demandado alegó que poseía el castillo desde 1918, fecha en que reclamó ante el Catastro figurar como propietario, y que desde entonces había venido poseyendo ininterrumpidamente. Documento decisivo fue el acuerdo tomado por el Pleno del Ayuntamiento en 1965, por el que se proponía tomar la decisión de comprar el castillo. A partir de 1972 existió abundante prueba de actos posesorios dominicales por parte del Ayuntamiento. Los demandantes iniciaron la preceptiva reclamación administrativa previa en 1992, seguida en ese mismo año de la demanda por la que se interponía la acción reivindicatoria. El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda, pero la Audiencia Provincial revocó la sentencia, por estimar que se había producido usucapión extraordinaria en favor del Ayuntamiento. El TS dio lugar al recurso y resolvió admitir la acción reivindicatoria. (L. F. R. S.)

**55. Diferencias entre la acción reivindicatoria y la tercería de dominio.**—Aunque la antigua jurisprudencia equiparó prácticamente a la acción reivindicatoria la demanda de tercería de dominio, la moderna ha modulado tal criterio (SSTS de 24 de julio de 1992 y 31 de mayo de 1993 y las que cita). Ciertamente que en ocasiones cuando el demandante, tercerista, no posee, y sí los demandados ejecutantes y ejecutados, y aquél demuestra su título legítimo de propiedad, la tercería produce el mismo efecto que la reivindicación, pero cuando falle algún requisito (por ejemplo, posesión en los demandados), puede también ser estimada la tercería sin que se produzca la reivindicación, y puede haber supuestos en que la paralización de la ejecución sea el único y fundamental efecto, común a todos los supuestos de estimación de la acción, porque la verdadera naturaleza procesal de la acción es la de un proceso incidental tendente a paralizar la acción, dejando en algunos casos para juicio declarativo posterior la determinación de los verdaderos propietarios.

**El embargo no crea derecho real sobre los bienes en los que recae.**—El embargo de bienes no altera la naturaleza de los créditos (STS de 23 de abril de 1992) que dicha traba trata de asegurar, si el embargo es cautelares, o de transformar en dinero para satisfacción del crédito que originó la ejecución. No crea derecho real alguno sobre los bienes y simplemente determina que el derecho cuya satisfacción persigue el embargo, tiene preferencia sobre los derechos que nazcan con posterioridad.

**Desestimación de todos los pedimentos de la demanda que rebasan el objeto de la tercería.**—Aplicar estos criterios legales y jurisprudenciales, que son coincidentes, al caso de autos, exige tener en cuenta el contenido del suplico de la demanda de tercería, origen de este recurso, y anticipar que si

alguno de los motivos de casación formulados por la recurrente, es admitido, y se casa la sentencia, la que dicte esta Sala no podrá contener otra declaración que la desestimatoria y no cualquiera respecto de las peticiones en las que se solicita «la inscripción libre de embargo de los títulos dominicales que corresponden a los actores», «la cancelación de las inscripciones o anotaciones registrales que contradigan el derecho de los actores». «La condena a los demandados solidariamente a indemnizar a los actores por los daños y perjuicios causados y que se causen por la falta de inscripción del dominio y la consecuencia de verse afectados por la anotación registral que motiva la tercería». Todas estas peticiones rebasan los límites del objeto de la tercería.

**Admisión de la tercería de dominio, cualquiera que fuera el resultado del juicio instado sobre nulidad de alteración de coeficientes de los copropietarios en un garaje.**—Los terceristas poseen las plazas adquiridas, unas por documento privado, otras por documento público, de personas que a la sazón tenía poder de disposición sobre las porciones indivisas transmitidas, y con título y tradición, que son medio de adquisición del dominio según el artículo 609 CC, amén de tratarse de fincas que cualquiera que sea el resultado de la declaración de nulidad de las escrituras de alteración de los coeficientes en la comunidad de propietarios, es evidente que hay razón suficiente para, prescindiendo de la excepción de litispendencia que deja imprejuzgada la tercería, entrar a decidir sobre el fondo, con solución que no es otra que la estimatoria, ordenando el levantamiento de los embargos trabados en garantía de un crédito por el constructor del edificio y copropietario, como titular de plazas de garaje, y en consecuencia casarse la sentencia, y dictar la que proceda, según el artículo 1715, prescindiendo del análisis individualizado de los motivos de casación, dado el carácter de orden público que tiene el proceso. (STS de 22 de diciembre de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Los copropietarios de un garaje interpusieron una tercería de dominio contra la sociedad inmobiliaria que vendió las participaciones en dicho local y el acreedor de ésta, que había embargado ese bien. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial rechazaron la tercería por motivos de litispendencia, al estar pendiente de decisión un juicio sobre nulidad de la alteración de los coeficientes de los copropietarios sobre el garaje, unilateralmente realizada por la sociedad inmobiliaria vendedora. El TS admitió el recurso de casación y la tercería de dominio interpuesta. (L. F. R. S.)

**56. Para dividir el terreno no edificado de las urbanizaciones es preciso el acuerdo unánime de los copropietarios.**—La jurisprudencia dominante atribuye a las demasías superficiales la consideración de elemento común de la urbanización. Y esta Sala, con evidente acierto, distingue dos clases de elementos comunes: los esenciales (las cimentaciones, los muros, el solar propio de la edificación ...) y los accidentales. Aquéllos nunca podrán ser objeto de negociación separada y serán inherentes (por cuotas) a los diferentes pisos, locales o chalets.

Por el contrario, los elementos comunes accidentales podrán acceder a los circuitos de la libre negociación y al posible reparto entre los diferentes propietarios por la voluntad de los mismos. Como dicen las SS de 12 de noviembre de 1969, 27 de abril de 1976, 6 de junio de 1979 y 5 de junio

de 1989, para ello se requiere que la comunidad acuerde por unanimidad su desafectación.

Así las cosas al no haberse cumplido entre partes dicha exigencia insoslayable y aun reconociendo la seriedad de las argumentaciones del recurrente, debe rechazarse la procedencia de la casación, imponiéndole las costas y la pérdida del depósito constituido. (STS de 26 de enero de 1999; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Los demandantes ejercitaron acción de división sobre los terrenos no construidos de una urbanización, alegando que no es aplicable por analogía el régimen de la propiedad horizontal. El Juzgado de Primera Instancia admitió la demanda, pero la Audiencia Provincial y el TS la desestimaron. Este último órgano jurisdiccional resaltó el dato de que la urbanización se había constituido en régimen de propiedad horizontal y que en este modelo, para desafectar los bienes comunes accidentales, es preciso contar con el acuerdo unánime de los copropietarios, requisito que no se cumple en el supuesto de hecho enjuiciado. (L. F. R. S.)

**57. No cabe aplicar el artículo 37 LPI en el caso de reproducción de un cartel en forma de sello.**—La poco clara construcción del motivo hace difícilmente captable la intención que lo guía: si poner de relieve que la reproducción del originario cartel estaba autorizada para reproducciones posteriores por cualquier medio, en cuyo caso nada tienen que ver dos preceptos que se dicen infringidos, o bien pretender la aplicación del artículo 37 de la Ley, que tampoco puede prosperar, pues la Administración Postal no es en sí misma de los establecimientos que específicamente señala el precepto, ni la reproducción se ha realizado «exclusivamente para fines de investigación». Por supuesto, en la sentencia recurrida no aparece esa confusión entre «divulgación» y «reproducción» de la obra.

**Corresponde a la Administración probar que tenía autorización del autor para reproducir la obra.**—Uno de los aspectos esenciales de este pleito es, desde luego, si la reproducción estaba autorizada por el actor. En el motivo se alude a un contrato que celebró con la Dirección General de Bellas Artes para el primer cartel. Ciertamente que no se ha traído a los autos, pero es a la Administración a la que correspondía probar que tenía autorización para posteriores reproducciones y las formas de realizarla, de acuerdo con el artículo 1214 CC, como hecho impeditivo o extintivo de la acción, que el actor la base en el hecho negativo de la falta de autorización.

**Aplicación a la propiedad intelectual de la presunción de libertad de cargas.**—Además, no hay razón para no aplicar a la propiedad intelectual la doctrina jurisprudencial según la cual la propiedad se presume libre de cargas o limitaciones (SS de 14 de mayo de 1992, 23 de junio de 1995 y 14 de octubre de 1996, entre otras). La concesión de un derecho de reproducción incondicionado y sin plazo no hay duda que limita el contenido del autor del cartel litigioso, por lo que debía ser probada su existencia por la Administración demandada.

**Alteración de la obra original por omisión y adición.**—Basta con comparar el cartel original y el sello para comprobar que en éste se ha omitido por completo el apellido de su autor, que en letras no pequeñas figuraba en aquél, con cuyo apellido se quiso identificar como tal autor. El sello, reproducción alterada (como se verá en el siguiente motivo) del cartel, se hace a los treinta y ocho años de distancia de su publicación y divulgación, por lo

que es razonable y legítimo que el actor, hoy recurrido, quiera que se conozca públicamente la autoría, por la difusión nacional e internacional del efecto postal. La Administración demandada, por otra parte, ni siquiera ha probado la imposibilidad de reproducción del apellido, ni la imposibilidad de utilizar cualquier otro metido (*sic*) de identificación, ni la inutilidad de que aparezca en el sello por ser nacional e internacionalmente famoso su autor, de modo que la visión del sello se asocie inmediatamente con él, a pesar de haber transcurrido tanto tiempo desde el anuncio del primer festival.

**El añadido de una capilla altera la concepción artística que tuvo el autor.**—La Administración demandada ha efectuado una alteración en el cartel que reproduce, consistente en añadir al conjunto una capilla rematada por un crucero donde nada figuraba. Es claro que ello, aunque no quite belleza a la que irradia de la obra original, altera la concepción artística que tuvo el autor, por lo que no se ve por parte alguna que no se hayan atacado intereses legítimos suyos siempre respetables. Tampoco es atendible la aplicación analógica que se pretende porque el medio no exige en absoluto tamaño añadido, ni se ha demostrado que el autor haya cedido nada. Estamos ante una reproducción de una bella obra original sin su consentimiento y, además, alterada o modificada, así de simple. (STS de 15 de diciembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—El autor de un cartel contrató en 1952 con la Dirección General de Bellas Artes la divulgación de su obra. En 1988, el Estado reprodujo como sello el cartel mencionado, sin consentimiento del autor. Además, alteró la obra, pues eliminó del cartel el apellido del autor e introdujo una capilla. El autor reclamó, solicitando una indemnización por daños y perjuicios morales. El Juzgado de Primera Instancia, la Audiencia Provincial y el TS admitieron la demanda. (L. F. R. S.)

**58. Carecen de interés para realizar el recurso de casación los codemandados que fueron absueltos en la instancia.**—*Ab initio*, la Sala que juzga, tiene que anticipar la improcedente formalización del recurso de casación por los codemandados citados al margen de doña Catalina M. M., por cuanto que, fue ésta la únicamente condenada, y que todos ellos fueron absueltos en la sentencia dictada por la repetida Audiencia, al resolver el recurso de apelación, por lo cual, es obvio, carecen de interés para mantener el presente recurso, lo que, deriva que, al formalizarlo conjuntamente con citada codemandada, sólo deberá ser contemplado en lo que afecte precisamente a esta parte condenada.

**La vulneración de la disciplina de la abstención no es vicio relevante para decretar la nulidad de actuaciones.**—Sin perjuicio de que se constate esa vulneración de la disciplina de la abstención (en la idea de que el Acuerdo de la Audiencia de 4 de junio de 1993 —f. 109 autos 1.ª Instancia—, de no estimar dicha abstención, se dictó tras haber transcurrido el plazo imperativo de los cinco días que previene el artículo 222.1.º, y que determinó la correcta resolución de la titular así abstenida, al apartarse definitivamente del asunto según Providencia de 3 de mayo de 1993 —f. 91 autos—) no parece adecuado que sea el vicio relevante para, incluso, por razones de economía procesal, se tenga que decretar la nulidad, y retrotraer las actuaciones al momento en que se produjo la susodicha irregularidad, porque, además, de no haberse reproducido ese particular ni en el escrito de resumen de pruebas —f. 272— ni, sobre



todo, en la vista de la apelación de 8 de junio de 1994, razón por la cual la Sala *a quo* no compulsó dicha incidencia, no se atisba indefensión alguna en razón a que la probidad judicial en su proyección al caso litigioso no se devalúa por diferir la titular del órgano que resolvió en la instancia, por lo cual, procede rechazar el motivo.

**La opción de compra de cosa ajena concedida por la usufructuaria de una finca es anulable y no puede ser impugnada por quien provocó el defecto.**—Como principio la usufructuaria no está facultada para conceder una opción de compra, esto es, la adquisición dominical del bien que es objeto del arrendamiento, porque no le pertenece, sin embargo, se razona, para descartar la nulidad radical y apreciar la anulabilidad en el caso de autos, en el FJ 3.º de la recurrida, que el contrato suscrito no estaba viciado de nulidad radical, sino simplemente anulable, y deviene nulo, solamente al no haber adquirido la propiedad que se comprometió a vender la optataria, lo que hace imposible su cumplimiento por parte de la misma; que por tanto, esa opción es por completo ineficaz respecto a los demandados no propietarios, por lo que debe ser anulada de acuerdo con lo previsto en el artículo 1300 CC; o lo que es igual, que habida cuenta que la ejecutoriedad de ese contrato de opción, sería un evento de futuro, nada obsta que mientras transcurre el tiempo desde que se constituyó el contrato hasta que se ejercite, en su caso, la opción, pudiera perfectamente, haber devenido en propietaria la usufructuaria arrendadora, lo cual aboca, en la inicial validez del contrato de arrendamiento y, la opción adosada sin perjuicio de ser luego, objeto del reajuste, tras lo que acontezca, en cuanto a la supuesta cualidad dominical de la arrendadora, aparte todo ello, en que no es posible instar cualquier clase de nulidad de un contrato con base en una carencia o vicio precisamente provocado por la misma parte que postula dicha nulidad, esto es, la usufructuaria-arrendadora y hoy recurrente conforme a la sanción prevista en el artículo 1302 CC. (STS de 30 de diciembre de 1998; no ha lugar.)

**HECHOS.**—La usufructuaria de una finca concedió una opción de compra a los arrendatarios de la misma, sin contar con el consentimiento de los propietarios. Los arrendatarios demandaron a la usufructuaria y propietarios ejercitando su derecho de opción, solicitando subsidiariamente, para el caso de que no se accediera a su petición principal, que se le indemnizara por los daños ocasionados por el incumplimiento de dicha opción. El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda, pero la Audiencia Provincial y el TS la admitieron parcialmente, condenando a la usufructuaria a indemnizar los gastos de mejora realizados por los arrendatarios. (L. F. R. S.)

**59. El artículo 10 de la Ley de Regulación del Mercado Hipotecario. Cuestión nueva.**—No procede en casación introducir una cuestión nueva, como en el caso se pretende al invocar el artículo 10 LRMH, porque se incurriría en indefensión de la parte recurrida, que no tendría ya ocasión de demostrar el fraude al que dicho precepto se refiere. *Obiter dicta*, se afirma que el artículo 10 citado establece una excepción al principio de nulidad absoluta del artículo 878.II CCO, lo que no implica que deje por ello de aplicarse el artículo 880.4.º del mismo texto legal, «máxime si, como en el caso, se reconoce la deuda por el deudor, pero no se justifica íntegramente su origen y cuantía». (STS de 22 de enero de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Declarada la quiebra de don J. P. J. por auto de 11 de abril de 1991 y fijada la fecha de retroacción al 27 de febrero de 1988, el depositario de la quiebra impugna una hipoteca constituida por el quebrado en favor de una entidad de crédito el 8 de febrero de 1989 en virtud de deuda anterior. En primera instancia se declara la nulidad de la hipoteca y de las actuaciones realizadas conforme a la misma. La Audiencia confirma la anterior. En casación, se alega por la parte recurrente la infracción por inaplicación del artículo 10 de la LRMH. (C. J. D.)

## DERECHO DE FAMILIA

**60. Durante la vigencia de la comunidad postganancial no se aplica el artículo 1384 CC.**—Recaída sentencia firme de separación matrimonial, se produce la disolución de la sociedad de gananciales de manera automática y por ministerio de la ley, según se desprende del artículo 1392 CC, cuando preceptúa que la sociedad de gananciales concluirá «de pleno derecho». Una vez producida, en la forma dicha, la expresada disolución, los bienes que, hasta entonces, habían tenido el carácter de gananciales, pasan a integrar (hasta que se realice la correspondiente liquidación) una comunidad de bienes postmatrimonial o de naturaleza especial, que ya deja de regirse, en cuanto a la administración y disposición de los bienes que la integran, por las normas propias de la sociedad de gananciales. Sobre la totalidad de los bienes integrantes de esa comunidad postmatrimonial ambos cónyuges (o, en su caso, el supérstite y los herederos del premuerto) ostentan una titularidad común, que no permite que cada uno de los cónyuges, por sí solo, pueda disponer aisladamente de los bienes concretos integrantes de la misma, estando viciado de nulidad radical el acto dispositivo así realizado. Si durante la vigencia de la sociedad de gananciales (constante el matrimonio) el cónyuge a cuyo nombre figuraran o en cuyo poder se encontraran unos títulos valores podía, por sí sólo, disponer de los mismos (no obstante su naturaleza ganancial), por así facultarlo el artículo 1384 CC, una vez disuelta *ope legis* la sociedad de gananciales, como consecuencia de la sentencia firme de separación matrimonial (núm. 3.º del art. 1392 CC), ya desaparece o se extingue dicha facultad, al no continuar tales bienes sometidos ya (en cuanto a su administración y disposición) a las normas reguladores de la sociedad de gananciales, por lo que la disposición de tales títulos valores (como la de cualquier otro bien originariamente ganancial) habrá de realizarse conjuntamente por ambos cónyuges, estando tal acto dispositivo viciado de nulidad radical, si lo realiza uno solo de los cónyuges, como ocurrió en el presente supuesto litigioso, en que, habiéndose decretado por sentencia firme de fecha 22 de marzo de 1990 la separación matrimonial de los cónyuges don José Manuel P. G. y doña María de las Nieves A. M., después de ello (concretamente el día 16 de octubre de 1990) el esposo don José Manuel P. G., por sí sólo, vendió las doscientas ocho acciones de la entidad mercantil *Plaza de España, Estación de Servicio, S. A.* (que eran gananciales), cuyo acto dispositivo, volvemos a decir, es radicalmente nulo, ya que para la realización del mismo era imprescindible el consentimiento también de la esposa (separada) doña María de las Nieves A. M., sin que quepa aducir la buena fe de la sociedad compradora de las referidas acciones, ya que dicha sociedad, de carácter

eminentemente familiar (formada solamente por cuatro socios, tres de ellos unidos por vínculos familiares al esposo don José Manuel P. G., y el cuarto fue el que representó a la sociedad en la compraventa aquí impugnada) conocía plenamente la situación conflictiva de los cónyuges don José Manuel P. G. y doña María de las Nieves A. M., la separación provisional de los mismos, decretada judicialmente, la existencia del proceso de separación matrimonial entre ellos y la oposición de la esposa doña María de las Nieves A. M. a que se llevara a efecto, por su esposo, la venta de las referidas acciones. (STS de 31 de diciembre de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Después de la firmeza de la sentencia que decretaba su separación matrimonial, el marido vendió acciones nominativas a una sociedad, formada en su mayor parte por familiares del vendedor. La esposa demandó a su marido y a la compradora, solicitando la declaración de nulidad del contrato de compraventa, por tener carácter común las acciones vendidas. El TS admitió el recurso de casación y confirmó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, declarando la nulidad del contrato de compraventa, al estimar que el artículo 1384 CC no está vigente después de la disolución de la sociedad de gananciales y en todo acto de disposición de bienes comunes se precisa el consentimiento de los copartícipes. De todos modos, la sentencia deja entrever que podría seguir aplicándose el precepto mencionado si los compradores hubieran tenido buena fe, por ignorar que la sociedad de gananciales estaba disuelta. (*M. C. B.*)

**61. La opción concedida en el artículo 1373 CC en caso de embargo de bienes gananciales por deudas propias de un cónyuge puede ejercitarse en un incidente en el proceso de ejecución.**—La aplicación en el proceso de esta opción que concede al cónyuge no deudor el artículo 1373 CC parte de la situación de derecho material: estando ante una deuda propia de un cónyuge, sin responsabilidad para la comunidad de gananciales y que no es una carga de ésta, se han embargado bienes gananciales en ejecución de sentencia o en juicio ejecutivo (embargo definitivo o embargo preventivo); cuando el embargo es notificado al cónyuge no deudor y éste ejerce aquella opción, puede hacerlo, como reconoce la S de 29 de octubre de 1984, en incidente en el proceso de ejecución; sin perjuicio de admitirse en ciertos casos, la tercería de dominio, como así entendió la S de 17 de julio de 1997.

**El embargo sobre bienes gananciales por la vía del artículo 1373 CC no comprende las costas procesales.**—Ante una importante obligación de pago por razón de un contrato de fianza, cuyo embargo da pie a la aplicación del artículo 1373 CC es ridículo pretender que el embargo cubre también las costas; éstas, cuando quedan perfectamente tasadas, podrán requerirse de pago y, si preciso fuera, provocar un embargo distinto, pero no se pretenda que el importante embargo para garantizar la obligación principal, sea también para costas e impida la correcta aplicación del artículo 1373 CC.

**El incidente en proceso de ejecución es el procedimiento más adecuado para ejercitar la opción prevista en el artículo 1373 CC.**—El procedimiento que se estima más adecuado es el incidente en proceso de ejecución, que es el seguido en el presente caso. En él no se resuelve nada que esté fuera de la sentencia dictada en el proceso principal, sino que se ejercita la opción que permite el artículo 1373 CC. (STS de 12 de enero de 1999; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Una entidad bancaria promovió un procedimiento de menor cuantía contra un deudor, su hijo y su esposa, solicitando, en primer lugar, la nulidad de un contrato de préstamo y, en segundo lugar, formulando una acción de reclamación de cantidad, pretensión esta última que sólo se ejercitó respecto de los dos primeros demandados, pero no en relación a la tercera. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, declarando expresamente que la deuda era propia o no ganancial, condenando al deudor junto con su hijo al pago de la cantidad reclamada. En ejecución de la sentencia recaída, se embargaron bienes gananciales del deudor y su esposa, a la que se notificó la existencia de la traba efectuada. El cónyuge del deudor promovió un incidente para ejercitar la opción prevista en el artículo 1373 CC, en el sentido de sustituir el embargo de bienes gananciales por el embargo sobre los bienes que se adjudique el deudor, una vez efectuada la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales. El Juzgado de Primera Instancia rechazó la pretensión, pero la Audiencia Territorial y el TS la admitieron, estimando que el incidente en ejecución de sentencia es el procedimiento idóneo para ejercitar la mencionada opción, aunque uno de los magistrados del TS emitió un voto particular, por estimar que el procedimiento idóneo es la tercería de dominio.

**NOTA.**—La solución de considerar idóneo el procedimiento de incidente descarta otras dos posibilidades, la simple comparecencia y la tercería de dominio, que hasta el momento se habían barajado en la práctica y admitido por los Tribunales. La solución del incidente en fase de ejecución tiene la virtud de evitar los problemas de admisibilidad que presenta la tercería de dominio cuando se han embargado bienes gananciales y la ejercita el cónyuge no deudor. Una tendencia jurisprudencial constante, representada últimamente por las SSTS de 29 de abril de 1994, 18 de marzo de 1995, 26 de junio y 8 de julio de 1997, viene rechazando esta tercería de dominio, argumentando que el cónyuge tercerista no tiene la cualidad de tercero. (*M. C. B.*)

**62. Carácter transaccional del convenio regulador de la separación matrimonial.**—El recurrente no combate la posible ineficacia del convenio regulador, ni tampoco dedujo pretensión de su modificación, que autoriza el artículo 90 CC, sino que lo margina, al prescindir por completo del mismo y con ello de la sanción judicial que lo estableció como válido, así como de su eficacia vinculante para las partes, toda vez que opera como una efectiva transacción, en la que no cabe más causas de ineficacia que las enumeradas en el artículo 1817 en relación al 1816 CC (S de 8 de marzo de 1995).

**La omisión del pasivo en la liquidación de la sociedad de gananciales no la priva de eficacia, pues cabe completar y adicionar la partición.**—El hecho de que en el Convenio se haya omitido todo el pasivo no le quita eficacia y se mantiene subsistente, pues lo que procede es que se complete y adicione con lo olvidado (S de 20 de noviembre de 1993), conforme autoriza el artículo 1079 CC, al que remite expresamente el 1410 (*favor partitionis*).

**Amplia libertad formal en la liquidación de la sociedad de gananciales.**—Las operaciones divisorias gananciales no están sometidas a reglas encorsetadas y rígidas, ya que impera una amplia libertad formal, reconocida

por la doctrina jurisprudencial, que opera con plena eficacia cuando se actúa dentro del cauce de la legalidad, como es el caso que nos ocupa.

**Va contra sus propios actos la persona que suscribe el convenio regulador de la separación y posteriormente lo impugna.**—La impugnación planteada viene a contradecir los propios actos del recurrente, constitutivos de estados fáctico-jurídicos, toda vez que contribuyó a la elaboración del convenio y lo aceptó en todas sus consecuencias, al no haber hecho reserva expresa alguna.

**Validez de convenio extrajudicial liquidador del pasivo de la sociedad de gananciales.**—Una vez homologado el convenio —en otro caso carecería de eficacia procesal—, los aspectos patrimoniales no contemplados en el mismo y que sean compatibles, pueden ser objeto de convenios posteriores, que no precisan aprobación judicial, lo que aquí concurre, al haber fijado de conformidad el pasivo pendiente de liquidación, y ningún precepto impide reclamarlo al otro ex-cónyuge que resulte deudor del mismo. (STS de 23 de diciembre de 1998; no ha lugar.)

**HECHOS.**—La actora demandó a su marido, reclamándole una cantidad, en concepto de liquidación del pasivo de la sociedad de gananciales, y otra, en concepto de deuda alimenticia. El demandado se opuso a la demanda, solicitando en reconvención que se procediera a una nueva liquidación de los bienes gananciales. El Juzgado de Primera Instancia admitió parcialmente la demanda condenando al marido al pago de la cantidad reclamada por la esposa en concepto de liquidación de la sociedad de gananciales, y desestimando la reconvención. La Audiencia Provincial y el TS ratificaron esta decisión, dando por válida una liquidación complementaria del pasivo ganancial, efectuada por los cónyuges al margen del convenio regulador de la separación. (M. C. B.)

**63. Carácter procesal de la DA 6.ª de la Ley de 7 de julio de 1981 y del artículo 90, párrafo 2.º, CC.**—La DA 6.ª de la Ley de 7 de julio de 1981 es una norma de carácter procesal, reguladora de un determinado tipo procesal para la tramitación de determinadas causas de separación y divorcio, sin que de ella surjan derechos y deberes de naturaleza civil, por lo que tal norma es inhábil para fundar sobre ella un recurso de casación al amparo del ordinal 4.º del artículo 1692 LEC, es decir, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate; igual reproche cabe hacer respecto a la invocación del artículo 90, párrafo 2.º, CC, que no obstante su inclusión en este Cuerpo legal sustantivo, presenta naturaleza procesal en cuanto va dirigido al Juzgador indicándole los criterios que ha de tener en cuenta para aprobar o no la propuesta de convenio que le ha sido sometida a homologación así como la forma que ha de adoptar la resolución denegatoria de la aprobación.

**Carácter contractual de los convenios reguladores de la separación o divorcio.**—Como tiene reconocido esta Sala (SS de 25 de junio de 1987, 26 de enero de 1993, 24 de abril y 19 de diciembre de 1997), la Ley de 7 de julio de 1981 ha supuesto un amplio reconocimiento de la autonomía privada de los cónyuges para regular los efectos de la separación y el divorcio, con la limitación que resulta de lo indisponible de algunas de las cuestiones afectadas por la separación o el divorcio, cuestiones entre las que no se encuentran las económicas o patrimoniales entre los cónyuges; los convenios así estable-

cidos tienen un carácter contractualista por lo que en ellos han de concurrir los requisitos que, con carácter general, establece el Código civil para toda clase de contratos en el artículo 1261, siendo la aprobación judicial que establece el artículo 90 CC un requisito o *conditio iuris* de eficacia del convenio regulador, no de su validez, y atributivo de fuerza ejecutiva al quedar integrado en la sentencia.

**Validez de los pactos que los cónyuges realicen al margen del convenio regulador de la separación o divorcio.**—Ahora bien, ello no impide que al margen del convenio regulador, los cónyuges establezcan los pactos que estimen convenientes, siempre dentro de los límites de lo disponible, para completar o modificar lo establecido en el convenio aportado con la petición de separación o divorcio, ya se haga de forma simultánea, pero con referencia al convenio, a la suscripción de éste o posteriormente, haya sido aprobado o no el convenio judicialmente; tales acuerdos, que si bien no podrán hacerse valer frente a terceros, son vinculantes para las partes siempre que concurren en ellos los requisitos esenciales para su validez, al haber sido adoptados por los cónyuges en el libre ejercicio de su facultad de autorregulación de las relaciones derivadas de su separación matrimonial, y no concurriendo ninguna de las limitaciones que al principio de libertad de contratación establece el artículo 1255 CC, pues como dice la sentencia de 22 de abril de 1997 «no hay obstáculo para su validez como negocio jurídico, en el que concurrió el consentimiento, el objeto y la causa y no hay ningún motivo de invalidez. No lo hay tampoco para su eficacia, pues si carece de aprobación judicial, ello le ha impedido ser incorporado al proceso y producir eficacia procesal, pero no la pierde como negocio jurídico».

**Los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento de una obligación pecuniaria son los intereses moratorios, por lo que no es procedente incluir otros perjuicios.**—Calificada así de morosa la conducta incumplidora del demandado, las consecuencias indemnizatorias son las establecidas en el artículo 1108 CC, según el cual la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio en el interés legal, y así lo ha establecido desde antiguo la doctrina de esta Sala entre cuyas resoluciones más modernas pueden citarse: S de 23 de enero de 1985, «en supuesto como el que nos ocupa (reclamación de cantidad de dinero, se aclara ahora) y por aplicación del mandato del artículo 1108 CC, la indemnización de daños y perjuicios se transforma en el abono de los intereses legales»; S de 12 de febrero de 1986, «el interés legal del dinero que, como indemnización de daños y perjuicios contempla el artículo 1108 CC a cargo del deudor, está condicionada según la propia norma y en el mismo sentido del artículo 1101 CC a que el obligado haya incurrido en mora, esto es, en un retraso o incumplimiento culpable, cuya existencia y prueba es cuestión de hecho y como tal de apreciación en la instancia»; S de 15 de noviembre de 1989, «es claro que incurrió en mora en el cumplimiento de esa principal obligación contractual lo que hace surgir, a su cargo, la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados por su incumplimiento, indemnización consistente en el abono de los intereses pactados»; S de 12 de marzo de 1991, «los intereses moratorios cumplen una finalidad indemnizatoria de los perjuicios derivados del incumplimiento contractual»; en igual sentido, S de 13 de abril de 1992. Se configuran así los intereses moratorios, a falta de pacto en contrario y para el supuesto de reclamación de cumplimiento de obligaciones dine-

rarias, de acuerdo con los términos del artículo 1108 CC, como una indemnización de carácter tasado que si libera al deudor de la prueba de la cuantía del daño, impide, por otra parte, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial citada y el sentir de la doctrina civilística mayoritaria exigir y probar la existencia de un daño mayor.

**Moderna interpretación jurisprudencial sobre el principio *in illiquidis non fit mora*.**—Interpretando el principio *in illiquidis non fit mora*, la más moderna doctrina jurisprudencial (S de 22 de octubre de 1997 y las en ella citadas) entiende que no es aplicable cuando la obligación dineraria es totalmente líquida y determinada, sin perjuicio de que al apreciarse ciertos hechos, se haya practicado una deducción determinada o determinable, la cual no excluye la compensación por la devaluación monetaria que la duración del proceso en todas las instancias corresponde establecer, por medio de los intereses, a favor del demandante acreedor, y a cargo de la parte demandada deudora. En el caso, la cantidad reclamada era líquida y determinada, sin perjuicio de que se hayan realizado en la misma ciertas deducciones por razón de haberse percibido por la actora una determinada cantidad previamente a la demanda y otra como consecuencia de la ejecución por la vía de apremio de la sentencia de separación habida entre ellos. (STS de 21 de diciembre de 1998; ha lugar.)

**HECHOS.**—La demandante interpuso demanda contra su esposo, reclamando el cumplimiento de una obligación pecuniaria contraída por éste en un documento privado perfeccionado el mismo día en que se suscribió el convenio regulador de la separación matrimonial. También reclamaba la actora la indemnización de los daños y perjuicios producidos por el incumplimiento, entre los que se incluían gastos derivados de avales bancarios. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial estimaron parcialmente la demanda, condenando al demandado al pago de la deuda pecuniaria contraída en el documento privado suscrito y a los daños y perjuicios derivados del incumplimiento. El TS admitió parcialmente el recurso de casación interpuesto por el demandado, en el sentido de considerar que sólo se debía indemnizar como daños y perjuicios los llamados intereses moratorios, excluyendo la indemnización de los perjuicios de otra índole. (M. C. B.)

**64. Acción de reclamación de filiación extramatrimonial. La simple negativa a someterse a las pruebas biológicas, cuando no viene acompañada de otras pruebas, no es suficiente para declarar la paternidad.**—El problema casacional queda circunscrito a la pregunta de si la mera negativa a la prueba biológica es suficiente de por sí para declarar una paternidad no matrimonial. Tal como se recoge en la S de esta Sala de 22 de junio del corriente año 1998, «la mera negativa a someterse a la prueba biológica, cuando no existe en el proceso ninguna otra clase de pruebas, al no constituir una *ficta confessio*, no puede, por sí sola, ser determinante de una declaración de paternidad», pues «constituye un muy valioso indicio probatorio cuando concurren otras pruebas que evidencian la existencia de las relaciones sentimentales o amorosas entre los litigantes y la probabilidad de las relaciones sexuales entre ellos que puedan ser las determinantes de la paternidad reclamada». Y tal doctrina, absolutamente reiterada y constante, informa no sólo las sentencias citadas por la Audiencia y el Juzgado, sino también

las de 12 de diciembre de 1997, 4 y 18 de julio y 10 de octubre de 1996, 8 de mayo, 16 de junio o 7 de octubre de 1995 y aquéllas en las que el recurrente trata de apoyar su motivo (14 de julio de 1998 y 24 de enero de 1989, en las que se contempla, junto a la negativa, la concurrencia de otras pruebas o principio de ellas), por citar solo los últimos años, con la única aclaración de que en todas se daba esa concurrencia de otras pruebas, salvo en la de 18 de julio de 1996, en la que se dice que al no existir prueba de la que inferir la existencia de relaciones sexuales en la época de la concepción del menor, no se puede dar valor y eficacia de confesión a la negativa al sometimiento a las pruebas biológicas. (STS de 4 de diciembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—La actora interpuso demanda de reclamación de filiación extramatrimonial, que fue rechazada por el Juzgado de Primera Instancia, la Audiencia Provincial y el TS. Alegaba la demandada en su recurso de casación que el demandado se había negado a realizar las pruebas biológicas. El TS reiteró la poca consistencia de la prueba practicada sobre las presuntas relaciones mantenidas entre las partes, unido al hecho de que los testigos aportados tenían interés directo en el resultado del litigio. (M. C. B.)

**65. Valor como prueba testifical de la realizada en un proceso de reclamación de filiación extramatrimonial.**—Independientemente del aludido defecto procesal, son de hacer las siguientes consideraciones: *a)* El demandado-actual recurrente, ni en su escrito de contestación a la demanda, ni en ningún otro presentado en la primera instancia y segunda instancia, ha formulado reparo alguno acerca de la inobservancia formal sobre la exigencia de procedibilidad. *b)* Tampoco, formuló ningún reparo o protesta a la proposición de prueba testifical de la contraparte —que se remitió a la «practicada y que obra en autos»— ni respecto a la providencia de tener por admitida y pertinente la misma, ni, siquiera, por vía de invocación de un incidente de nulidad de actuaciones, consideración ésta, que unida a la anterior, autoriza a entender que en el motivo se viene a plantear una cuestión nueva. *c)* el demandado dispuso de la posibilidad de haber propuesto alguna prueba que desvirtuase el testimonio de la información testifical ofrecida en la demanda, incluso, la testifical de aquellos mismos testigos que depusieron, y *d)* el conjunto de preceptos procesales que se citan en el motivo se refieren a la regulación de la prueba de testigos en los juicios declarativos, por lo que no cabe ponerles en relación con el civil 127.2. Las consideraciones que anteceden y las expuestas en el precedente fundamento permiten concluir que el Tribunal *a quo* no incurrió en la infracción denunciada en el motivo examinado, lo que origina su claudicación.

Dado que la fundamentación del motivo radica, substancialmente, en la doctrina mantenida por la STC, de fecha 17 de enero de 1994, resulta conveniente resaltar determinadas orientaciones que de ella se desprenden, como por ejemplo, entre otras, las siguientes: 1) La resolución judicial que ordena llevar a cabo un reconocimiento hematológico no vulnera los derechos del afectado a su intimidad e integridad, no pudiendo considerarse degradante, ni contraria a la dignidad de la persona, ni atentatoria, tampoco, al pudor o recato personal, y no puede constituir *per se* una injerencia prohibida. 2) Las pruebas biológicas que conllevan la práctica de una intervención corporal sólo se justifican cuando sean indispensables para alcanzar los fines constitucionales protegidos, de suerte que cuando la evidencia sobre la paternidad



pueda obtenerse a través de otros medios probatorios menos lesivos para la integridad física, no está autorizado el órgano judicial a disponer la práctica obligatoria de los análisis sanguíneos, los que no pueden imponerse cuando puedan suponer un grave riesgo o quebranto para la salud. 3) La medida judicial debe guardar una adecuada proporción entre la intromisión a la intimidad e integridad física o moral del afectado, y la finalidad a la que sirve, cuya ponderación debe plasmarse en la motivación de la necesidad de la medida, que ha de razonarse en la decisión judicial. 4) Desde estas coordenadas, el demandado sólo podría legítimamente negarse a someterse a las pruebas biológicas si no existieran indicios serios de la conducta que se le atribuye o pudiera concurrir un gravísimo quebranto para su salud. Y 5) todo ello conduce a que sólo se disponga la realización de las pruebas biológicas cuando, a la vista de los elementos de convicción obrantes en el proceso, resulte del todo necesaria para establecer una paternidad posible, no meramente inventada por quien formula la acción de filiación. (STS de 28 de diciembre de 1998; no ha lugar.)

**HECHOS.**—La actora y el demandado mantuvieron relaciones íntimas de carácter sexual desde 1986 hasta marzo de 1992. Pocos meses antes de que naciera el segundo hijo de la actora, el demandado residió con ella en un piso situado en Antequera, haciéndose pasar por un matrimonio en compañía del primer hijo. El demandado llegó a admitir frente a terceros la paternidad de sus dos hijos. En el año 1993, la actora interpuso demanda de reclamación de la filiación extramatrimonial respecto de sus dos hijos. El Juzgado de Primera Instancia, la Audiencia Provincial y el TS admitieron la demanda, valorando conjuntamente las pruebas practicadas y la negativa del demandado a someterse a las pruebas biológicas. (M. C. B.)

**66. Caducidad de la acción de impugnación de la paternidad marital por transcurso de un año desde la inscripción del nacimiento en el Registro Civil.**—El motivo en los términos en que está planteado no puede prosperar, ya que, habida cuenta la taxatividad, del citado artículo 136 CC, no cabe duda de que el marido sólo podrá ejercitar, la acción de impugnación de la paternidad en el plazo de un año, contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil, —salvo que ignore el nacimiento— por lo que es evidente, que ejercitada esta acción, con casi más de veinte años desde que se produjo dicha inscripción, habrá de mantenerse el recto razonamiento de la sentencia.

**No se aplica al supuesto de presunción de la paternidad marital las reglas sobre impugnación del reconocimiento, por error padecido por el que lo realizó.**—Tampoco prosperan ambos motivos, por cuanto pretenden basar la acción impugnatoria de paternidad matrimonial, en lo dispuesto en los artículos 141 CC y 14 de la Ley de Filiaciones de Cataluña, en el sentido de que hubo error en el consentimiento o reconocimiento por el actor de la filiación matrimonial de los hijos habidos con la demandada, frente a lo que prevalece al efecto cuanto se razona en el FJ 41 de la sentencia recurrida, en el sentido de que el citado artículo 141, solamente contempla cuando ha existido un reconocimiento expreso como cauce para acceder a la matrimonialidad de los hijos, pero que en el caso de autos tal reconocimiento no ha tenido lugar, sino que ha jugado sin más la presunción del artículo 116 CC, (insita en el *Pater est is qui iustae nuptias demonstrant, nisi...*) esto es, el valor de

presunción *iuris tantum* de que son hijos matrimoniales los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a la disolución o separación.

**No es necesaria la prueba hematológica para demostrar la no paternidad en caso de esterilidad del marido.**—De la propia lectura de la demanda se desprende que más que una negativa rotunda, y acreditada, de la paternidad, hay una afirmación de supuestas relaciones adulterinas de la esposa del actor, citando incluso nominalmente a quienes, según el apelante, tuvieron relación sexual con su esposa, y una especie de interés en que se averigüe quién es el padre entre los supuestos amantes de su esposa. Para el logro de su pretensión tal prueba es innecesaria, pues si según el apelante entró en sospechas de su no paternidad por padecer oligospermia, y como consecuencia de ello esterilidad, la prueba estaba a su propio alcance, esto es, acreditar que en el momento de la concepción de los hijos él no podía ser progenitor por ser estéril. En cambio lo único que al respecto aporta como material probatorio es una certificación de un ginecólogo en la que se dice «la pareja Miguel C. e Isabel C. acudieron a mi consulta en el año 71 —*sic*— por motivo de esterilidad, siendo la causa una oligospermia del marido que fue tratada en aquella época con Biobertil M», y al folio 145 obra como declaración testifical la del ginecólogo que diagnosticó y trató la oligospermia, en el que se limita a ratificar los anteriores extremos, pero sin la debida prueba, a través de la pericial correspondiente, de que el marido era realmente estéril en aquel tiempo y lo siguió siendo en los sucesivos años en que fueron concebidos y nacieron los cuatro hijos.

**La paternidad presunta del marido sólo puede ser impugnada por los cauces de los artículos 177 o 136 CC.**—Habida cuenta las causas determinantes de la matrimonialidad de los hijos habidos entre el actor y la demandada, es llano que, el acceso a dicha condición provino del juego de la presunción, *iuris tantum* del artículo 116 CC, y por tanto, esa presunción sólo puede ser objeto de impugnación si a su tiempo, desconoce la existencia de la misma, por el cauce del artículo 117 o se actúa *ex* artículo 136. (STS de 31 de diciembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—El marido demandó a su esposa y a uno de sus hijos, solicitando que se declarara su no paternidad. El Juzgado de Primera Instancia, la Audiencia Provincial y el TS rechazaron la demanda, por haberse planteado más de veinte años después del nacimiento de los hijos del matrimonio, excediéndose del plazo de caducidad de un año desde la inscripción del nacimiento en el Registro Civil, que establece el Código civil. (M. C. B.)

## DERECHO DE SUCESIONES

**67. Reconocimiento jurisprudencial de la herencia en favor del alma.**—La institución en favor del alma, de honda raigambre en el derecho histórico, ha sido reconocida como válida y eficaz por la jurisprudencia del TS, tanto la anterior como la posterior al Código civil y así la S de 20 de abril de 1906 dice que «es válida la institución hereditaria hecha a favor del alma del testador, según lo dispuesto en el artículo 747 y lo declarado por el TS en diferentes sentencias, entre ellas en las de 31 de diciembre de 1888 y 2 de

enero de 1889, y que estando determinados concretamente en el testamento de don J. B. los sufragios y obras piadosas a que han de aplicarse los productos de la finca a tal efecto legada, debe cumplirse la voluntad del testador, por ser ésta la suprema ley a que ha de atenerse en materia de sucesión», y la S de 16 de abril de 1927 afirma que «la institución de heredero a favor del alma de la testadora no estuvo nunca prohibida en nuestras antiguas leyes aplicables a este caso, ni lo están en el Código civil, que la autoriza en su artículo 747, habiéndose reconocido por la jurisprudencia la validez de tal institución, y siendo esto así, preciso es admitir como válida y eficaz la designación de heredero que a favor de su alma hizo la causante».

**En la herencia en favor del alma no son herederos el albacea, el Diocesano ni el Gobernador.**—No obstante no poder ser considerada el alma como heredera se reconoce la validez de esta institución sin que pueda ser considerado como heredero el albacea encargado de la distribución de los bienes ni tampoco el Diocesano ni el Gobernador a los que se refiere el artículo 747 CC.

**La institución en favor del alma no constituye título hereditario a favor de los beneficiados para la adquisición del dominio de los bienes.**—El artículo 747 CC contiene una norma interpretativa aplicable en aquellos casos en que la disposición de sus bienes por el testador para sufragio y obras piadosas en favor de su alma se hace «indeterminadamente y sin especificar su aplicación», estableciéndose así una norma de distribución supletoria de la voluntad del testador y que habrá de ceder, como establece la citada S de 20 de abril de 1906, ante la manifestada voluntad de aquél acerca del destino de los bienes dado el carácter de ley suprema de la herencia que tiene el testamento. Dado que en el testamento del causante se estableció, en los términos transcritos en el primero de los fundamentos jurídicos de esta resolución, el destino de los bienes objeto de la institución a favor de su alma, no resulta aplicable la regla distributiva del artículo 747 CC, que sólo puede entenderse violado en el sentido de reconocerse en el mismo la validez de la institución de heredero a favor del alma en cuanto esta forma de institución no hace adquirir, en concordancia con el artículo 609, párrafo segundo, CC, el dominio de los bienes por la institución o establecimiento favorecido por el destino impuesto por el testador o, supletoriamente, por el artículo 747, que haya de darse a los bienes. Por ello no puede aceptarse por esta Sala la declaración contenida en el fundamento segundo de la sentencia recurrida, en el sentido de que «la Diócesis de Burgos y... adquirieron por herencia la propiedad del edificio sito en el núm. 7 de la calle Almirante Bonifaz, de Burgos, por partes concretas (la Diócesis la planta baja y el piso primero, ...)», ya que, se reitera, la institución en favor del alma no constituye título hereditario a favor de los beneficiados para la adquisición del dominio de los bienes de que así dispuso el testador.

**La herencia en favor del alma no confiere el dominio de los bienes a una persona jurídica eclesiástica: sólo faculta para disponer de los bienes y dar al producto de la venta el destino ordenado por el testador.**—El Código de Derecho Canónico se refiere al «patrimonio estable» en el canon 1285, sin que en éste ni en ningún otro canon se defina o describa el mismo que un autorizado sector de la doctrina especializada entiende que habrá de estar interesado por bienes que constituyen la base económica mínima y segura para que pueda subsistir la persona jurídica de modo autónomo y atender los fines y servicios que les son propios; como se ha dicho antes, los bienes de

que dispuso el testador en favor de su alma, no han sido adquiridos a título de herencia por persona jurídica eclesiástica alguna, por lo que no pueden estar destinados, tampoco, a atender los fines y servicios de ninguna de ellas; no pueden ser calificados esos bienes como bienes temporales de la Iglesia universal, ni de ninguna Iglesia particular o persona jurídica eclesiástica, pública o privada (canon 1255), porque falta esa adquisición a título de herencia, por lo que no les son aplicables, para determinar su régimen jurídico, los cánones del Código de Derecho Canónico ni los estatutos de persona jurídica eclesiástica alguna (canon 1257), sino que habrán de regirse por la voluntad del testador manifestada en su testamento, suprema ley de herencia. Atribuida por el testador al Exmo. Sr. Arzobispo de Burgos la plena disposición de los bienes, sean muebles o inmuebles, para atenciones de culto y religiosas en sufragio del alma del testador, ello implica que la enajenación de los mismos no necesitaba, en cuanto no supone sino el cumplimiento de la voluntad del testador, someterse a ningún requisito estatutario o complementario de la mera voluntad del Arzobispo, obligado a dar al producto de la venta el destino ordenado por el testador y no otro, por lo que no resultan aplicables al caso los requisitos previstos en los cánones que se citan en la sentencia recurrida y, en consecuencia, deben ser acogidos los dos primeros motivos del recurso, aunque ello no implica, por sí sólo, la estimación del recurso.

**Valor de tratos preliminares y no de oferta contractual.**—Fueron los recurrentes quienes, por indicación del señor I., hicieron una inicial propuesta de compra por el precio de 21.250.000 pesetas que no fue aceptada por don José Luis del R., administrador del Arzobispado y representante de la otra copropietaria, quien indicó al señor I. que sería necesaria una oferta mucho mayor para tramitar la venta; asimismo que, en ningún momento, la propiedad del inmueble manifestó al citado testigo que el precio por el que procedería a la venta era el de 25.000.000 de pesetas, sino que esa cantidad fue fijada por los recurrentes a indicación del señor I., quien reconoce que don José Luis del R. no le manifestó que ese fuese el precio de venta; no puede entenderse, por tanto, que existiese una oferta de venta con carácter vinculante para los oferentes al faltar en ella la determinación precisa del elemento precio, esencial del contrato de compraventa; nos encontramos así ante unos tratos o conversaciones preliminares, sin fuerza vinculante alguna ni eficacia para entender perfeccionado el contrato de compraventa que se aduce por los actores. (STS de 31 de diciembre de 1998; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Los arrendatarios de un inmueble demandaron al Arzobispado de Burgos, a Obras Misionales Pontificias para la Propagación de la Fe y al apoderado de ambas para que se declarase la existencia de un contrato de compraventa y se condenase a los demandados a otorgar la correspondiente escritura pública. Se opusieron los demandados alegando que la Diócesis de Burgos era propietaria del edificio en virtud de la herencia en favor del alma que en su favor había dispuesto el anterior propietario y que las conversaciones entre las partes no habían cristalizado en contrato, pues se requería para ello el cumplimiento de los trámites canónicos de enajenación. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, pero la Audiencia Provincial y el TS la desestimaron. Este último órgano declaró que la Diócesis de Burgos no era propietaria del edificio, pero no admitió el recurso de casación, por tener carácter

de tratos preliminares y no de oferta contractual las conversaciones mantenidas entre los contendientes. (M. C. B.)

**68. La sentencia recurrida incurre en el vicio de incongruencia al estimar que era requisito imprescindible la previa liquidación de la sociedad de gananciales.**—La única cuestión que han debatido en el proceso es la de que, si una vez fallecidos los dos padres, el contador partidor único (nombrado en el juicio de testamentaría promovido por uno de los hermanos) podía hacer una partición nueva y distinta de la que los padres habían hecho en sus respectivos e idénticos testamentos (otorgados el mismo día y ante el mismo Notario), que es la tesis del demandante (y promotor del juicio de testamentaría) don Francisco L. M., o si, por el contrario, dicha nueva y distinta partición del contador-partidor único era totalmente innecesaria, desde el momento en que los padres ya la habían hecho en las exactamente idénticas cláusulas quintas (que han sido transcritas literalmente en los apartados 21 y 31 del FJ 1.º de esta resolución) de sus respectivos e idénticos testamentos (otorgados el mismo día y ante el mismo Notario), en las que ambos cónyuges testadores partían entre sus tres hijos los dos únicos y ya referidos bienes (gananciales) integrantes de sus respectivos patrimonios (sin existencia de ningunos otros), a cuya partición había de estarse necesariamente, que es la tesis del demandado, aquí recurrente, don Manuel L. M., y la que había acogido la sentencia de primera instancia, sin que en ningún momento se haya debatido en el proceso si debía haberse hecho previamente la liquidación de la sociedad de gananciales, al fallecer la madre (primero de los cónyuges testadores que falleció), por lo que al entrar la sentencia recurrida a conocer de dicho tema (no planteado, ni debatido, repetimos, por las partes en el proceso) y que era totalmente innecesario, una vez fallecidos los dos padres, los cuales, además, volvemos a decir, no tenían más bienes que los dos anteriormente dichos (que los repartían entre sus tres hijos), ha venido a introducir una cuestión nueva y alterar, por tanto, la *causa petendi*, con el consiguiente incurrimiento en el vicio de incongruencia.

**No es necesario liquidar previamente la sociedad de gananciales cuando han fallecido ambos cónyuges y otorgaron un testamento con idénticas disposiciones.**—Si bien es cierto que el testador no puede por sí sólo practicar la partición de sus bienes propios incluyendo en ella bienes gananciales (SS de esta Sala de 12 de diciembre de 1959, 17 de mayo de 1974, 3 de marzo de 1980, 7 de diciembre de 1988, entre otras), también lo es que, en el caso concreto aquí enjuiciado, con las muy específicas circunstancias que lo configuran, los padres testadores, que no tenían más patrimonio que dos bienes gananciales (la casa familiar y un trozo de terreno de olivar) y carecían en absoluto de bienes privativos, mediante sendos testamentos totalmente iguales y simultáneos, otorgados el mismo día y ante el mismo Notario (con lo que no se conculca la prohibición de testar mancomunadamente), manifestaron su clara e inequívoca voluntad de partir dichos dos bienes comunes únicos entre sus hijos, en la forma que expresan en las totalmente idénticas cláusulas quintas (que han sido transcritas literalmente en los apartados 21 y 31 del FJ 1.º de esta resolución) de sus referidos testamentos, sin que condicionaran en modo alguno la eficacia de dicha partición conjunta (aunque no mancomunada) y única al resultado de una previa liquidación de la sociedad de gananciales, la que consideraron y la hicieron innecesaria desde el momento en que se legaron recíprocamente (el que muriera antes en favor del supérstite), en pago de sus derechos legítimos (así se dice en el

testamento), el usufructo universal y vitalicio de esos dos referidos bienes, únicos existentes, en la parte que los mismos pudiera corresponder a cada testador, cuya cláusula (que es la tercera de cada uno de esos dos testamentos) fue respetada por los tres hijos y herederos universales y únicos de los dos referidos causantes, con lo que devino totalmente innecesaria la práctica de la liquidación de la sociedad de gananciales, al morir la madre en 1978, que fue la primera en fallecer, y permaneciendo intactos e indivisos esos dos bienes comunes (únicos existentes, volvemos a decir) al morir el padre en 1982.

**La partición hecha por el testador hace innecesaria una nueva partición a cargo del contador partididor.**—Siendo ello así, ha de tenerse en cuenta que el artículo 1056 CC admite, como una de las formas posibles de hacer la partición, la que de sus propios bienes realice el testador en su testamento (como la hicieron los dos padres en sus dos aludidos e idénticos testamentos simultáneos) y a la que atribuye fuerza vinculante —«se pasará por ella», dice el precepto—, siendo indudable que sus efectos son los mismos que si se tratara de partición judicial o de partición extrajudicial, practicadas por los propios herederos o por albaceas o contadores-partidores, es decir, sus efectos (dice textualmente la S de esta Sala de 21 de julio de 1986) son los de conferir a cada heredero la propiedad de los bienes que le hayan sido adjudicados, ello, claro es, sin perjuicio de las acciones de impugnación que el artículo 1075, en relación con el 1056, ambos CC, concede a los herederos forzosos en la hipótesis de que perjudique sus legítimas o de que aparezca o racionalmente se presuma que fue otra la voluntad del testador. (STS de 21 de diciembre de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Los padres de los litigantes otorgaron testamentos idénticos individuales y no mancomunado, en los que disponían de dos bienes inmuebles gananciales en favor de sus tres hijos, asignando el primero a los dos hijos varones, y el segundo a la hija. Fallecidos ambos testadores, uno de los hijos formuló demanda de juicio voluntario de testamentaría, al objeto de realizar la partición de la herencia. Se opuso su hermano, aduciendo que la partición ya había sido realizada por los testadores. Ante la falta de conformidad, se siguió el procedimiento por el trámite del juicio declarativo. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y acogió los argumentos del demandado. La Audiencia Provincial también rechazó la demanda, pero por el hecho de no haberse practicado la previa liquidación de la sociedad de gananciales de los causantes. El TS admitió el recurso y confirmó la sentencia del Juzgado, declarando que no era necesario proceder a la nueva partición, pues había que respetar la que hicieron los testadores. (M. C. B.)

**69. Diferencia entre el testamento del Derecho común y el heredamiento del Derecho foral catalán.**—Pero verdaderamente el ordenamiento jurídico relacionado con la *litis* no es sólo el derecho común, sino también y preponderantemente el derecho foral catalán.

Los bienes vendidos formaban parte de un patrimonio vinculado a un heredamiento. Y el negocio impugnado violaría, según el recurrente, el artículo 79 del *Codi de Successions*, según el cual «los actos de disposición a título oneroso que de sus bienes el heredante realice serán anulables cuando sean otorgados en fraude del heredamiento...».

Para el actor la enajenación tiene una causa ilícita y por ello invoca el artículo 1275 CC. Pero en el derecho común cualquier persona puede transmitir sus bienes a título oneroso sin cortapisas de futuribles hereditarios, ya que la herencia la constituyen los bienes que subsisten al acontecer el óbito del causante.

En derecho foral catalán es diferente, pues como hemos visto se pueden impugnar las disposiciones a título oneroso si alentara en ellas el deseo de defraudar el heredamiento.

La diferencia de regulación es perfectamente lógica. En el derecho civil común, la transmisión sucesoria de tipo voluntario se apoya en el testamento, que es un acto unilateral, unívoco, del causante. Por el contrario, el heredamiento provoca la institución contractual de heredero, se apoya en un acto bilateral, plasmado en las capitulaciones matrimoniales y los otorgamientos en él implicados vinculan a las partes contratantes, no pudiendo alterarse unilateralmente por un acto dispositivo de uno de los contratantes-heredantes, que, de otro modo, podría de esta forma zafarse de una posible institución de heredero universal. (STS de 28 de diciembre de 1998; se remiten las actuaciones al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.)

HECHOS.—El demandante y su esposa demandaron a la hermana del primero, solicitando la declaración de nulidad de un contrato de compraventa que la madre del primero y la tercera otorgó en favor de ésta, por ilicitud de la causa. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y la Audiencia Provincial la estimó. El TS consideró que era un supuesto en el que resultaba aplicable el Derecho civil foral catalán y remitió las actuaciones al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. (M. C. B.)

## DERECHO MERCANTIL

70. Protección derecho de marca. Semejanza de signo distintivo utilizado.—La Ley de Marcas en sus artículos 30 y 31 concede al titular de la marca el derecho exclusivo a utilizarla en su actividad profesional, poniendo a su disposición acciones legales frente a terceros que utilicen en el tráfico económico, sin su consentimiento, una marca o signo idéntico o semejante. La Ley emplea el adjetivo «semejante», que no significa «igualdad» plenamente coincidente, sino «parecido», «imitado» o que «cabe equiparar». En este caso, la diferencia entre los signos distintivos empleados es la preposición «de» (la marca es «Antoñita Linares» y el signo utilizado por los demandados, «Antoñita de Linares») que carece de capacidad diferenciadora suficiente y, por tanto, cae dentro de la prohibición de uso.

Protección derecho de marca. Principio de especialidad. *Ius Prohibendi* y peligro de asociación.—En el ámbito de protección de la Ley rige, como principio básico, el «principio de especialidad», es decir, la limitación de la tutela jurídica otorgada al titular de la marca al sector de productos o servicios para el que ha sido concedida. En el ámbito del *ius prohibendi*—prohibición del uso de la marca a terceros sin autorización—, el artículo 31, tras hacer velada referencia al mencionado principio, ofrece protección al titular de la marca cuando la semejanza entre los signos y la similitud entre los productos y servicios pueda «inducir a errores». Esta expresión, inexis-

tente en lo que concierne a las prohibiciones de registro (el art. 12 habla de «peligro de confusión o de asociación»), permite al TS entender que el ámbito de protección del *ius prohibendi* es más amplio y puede operar aunque no se trate de productos o servicios idénticos o similares. Debe evitarse el riesgo de asociacionismo bajo la creencia de que el titular de la marca registrada patrocinó o autorizó de alguna manera los servicios llevados a cabo con su empleo por el tercero –en nuestro caso el riesgo es que los consumidores asocien una eventual autorización por parte de «Antoñita de Linares» para que se utilice su personaje en un anuncio publicitario algo degradante.

**Infracción del derecho de marca. Acciones indemnizatorias.**—Por remisión del artículo 31, el artículo 35 señala que el titular de la marca podrá ejercer las acciones civiles y penales que le correspondan contra quienes lesionen su derecho. En este caso corresponde una indemnización de daños y perjuicios que incluye tanto el daño emergente (daños morales) como el lucro cesante (lo que hubiera costado al infractor conseguir la licencia de uso de la marca). (STS de 18 de febrero de 1999; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Doña A. M. P. titular de marca (nombre artístico), insta juicio ordinario de menor cuantía contra RENFE y E. V. P., solicitando indemnización de daños y perjuicios (10.000.000 por concesión de licencia no solicitada y 5.000.000 por daños morales, violación arts. 30-31 y 37-38 LM) causados por infracción del Derecho de exclusiva de la marca registrada (utilización de signo distintivo similar en campaña de publicidad por los demandados). El Juzgado de Primera Instancia desestima demanda. La Audiencia Provincial confirma íntegramente la sentencia de la instancia. El TS casa y anula la sentencia recurrida y estima parcialmente la demanda de la recurrente, condenando solidariamente a las partes a abonar la cantidad que se estime en ejecución (máximo de 10.000.000 por concesión de licencia no solicitada y 3.500.000 por daños morales).

NOTA.—La inaplicación del «principio de especialidad» constituye una actitud relativamente común en el TS, en algunas ocasiones rozando la interpretación *contra legem*. En el caso que ocupa a la sentencia, debe hacerse notar que probablemente existiera una alternativa a la acción por violación del derecho de marca, consistente en acudir a la vía de los actos de denigración de la Ley de Competencia Desleal, una solución más sencilla o, cuanto menos, más ajustada a la letra de la Ley –pero que, obviamente, hubiera requerido la alegación del motivo por la parte actora, lo que no se aprecia en los hechos. (I. T. M.)

**71. Contrato de seguro de accidentes corporales. Interpretación de cláusulas generales limitativas.**—La pretensión de la aseguradora de aplicar un artículo de las cláusulas generales contenidas en la póliza de carácter limitativo, sólo tendrá éxito si va acompañada de una serie de requisitos: la cláusula debe estar redactada de manera clara y precisa; debe destacarse de modo especial; y, por último, debe haber sido aceptada expresamente por el asegurado (art. 3 LCS). Estas cláusulas, por tanto, únicamente tienen valor y obligan a quien las suscribe si de forma taxativa y determinante, sin rescios a la posible duda, han sido debidamente aceptadas. La jurisprudencia ha reiterado (a modo de ejemplo, ver SSTs de 1 de abril de 1981 y de 3 de febrero



de 1989) la preponderancia de las condiciones particulares sobre las generales si resultan más beneficiosas para el asegurado. Cualquier duda interpretativa que pueda surgir se entiende siempre a favor de aquél que no las ha redactado (art. 1288 CC).

**Reclamación del capital. Consideración conjunta del daño.**—Ante la existencia de un accidente laboral y la subsiguiente producción de lesiones varias, cuando el resultado final sea la irreversible secuela de impedir al accidentado toda posibilidad de actividad laboral futura, la consecuencia debe entenderse como un todo unitario no susceptible de división. De este modo, el asegurador no puede, porque ello le beneficie, acudir a la individualización de cada lesión a la hora de cuantificar la indemnización. No procede la aplicación del artículo 104 LCS para precisar grados de invalidez, ni el artículo 38 LCS relativo a la decisión pericial en caso de desacuerdo entre asegurador y asegurado, si las autoridades administrativas correspondientes han declarado la invalidez absoluta perpetua. En ningún caso prevalecerán las definiciones limitadoras de la cobertura frente al concepto de incapacidad plena que figura en la Ley General de la Seguridad Social y en las resoluciones administrativas procedentes.

**Pago de intereses por mora de la aseguradora.**—La honesta creencia en la corrección de la propia determinación de la suma a indemnizar por parte de la aseguradora no impide que incurra en mora si, cumplidos los requisitos del artículo 20 LCS, el retraso en el pago obedece a causa no justificada o imputable al asegurador; en este caso, la Sala estima que la cantidad ofertada al asegurado es claramente errónea y contraria a las cláusulas particulares de la póliza. (STS de 22 de enero de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Don A. V. D., médico de profesión, sufrió un accidente laboral al soltarse la pinza extractora de una grapa, lo que le causó gravísimas lesiones cuyo resultado fue calificado por la Dirección Provincial de la Seguridad Social como invalidez permanente absoluta. El siniestro estaba cubierto por una póliza de seguro individual de accidentes corporales con una indemnización prevista de 20.000.000 de pesetas. La compañía de seguros, P. A., S. A., tan sólo accedió al pago del 40 por 100 de la mencionada cantidad aduciendo la aplicación de un artículo de carácter limitativo de las condiciones generales de la póliza. Don A. V. D. demanda a P. A., S. A. exigiendo la totalidad de la suma inicial más intereses. El actor obtiene resolución favorable en instancia. Tanto la Audiencia en apelación como el TS en casación desestiman íntegramente los recursos de la aseguradora, con costas. (I. T. M.)

**72. Muerte por embestida de toro en plaza portátil en fiesta taurina popular: obligación del asegurador: festejo popular: incumplimiento del Reglamento de Espectáculos Taurinos de 1992: interpretación de la póliza más favorable al asegurado.**—El vigente Reglamento de 1992 considera festejos populares aquellos en que se juegan o corren reses según los usos tradicionales de la localidad, y dispone que, para estas coyunturas, la empresa organizadora solicitará autorización al Gobierno, al menos con cinco días de antelación a su celebración, acompañando los siguientes documentos: a) memoria donde se acredite la tradición popular del festejo o su justificación; b) certificado del arquitecto o aparejador en que conste que las instalaciones reúnen condiciones de seguridad y solidez; c) certificado con

indicación de que los servicios médicos e instalaciones se ajustan a lo dispuesto en la normativa aplicable; *d*) certificaciones del Libro Genealógico de la raza bovina de las reses; *e*) póliza de seguro colectivo por cuantía suficiente para cubrir cualquier riesgo o accidente que pueda producirse con motivo del festejo; y *f*) contrato con un profesional, que actuará como director de lidia para auxiliar a los partícipes de la fiesta. En el caso de la sentencia los riesgos de que se trata están incluidos, como condición particular, en la póliza, y, si bien se alega que el festejo taurino no cumplía todos los requisitos vigentes, el término de *fiestas taurinas* no tiene un contenido estrictamente jurídico, sino que racionalmente deben entenderse todas aquellas en que el toro sea protagonista, haya o no autorización de la Delegación del Gobierno o del Gobernador civil, tengan, o no, determinada edad, estén, o no, manipuladas sus astas, siendo inconcebible que se alegue desconocimiento del carácter oficial del festejo, dado que fue patrocinado y organizado por el Ayuntamiento, sin perjuicio de que en esa hipotética falta de autorización municipal no se daría relación de causalidad con el daño; al margen de la problemática que puede afectar a las relaciones contractuales entre el Ayuntamiento y la entidad aseguradora, la misma no es extrapolable a terceros, habiendo declarado esta Sala que las dudas en los contratos de seguros han de resolverse en el sentido más favorable para el asegurado.

**Presunción de inocencia.**—La cuestión de fondo no consiste en la legalidad o ilegalidad de la aludida *fiesta taurina*, sino en la responsabilidad del Ayuntamiento, y, por consecuencia, de la aseguradora, por el suceso que motivó el fallecimiento del marido y padre de los actores, lo que se ha resuelto con arreglo a derecho, declarando aquéllas; ello sin perjuicio de que en un proceso civil no es procedente alegar la vulneración del principio constitucional de presunción de inocencia. (STS de 2 de diciembre de 1998; no ha lugar.)

NOTA.—Llama la atención la amplia exégesis histórica y doctrinal del término de *fiestas taurinas* incluido en la póliza que la aseguradora pretende inaplicable al hecho, tal como se hace en el 5.º FD (Pte. García Varela): «La tumultuaria y desordenada lidia de reses vacunas en plazas públicas dispuestas precariamente para tal función, fue la manifestación primitiva de la *fiesta taurina*, y cuando los códigos medievales hablan de *correr los toros* se refieren a dichos juegos, que los pueblos celebraban durante las solemnidades religiosas como festejo similar a bailes y representaciones de autos y piezas, pero con expectación mayor por lo que de peligroso, y, a veces, cruento tiene este espectáculo. En aquel entonces, los regocijos públicos, como la jura de monarcas, bodas y bautizos reales, victorias militares, etc., constituían pretexto para la celebración de estos divertimentos taurinos. Los fueros, que atendían a la necesidad de la mínima habilidad en los partícipes de la lidia, apuntaban indirectamente a las capeas, que, a principios del siglo xx, fueron objeto de legislación especial; así una RO de noviembre de 1900 proscribió las corridas de toros enmaromados o alquitranados; otra de 5 de febrero de 1908, prohibió que se corrieran los toros o las vaquillas ensogados o en libertad por las calles o plazas de las poblaciones, lo que se reiteró por O de 28 de agosto de 1931. En la actualidad, la EM del RD 145/1996, de 2 de febrero, por el que se modifica y da nueva redacción al Reglamento de Espectácu-

los Taurinos de 1992, señala que la Ley 10/1991, de 4 abril, sobre las potestades administrativas en esta materia, ha venido a acomodar a las exigencias constitucionales el régimen jurídico de la fiesta de toros, entendida en sus amplias manifestaciones arraigadas en la cultura y aficiones populares. Dicho RD estima que cualquier disposición general que pretenda regular esta fiesta se encuentra en una doble dificultad, de una parte, con la complejidad derivada de las diferentes modalidades de espectáculos existente en el denominado mundo de los toros; de otra, con la circunstancia de que la esencia misma de la diversión, la lidia del toro bravo, no puede ser objeto de una regulación pormenorizada en todas sus secuencias, tanto o más esenciales que los preceptos administrativos, al estar sujeta a otro tipo de normas, motivadas por criterios artísticos o aficiones subordinadas a la figura del toro». No parece aventurado conjeturar que el Ponente es buen conocedor y, quizá, aficionado a la fiesta. Pero si la referencia a los antecedentes históricos –y a la realidad social hoy vivida con intensidad, en buena parte del territorio español– ayudan para enmarcar el problema jurídico, hay que aplaudir el correcto enfoque y adecuada argumentación con que se rechaza el recurso interpuesto por la entidad aseguradora (el Ayuntamiento compareció sólo en las instancias). Es indudable la responsabilidad del Ayuntamiento, basada no sólo en el incumplimiento de las normas administrativas vigentes, sino en el riesgo grave que conlleva la realización de estas fiestas en plazas portátiles de localidades pequeñas. La pretensión exoneratoria de la aseguradora carecía de fundamento. (G. G. C.)

**73. Transporte marítimo. Transmisión de riesgos.**—En las operaciones de compraventa internacional de mercancías es práctica común la delimitación de las obligaciones y del riesgo de las partes por medio de la inclusión de cláusulas contractuales estandarizadas, denominadas *Incoterms*. Entre ellas, una de las más habituales es la conocida como C.I.F. (*Cost. Insurance. Freight*) según la cual, entre otras estipulaciones, el riesgo se transmite al comprador desde el momento en que las mercancías se encuentran a bordo del buque.

**Seguro marítimo. Independencia de contrato entre terceros.**—La aseguradora, no alegando ninguna circunstancia que le exonere de su obligación contractual contenida en la póliza suscrita con el transportista, en ningún caso puede aducir un contrato suscrito por terceros, ni las circunstancias personales de los mismos, cuando no tenía con ellos relación alguna. El hecho de que las pérdidas producidas por el siniestro sean sufridas por un sujeto distinto (el comprador) al beneficiario del seguro, no permite a la aseguradora negar la legitimidad de la actuación en su contra.

**Seguro marítimo. Cálculo de los intereses por mora.**—La aplicación de un tipo del 20 por 100 una vez transcurridos tres meses desde la producción del siniestro, contenida en el artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro, no es correcta por cuanto que esta Ley no rige para los seguros marítimos, a los cuales se continúa aplicando los artículos 737-805 CCO (art. 2 y DF LCS y, entre otras, SSTS de 19 de octubre de 1987, de 22 de abril de 1991 o de 18 de diciembre de 1998). Se aplica, pues, el interés legal desde la presentación de la demanda. (STS de 22 de febrero de 1999; ha lugar en parte.)

HECHOS.—*T. D. A., S.A.* contrata la venta de mercancías a un comerciante extranjero. Para hacer efectiva la entrega según lo previsto en el contrato, acuerda con un comisionista la realización de las gestiones necesarias para el transporte marítimo y asegura la mercancía. Sin el conocimiento de la actora (*T. D. A., S. A.*), la mercancía es cargada en la cubierta del buque. El transportista, consciente de que este hecho dejaba sin cobertura el riesgo con respecto al seguro suscrito por *T. D. A., S. A.*, contrata uno nuevo con la aseguradora demandada, la cual conoce la ubicación de la carga. Se produce un siniestro y el género se pierde. *T. D. A., S. A.* demanda al propietario y al capitán del buque, al comisionista, al consignatario y a la compañía de seguros, reclamando solidariamente el pago de 1.337.103 francos franceses y el interés legal que, en caso de condena a la aseguradora, solicita sea del 20 por 100 (art. 20 LCS). La instancia estima la demanda contra la aseguradora y contra los restantes demandados en rebeldía, absolviendo al consignatario. La aseguradora apela alegando, por un lado, que la ubicación de la carga asegurada en la cubierta deja el siniestro fuera de cobertura y, por otro, que el beneficiario no había sufrido daño como consecuencia del siniestro (al tratarse de una compraventa con cláusula C. I. F., el riesgo era del comprador). La Audiencia desestima con costas. La aseguradora recurre en casación con éxito parcial. (*I. T. M.*)

**74. El aval cambiario es una obligación autónoma e independiente, ajena al negocio jurídico subyacente del que nace la letra de cambio.**—El aval es una declaración cambiaria cuya función directa y exclusiva es garantizar el pago de una letra de cambio. El avalista responde solidariamente tanto con el avalado como con los demás obligados cambiarios frente al tenedor de la letra. La garantía en que consiste el aval, al igual que ocurre con la fianza, pertenece al género de las garantías personales. El aval, sin embargo y a diferencia de la fianza, es una garantía autónoma. Al funcionar en el seno del tráfico mercantil y por las exigencias que son propias a éste, el aval se ha «emancipado» de la obligación que garantiza. De este modo, el aval aparece legalmente configurado (art. 37 LCCH) como una garantía objetiva al tener existencia autónoma e independiente de la obligación garantizada («accesoriedad diluida»): es válido aunque la obligación cambiaria del avalado sea nula por cualquier causa que no sea la del vicio de forma. En ningún caso se aplicará al aval cambiario el régimen del artículo 1843 CC, relativo a la fianza, tendente a que el fiador, una vez contraída válidamente su obligación, pueda desligarse o ser relevado anticipadamente de la misma. El carácter civil de la obligación subyacente garantizada es indiferente. En ningún caso puede soslayarse la aplicación de las normas de la Ley Cambiaria y del Cheque para acudir al Código civil —que sólo podrá aplicarse, al ser la fianza el prototipo de garantía personal, bien como derecho supletorio, bien por vía analógica, y siempre que no encuentre contradicción con la autonomía del aval y con los restantes principios esenciales del derecho cambiario. (STS de 5 de febrero de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. B. L. avala letras de cambio por la cantidad de 12.960.000 pesetas. Tras su fallecimiento, don R. O. P., en calidad de albacea testamentaria, demanda a los librados-avalados (hijo del fallecido y su cónyuge) y a don F. O. G., acreedor y tomador de

los títulos cambiarios. En el *petitum* se solicita que se declare a los herederos relevados de la garantía prestada en aplicación del artículo 1843 CC –por entenderlo aplicable al revestir el negocio subyacente carácter civil– y, alternativamente, en caso de fallar la pretensión anterior, el embargo de bienes de los avalados por la totalidad de la suma avalada. Desestimado en su totalidad en la instancia, en apelación y en casación, con costas. (I. T. M.)

**75. Contrato de gestión de cartera de valores. Comporta un mandato.**–Existen dos modalidades de este contrato: el contrato de gestión «asesorada» de carteras de inversión en que la sociedad gestora propone al cliente inversor determinadas operaciones siendo éste quien decide su ejecución, y el contrato de gestión «discrecional» de cartera de inversión en que el gestor tiene un amplísimo margen de libertad en su actuación para efectuar sin previo aviso las operaciones que considere más convenientes, de acuerdo, en ambos casos, a «lo previsto en el contrato de gestión» (art. 3.2 RD 1849/1980, vigente al formularse la demanda en primera instancia). En ambos supuestos los pactos se enmarcan dentro de un contrato de mandato, que se entiende conferido con las facultades suficientes para la correcta gestión de la cartera. Por tanto, siendo la modalidad típica la segunda de las dos señaladas (por cuanto es la que mejor se adecúa a la profesionalidad requerida de las sociedades de valores, que inspira la confianza del titular de la cartera y motiva que le entregue su administración), y requiriendo ésta de mayor capacidad de disposición, el mandato alcanzará, cuando nada se pacte, a todas las facultades necesarias para la gestión de la cartera, interpretándose éstas extensivamente.

**Contrato de gestión de cartera de valores. Mandato. Deberes de información. Abuso del poder conferido.**–La interpretación extensiva de las facultades conferidas al mandatario, se contrapesan con la exigencia a éste de dar absoluta prioridad a los intereses del mandante (art. 79 LMV). Entre otras cosas ello implica la necesidad de informar, no sólo del estado de la cartera, sino de las concretas circunstancias bursátiles que motivan las operaciones que, en uso de los poderes conferidos la sociedad decide ejecutar. En particular, la venta de todos los valores de la cartera, que supone la extinción del contrato por desaparición de su objeto, debe ser consultada al mandante o, en caso de imposibilidad, contar con una razón fundada, que debe ser igualmente puesta en su conocimiento, sin que sirva (como ocurre en este caso) una justificación genérica del tipo «las condiciones de la Bolsa aconsejaron la rápida liquidación».

**Contrato de gestión de cartera de valores. Cuenta corriente.**–La obligación del mandatario de adquirir los valores sin recibir previamente su importe de la parte compradora (mandante), sin recibir tampoco esta parte el importe de las ventas hasta transcurrido un tiempo determinado (dos semanas en el supuesto de hecho), supone una situación de cuenta corriente. (STS de 11 de julio de 1998; ha lugar.)

HECHOS.–Doña María F. O. celebra con la mercantil *Renta 4*, contrato de gestión de cartera, sin que el mismo se formalice por escrito. La mercantil adquiere en su nombre determinados valores y, al cabo de un tiempo considera que las circunstancias de la Bolsa aconsejan la venta de los mismos, que constituyen la totalidad de los valores de la cartera. La mercantil formula juicio ordinario de

menor cuantía en reclamación de cantidad (el precio pagado para la adquisición de los valores), a lo que la demandada doña María F. O. se opone, formulando reconvencción reclamando la misma cantidad (valoración del daño causado con la venta). La sentencia de instancia, desestimando la demanda, estima parcialmente la reconvencción (acoge los fundamentos jurídicos pero no la valoración del daño). Apelada que es dicha sentencia por ambas partes, la Audiencia la revoca, aceptando los pedimentos de la actora, desestimando la demanda reconvenccional. El TS considera que la mercantil ha actuado dentro de los límites del mandato implícitamente conferido, pero con abuso del mismo, por lo que debe responder del daño, compensándose ambas deudas, con lo que casa parcialmente la sentencia recurrida.

NOTA.—La existencia de una situación de cuenta corriente (en realidad, de mandato con contabilidad en cuenta corriente) y la necesidad de liquidar la misma, exige un deber mínimo de información por parte de quien unilateralmente realiza la liquidación, según una vieja línea jurisprudencial del TS a la que éste parece aproximarse (compárese la presente con las SSTs de 14 de febrero y 3 de diciembre de 1930, y de 29 de abril de 1936), como consecuencia de los deberes de información en el mandato. En este sentido la obligación de notificar un «extracto» de la cuenta que imponen los artículos 1435 LEC y 153 LH no puede considerarse, según abundante jurisprudencia menor, «sinónimo de laconismo» (SAP Málaga de 26 de mayo de 1994, que recogiendo la doctrina sentada por la DGRN en su Res. de 16 de febrero de 1990, afirma que en cumplimiento del artículo 24.1 CE los Jueces y Tribunales habrán de revisar con especial detenimiento los extractos en los que las entidades de crédito practiquen las liquidaciones, exigiendo claridad y concreción. Porque «extracto no es sinónimo de laconismo ni de ocultación»): la información suministrada debe de ser, por su grado de detalle y organización, comprensible y contrastable (SAP Málaga de 26 de mayo de 1994; AAP Ciudad Real de 8 de febrero de 1994; AAP Pontevedra de 13 de octubre de 1995; SSAP Toledo de 24 de abril y 13 de mayo de 1996; y AAP Castellón de 25 de abril de 1998, entre otras muchas). (L. F. L.)

**76. Sociedad anónima. Personalidad jurídica. Limitación de responsabilidad. Levantamiento del velo.**—El ordenamiento jurídico dota a ciertas organizaciones sociales de personalidad jurídica propia para que puedan ser titulares de relaciones jurídicas. Al convertirse el ente social en centro de imputación, los efectos de los actos jurídicos de los que sea parte quedan, *prima facie*, alejados de los socios que componen su estructura subjetiva. En el caso de las sociedades anónimas, el artículo 1 LSA consagra este principio, en lo que respecta a la responsabilidad patrimonial, al declarar expresamente que los socios no responderán personalmente por las deudas sociales. Sin embargo, en determinados casos como el que ocupa a la sentencia comentada, la forma societaria es utilizada como una mera excusa para encubrir las actividades irregulares de la persona física que opera bajo la misma. Cuando la forma social deja de cumplir su función de individualizar a un actor independiente en el tráfico económico, la protección que ofrece la normativa legal no puede ponerse al servicio de intereses que en ningún caso

se han pretendido tutelar, de manera que el órgano jurisdiccional puede prescindir del «artificio» de la forma societaria para decidir los casos según la realidad. Aquí se produce un conflicto entre *seguridad jurídica* (la determinación legal de la independencia de patrimonios y de responsabilidades entre sociedad y sus miembros) y *justicia* (el enriquecimiento injusto del socio y administrador único) que, tras una apreciación prudente, casuística y restrictiva (STS de 23 de diciembre de 1997), permite la aplicación, por vía de equidad y acogimiento del principio de buena fe, de la práctica de penetrar en el *substratum* personal de las sociedades con el fin de evitar que al socaire de la ficción de la forma legal se puedan perjudicar intereses públicos o privados (SSTS de 28 de mayo de 1984; 24 de diciembre de 1988; 15 de abril de 1992; 30 de mayo de 1998, etc.). Para la aplicación de esta doctrina, conocida como «levantamiento del velo», debe existir prueba de que la entidad social es una mera ficción, sin «vida» independiente de sus socios —generalmente socio único—, y que ha sido utilizada de manera abusiva o con fines fraudulentos. Precisamente con el fin de evitar el uso antisocial del Derecho se hace responsable a los socios y/o administradores de las deudas incurridas por la sociedad. (STS de 22 de octubre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—S. C. N., S. A. demanda por el cauce procesal del juicio ordinario de menor cuantía a I. S. E., S. A., a don F. H. R. y a doña M. H. M. (esposa del anterior), por impago de letras de cambio y cheque girados como contraprestación por la venta de mercaderías. La parte actora solicita que respondan solidariamente de la cantidad adeudada las partes demandadas, I. S. E., S. A. como principal obligado cambiario (aceptante de las letras y librador del cheque) y don F. H. R. como socio y administrador único de I. S. E. S. A. El Juez de instancia estima íntegramente la demanda, condenando a S. C. N., S. A. en rebeldía y a los codemandados en aplicación de la teoría del levantamiento del velo de la persona jurídica. La Audiencia confirma la sentencia de instancia. Se recurre en casación. Se desestima el recurso con costas.

NOTA.—Sorprende, con el conocimiento de los hechos que obran en poder del comentarista que suscribe, la vía de obtención del «levantamiento del velo» perseguida por la parte actora. La constatación, no combatida en autos, de la situación en que se encontraba la sociedad demandada —larga inactividad económica, situación de insolvencia, inactividad por los administradores tendente a promover la disolución social—, hubiera permitido al actor acudir al artículo 262.5 LSA, obteniendo la determinación de la responsabilidad solidaria del administrador único y evitando así la resbaladiza prueba del uso antijurídico de la forma social. (I. T. M.)

**77. Sentencia declarativa de nulidad de acuerdo de la sociedad cooperativa. Efectos de la nulidad en ejecución.**—Como señala el artículo 18 de la Ley de Cooperativas, el acuerdo de expulsión de un socio será ejecutivo una vez sea notificada la ratificación del Comité de Recursos o, en su defecto, de la Asamblea General. Una vez consumada la mencionada expulsión, si la parte afectada acude con éxito al auxilio jurisdiccional para obtener la declaración de nulidad del acuerdo de expulsión, queda por determinar el alcance de tal resolución. En otras palabras, hay que determinar si cabe la ejecución de la sentencia firme que declara la nulidad del acuerdo de expul-

sión, ordenando la realización de una conducta a la sociedad cooperativa demandada consistente en la reposición del demandante en su condición de socio. El efecto de la declaración de nulidad es, en aplicación de lo establecido para la nulidad de las obligaciones en el artículo 1303 CC (*restitutio in integrum*), la vuelta (*ex tunc*) a la situación existente con anterioridad al acto nulo. En el presente caso, pues, debe devolverse al demandante la condición de socio pues, de lo contrario, se estaría dejando sin eficacia real la sentencia firme que anuló el acuerdo de expulsión. (STS de 12 de enero de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—Don F. C. G. fue excluido como socio de la sociedad cooperativa C. S. C. A., ante lo cual formuló con éxito juicio de menor cuantía solicitando la declaración de nulidad del acuerdo de expulsión. Sin embargo, en el procedimiento de ejecución de la sentencia, tanto el Juzgado de Instancia como, posteriormente en apelación, la Audiencia, rechazaron la pretensión del actor de ser repuesto en su condición de socio de pleno derecho. Don F. C. G. recurre en casación. Se estima íntegramente. (I. T. M.)

## DERECHO PROCESAL

**78. Intereses. Artículo 921 LEC.**—Establece el TS que las reglas del artículo 921 LEC se aplican a toda sentencia en que se condene al pago de una cantidad líquida, aunque en la sentencia no se indique nada al respecto. Este artículo establece el deber de pagar unos determinados intereses hasta el completo abono de la cantidad a que condena la sentencia; intereses que nada tienen que ver con los que se hubieran pactado previamente entre las partes por contrato.

**Capitalización de intereses.**—El TS rechaza que exista en nuestro ordenamiento una norma sobre capitalización de intereses. Tal capitalización no la establecen ni el artículo 921 LEC, ni el artículo 1109 CC. (STS de 27 de febrero de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—En procedimiento de mayor cuantía sobre deudas se requiere al acreedor a presentar escrito de liquidación de intereses. Ante la oposición del deudor a esta liquidación, se abre pieza separada de impugnación de intereses.

El Juzgado de Primera Instancia dicta Auto en el que fija los intereses en diecisiete millones. Apelado este auto por los deudores (recurso al que se adhiere el acreedor), la Audiencia Provincial desestima el recurso y eleva la cantidad de los intereses a veinticuatro millones, fijando un tipo de interés compuesto, consistente en capitalizar los intereses devengados en cada período anual. Presentado recurso de casación ante el TS, éste declara haber lugar al recurso.

NOTA.—Téngase en cuenta que la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, cuya entrada en vigor está prevista para el 8 de enero del año 2001, contiene la regulación los llamados «intereses de la mora procesal» en el artículo 576, que sustituye a los actuales párrafos 4.º y 5.º del artículo 921 LEC. (A. M. M.)



**79. Error judicial. Finalidad.**—Como indica el TS, el error judicial no intenta corregir el desacierto en la resolución judicial, puesto que no es exigible su total acierto, dado que en el proceso no se actúa con una verdad material que pueda dar lugar a una certeza absoluta. Lo que busca es corregir la falta de atención del juzgador y las resoluciones que resultan injustificables desde el punto de vista del Derecho. De esta forma, hay que negar que a través de esta figura se trate de establecer una tercera instancia.

**Error judicial. Objeto.**—Conforme a su amplia jurisprudencia (reflejada, entre otras, en la STS de 20 de enero de 1998), declara el TS que el objeto del error judicial recae sobre equivocaciones manifiestas en la fijación de los hechos (bien porque se enjuician hechos distintos a los que han sido debatidos o bien porque se ofrece una equivocada información sobre los hechos enjuiciados), o en la interpretación y aplicación de la Ley (por aplicar normas inexistentes o entendidas más allá de su sentido y alcance). El resultado es una actuación judicial que queda fuera de los cauces legales y contradice lo que es evidente. Esta figura del error judicial no se refiere, por tanto, a conclusiones alcanzadas por el órgano judicial que no sean ilógicas y, por esto, no se considera error judicial la interpretación o análisis de hechos o de normas, cuando obedezcan a un proceso lógico o racional, sin prejuzgar si tal criterio es o no el único aceptable y si existen otras posibles interpretaciones.

**Fijación de los límites de la cuestión litigiosa.**—Establece el TS que los límites de la cuestión litigiosa se establecen a través de lo que las partes pretendan y aleguen en sus escritos de demanda, contestación, reconvencción y contestación a lo reconvenido, que son los que rigen el proceso. (STS de 15 de diciembre de 1998; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Un grupo de funcionarios de policía interpone recurso contencioso-administrativo contra la Dirección General de policía, solicitando el abono de cierto complemento salarial. La representación y dirección de este proceso queda a cargo del abogado don A. G. L., cuyos servicios parece ser que contrató el *Sindicato Unificado de Policía*, al cual se dirigieron los funcionarios demandantes para recabar ayuda. El recurso se desestima y los demandantes interponen recurso de revisión, que es desestimado por estar fuera de plazo. Ante estos hechos, uno de los funcionarios demandantes en el proceso, don J. H. G., interpone demanda contra don A. G. L. por actuación profesional negligente.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, por no apreciar responsabilidad en la actuación del letrado demandado. Interpuesto recurso de apelación por don J. H. G., la Audiencia Provincial lo estima parcialmente, revocando la condena en costas que se hizo en primera instancia y confirmando en lo demás la sentencia del Juzgado. Considera este Tribunal que no concurre legitimación activa en el demandante, al haber sido contratado el abogado demandado realmente por el *Sindicato Unificado de Policía*, y no por el demandante. A la vista de esta sentencia, el demandante en primera instancia interpone demanda sobre declaración de error judicial. Recabados los informes del Abogado del Estado, el Ministerio Fiscal y la Audiencia Provincial de instancia, el TS resuelve declarando no haber lugar a la demanda. (A. M. M.)

