

567

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LIII, FASCÍCULO IV

Octubre-diciembre, 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

	<u>Pág.</u>
Estudios monográficos	
Juan Bms. VALLET DE GOYTISOLO: «La naturaleza de las cosas y de cada cosa y su cognoscibilidad por el hombre» .....	1319
Andreas WACKE: « <i>Ex post facto convallescere</i> en Derecho romano y Derecho alemán moderno» .....	1369
M. <sup>a</sup> Paz GARCÍA RUBIO: «El apartamiento sucesorio en el Derecho civil gallego» .....	1397
M. <sup>a</sup> del Rosario DíAZ ROMERO: «La responsabilidad civil extracontractual de los deportistas» .....	1483
Bibliografía	
LIBROS	
ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen: «Negocios atributivos <i>post mortem</i> », por José Antonio Doral García .....	1547

CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: «Los deberes de protección del deudor en el Derecho Civil, en el Mercantil y en el Laboral», por Esther Gómez Calle .....	1556
COLÁS ESCANDÓN, Ana María: «La ratificación», por Nieves Moralejo Imbernón .....	1567
DOMINGO, Rafael: «Auctoritas», por Juan Manuel Blanch Nougues .....	1575
ECHEVERRÍA SUMMERS, Francisco M.: «El estatuto de la propiedad horizontal. Análisis del ámbito de actuación de los particulares en la propiedad horizontal a través de la figura del estatuto», por Fernando Morillo González .....	1579
RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, José Ignacio: «El principio de relatividad de los contratos en el Derecho español», por Máximo Juan Pérez García, .....	1584
SANTOS MORÓN, M. <sup>a</sup> José: «Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos. Honor, intimidad e imagen», por Remedios Aranda Rodríguez .....	1591
VVAA: «Mélanges en l'honneur de Denis Tallon. D'ici, d'ailleurs: Harmonisation et dynamique du droit», por Gabriel García Cantero .....	1595
ZIMMERMANN, Reinhard/WHITTAKER, Simon (editores): «Good Faith in European Contract Law», por Antoni Vaquer Aloy .....	1598

#### REVISTAS EXTRANJERAS

Por Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, M. <sup>a</sup> del Rosario DÍAZ ROMERO, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, M. <sup>a</sup> Paz GARCÍA RUBIO, Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA, Carmen JEREZ DELGADO, Jordi RIBOT IGUALADA, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, Albert RUDA GONZÁLEZ, Isabel SIERRA PÉREZ, Josep SOLÉ FELIU, .....	1601
---	------

#### Jurisprudencia del Tribunal Supremo

##### NOTA CRÍTICA

M. <sup>a</sup> Paz GARCÍA RUBIO: «Construcción extralimitada con mala fe del constructor. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1. <sup>a</sup> ), de 27 de enero de 2000, núm. 54/200, rec. 1233/1995, Ponente don José de Asís Garrote» .....	1661
---	------

##### SENTENCIAS

A cargo de Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ. Colaboran: Pilar CÁMARA ÁGUILA, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO, Rocío DIÉGUEZ OLIVA, Miriam de la FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, Antonio GÁLVEZ CRIADO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Regina GAYA SICILIA, Ainhoa GUTIÉRREZ BARRENENGOA, Ana Isabel HERRÁN ORTIZ, Javier LARENA BELDARRAÍN, Óscar MONJE BALMASEDA, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Antonio José QUE-SADA SÁNCHEZ, Lis SAN MIGUEL PRADERA .....	1669
---	------

# **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 IV  
Octubre-diciembre, 2000

MINISTERIO DE JUSTICIA  
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA  
Boletín Oficial del Estado

MADRID, 2000

---

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

---

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

---

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

# ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

## La naturaleza de las cosas y de cada cosa y su cognoscibilidad por el hombre

JUAN BMS. VALLET DE GOYTISOLO

SUMARIO: 1. Planteamiento del tema: La naturaleza de las cosas y de cada cosa, y la imagen que de ellas configuramos los hombres.–2. Perspectiva óptica de la *rerum natura* y la *natura rei*.–3. ¿En qué medida el conocimiento de la naturaleza de las cosas es asequible al hombre?– 4. La imagen mental que tenemos de la naturaleza de las cosas y de cada cosa.–5. Participación del hombre en el orden de las cosas. 6. Función de la naturaleza de las cosas y de cada cosa en el derecho.–7. Función jurídica de la naturaleza de las cosas como fuente de derecho, en la interpretación, la analogía y la equidad: A) La naturaleza de las cosas como fuente material del derecho. B) La naturaleza de las cosas y la interpretación. C) Función de la naturaleza de las cosas en la analogía. D) Función de la naturaleza de las cosas en la determinación de la equidad.

### 1. PLANTEAMIENTO DEL TEMA: LA NATURALEZA DE LAS COSAS Y DE CADA COSA, Y LA IMAGEN QUE DE ELLAS CONFIGURAMOS LOS HOMBRES

En el segundo volumen de mi *Metodología de la determinación del derecho* he dedicado a la naturaleza de las cosas un capítulo entero<sup>1</sup> y dos epígrafes de otro<sup>2</sup>. Sin perjuicio de remitir a ellos a los lectores a quienes especialmente interese, creo que es necesario exponer sintéticamente y ordenadamente los resultados a los que allí llegamos. Y, para ello, en esta exposición voy a partir fundamentalmente de dos distinciones, que allí establecí:

a) Entre naturaleza de todas las cosas (*natura rerum*) y naturaleza de cada cosa (*natura rei* o *Natur der Sache*).

---

<sup>1</sup> *Metodología de la determinación del derecho II, Parte sistemática*, Madrid, Centro Cultural Ramón Areces-Consejo Superior del Notariado, 1996, 28-37, pp. 133-196.

<sup>2</sup> *Ibid.*, 171-172, pp. 892-901.



b) Entre la *realidad óptica* de ambas y la *imagen mental* que de ellas podemos captar los hombres.

La imagen de la naturaleza de las cosas y de cada cosa que podemos formarnos los hombres y el modo de captarla no puede alcanzar la conocida por Dios, creador y ordenador suyo, y es muy distinta de la que observan las águilas, los delfines, las serpientes o las hormigas, pongo por ejemplo.

El hombre –repito– forma parte de la naturaleza de las cosas como objeto y como sujeto, pasivo y activo. En este último papel es causa segunda de su orden. Lo capta, observa e interviene desde dentro, integrado en ella, formando parte de las cosas. No como un observador exterior y ajeno, situado fuera del mundo.

La primera cuestión que la naturaleza de las cosas plantea, puede concretarse en estas dos preguntas:

1.<sup>a</sup> ¿Existe en la naturaleza un orden formal –es decir, tienen alguna realidad los universales– y causal –material, eficiente y final (teleológico)–, y contiene unos valores –su axiología–, por ser un orden no sólo físico sino también metafísico, en cuanto moral?

2.<sup>a</sup> En caso de existir ese orden, ¿es asequible a los hombres su conocimiento?

La primera de estas dos preguntas se centra en lo debatido en la conocida como disputa de los *universales*. Fue antecedida por otra disputa teológica acerca de si la *voluntad* de Dios va unida, en el acto creador, a su *razón infinita* de la que necesariamente es inseparable, o bien su *voluntad suprema* puede, en todo momento, variar ese orden diseñado por su razón al crearlo, que es precisamente lo que afirma el *voluntarismo*.

El nominalismo va más allá, pues entiende que Dios no ha creado sino cosas singulares, que –según la originaria concepción teologista– Él dirige; y aquello en lo que Él no interviene queda sometido a la voluntad de los hombres. Después –conforme la concepción laicista– es el hombre quien debe conformar el mundo material, someténdolo a su razón y a su voluntad autónomas, o –a tenor de cierto progresismo cristiano– Dios ha delegado en el hombre para que concluya su obra.

Pero veamos por partes los pasos dados por el voluntarismo y el nominalismo.

a) El voluntarismo, según refirió en 1190 el rabino cordobés Maimónides<sup>3</sup>, había sido sostenido por los mutaclines, tanto griegos cristianizados como musulmanes.

Ciertamente, entre éstos, un siglo antes el teólogo musulmán Algacel había defendido el voluntarismo divino, en su obra *Destrucción de los filósofos*, a la que respondió el filósofo cordobés Averroes con otra suya, *Destrucción de la destrucción*<sup>4</sup>.

En el siglo XIV, Juan Duns Escoto<sup>5</sup>, con referencia al orden de la naturaleza, diferenciaría la perspectiva de los filósofos y lo que él, como teólogo, consideraba; e hizo ésta reflexión: «Si Dios pudiera causar cualquier efecto fuera del orden de las causas en el universo, este orden no sería simplemente necesario. Luego tampoco sería esencial; lo que según los filósofos es inconveniente». Y, en sus respuestas correspondientes, efectúa esta precisión<sup>6</sup>: «El filósofo pone este poder necesariamente unido al acto porque entre los extremos absolutamente necesarios hay relación absolutamente necesaria», y «necesaria con necesidad de inmutabilidad», «de inevitabilidad». En cambio: «El teólogo disiente» [...] «no afirma que Dios mueve el cielo necesariamente, sólo afirma que lo puede mover en tiempo infinito».

Este franciscano escocés no se detuvo en esa sola afirmación, sino que, desde ella, fue más allá; desentendiéndose de la ley eterna. A su juicio, eterna no es la ley; eterno es el legislador. De ese modo, en la ley moral una cosa es *mala quia prohibita* y no *prohibita quia mala*. Afirmación que también se traslada al ámbito de la ley positiva humana.

En el campo jurídico, Duns Escoto además: a) Pone como norma primera, para la determinación del derecho, la ley divina positiva, dando, con ello, entrada a las interpretaciones teologistas. b) Reduce enormemente el ámbito de la naturaleza de las cosas y de cada cosa para la determinación del derecho, pues sólo exige que sea «consonante con el amor divino», y acentúa el valor de las normas de derecho positivo humano, si son «determinaciones consonantes», sin requerir que sean «conclusiones» o «determinaciones» de derecho natural. c) Fundamenta el método exegético, que los comentaristas habían superado y dejado en segundo plano. d) Pone el cimiento sobre el cual se asentará el contrato social –por

<sup>3</sup> RABBI MOSE BEN MAIMON, *Guía de perplejos*, 71; cfr. ed. Madrid, Ed. Nacional, 1983, p. 199.

<sup>4</sup> Cfr. E. GILSON, *La unidad de la experiencia filosófica*, I, III, Madrid, Rialp, 1960, pp. 57 y s.

<sup>5</sup> JUAN DUNS ESCOTO, *Quaestiones quodlibetales*, 7, 2, 46; cfr. ed. Madrid, B.A.C., 1966, p. 271.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 288.

el cual, a partir de Hobbes, el estado de naturaleza sería cancelado por el establecimiento de la sociedad civil, subsumida por el Estado surgido del pacto—, origen del constructivismo y del positivismo formalista, que deja el derecho al arbitrio, más o menos reglado, del órgano estatal correspondiente <sup>7</sup>.

b) El *nominalismo*, con indudables antecedentes en los sofistas y atomistas griegos y, en el siglo v, en Boecio, fue designado ya con esta denominación en el siglo xi por el Obispo de Compiègne, Roscelino, y, en el siglo xiv, se impuso en la filosofía de Guillermo de Ockham y, después, en la concepción de la ciencia que prevalecería en la Modernidad.

El primer paso dado en el voluntarismo por Escoto sería seguido por su hermano en religión, franciscano como él, Guillermo de Ockham <sup>8</sup>, que dio el siguiente y decisivo que condujo al nominalismo. En él, el límite puesto a la potencia absoluta de Dios de no contradecirse queda tan reducido, que no se opone a que Dios pueda ordenar al hombre el odio contra Él, que, en su caso y desde el momento en que Él lo mandara, sería una acción buena y misericordiosa <sup>9</sup>. Así desaparecería también el principio escotista de la «consonancia», única base para inducir, según Escoto, el derecho natural. Pero, además, Ockham negaba que exista un orden en la naturaleza ni siquiera en la mente de Dios. Según él, las denominaciones dadas a los universales no son sino signos expresivos, nombres, que sirven lingüísticamente para connotar la concurrencia de varios fenómenos singulares, significando un conocimiento confuso, imperfecto y parcial, indiferenciado de los individuos comprendidos en la denominación. Así trasladó al mundo del lenguaje y del pensamiento lo que por el realismo metódico se observa como géneros y especies de las cosas y como orden ínsito en ellas.

De ese modo, la *res cogitans*, el mundo del pensamiento, se separa del mundo de las cosas, *res extensa*, al reducir ésta a la materia inerte e informe, a la que aquélla —movida por la voluntad de Dios o de los hombres— debe configurar y poner en movimiento.

La separación de ambos mundos, el del espíritu y el de las cosas, conllevó una contraposición entre idealistas —con Descartes <sup>10</sup> a su cabeza— y de empiristas <sup>11</sup>.

<sup>7</sup> Cfr. *Metodología de la determinación del derecho. Perspectiva histórica*, Madrid, Centro Cultural Ramón Areces, 1994, 117-118, pp. 326-335.

<sup>8</sup> Cfr. *Ibid.*, 119-120, pp. 334-343.

<sup>9</sup> G. DE OCKHAM, *Sentencias*, 14.

<sup>10</sup> Cfr. *Perspectiva histórica*, 178, pp. 573-576.

<sup>11</sup> *Contraste entre un texto de Baldo y otro de Hume*, 3, A.R.A.J. y L. 27, p. 141.

Entre estos últimos, Francis Bacon aplicó a las ciencias humanas el nuevo método que Galileo había utilizado para las ciencias físicas, *resolutivo-compositivo*. Pretendía el Señor de Berulam que el hombre conquistara la naturaleza; que sólo debería ser tenida en consideración para vencer su resistencia a ese pretendido dominio del hombre. Como nominalista, desechaba las causas formales y finales, a las que califica de «vírgenes estériles»; pero, en cambio, consideraba que la causalidad eficiente, entendida mecanicistamente, es la única categoría explicativa de los fenómenos sociales. Por eso debe decaer la función de la *praxis* en el hombre y prevalecer la operatividad de la *poiésis* y la *teckné*. El *homo faver*, gracias al progreso conseguido por esa vía, se adelanta y desplaza al *homo sapiens*<sup>12</sup>.

El nominalismo alcanza su máximo vigor con Hobbes, para quien todo entendimiento y todo progreso lingüístico resultan de convenciones, por las que se asigna sentido y contenido a las palabras, lo mismo que se impone un orden a la sociedad humana. En su manera de operar partió del análisis del hombre aislado, en estado asocial y del análisis de sus sensaciones; y no de sentido ni razón naturales capaces de enjuiciar moralmente lo bueno y lo malo<sup>13</sup>.

La realidad de las causas materiales y las eficientes –afirmada por F. Bacon– que había sido puesta de antemano en duda por Ockham –planteando que tal vez resultaba únicamente de una ilación psicológica– sería revisada por Hume, que no veía en ellas sino una *idea relacionada o asociada con una impresión presente* que nos hace creer en la conjunción causal de ciertos objetos por aparecerenos siempre unidos<sup>14</sup>.

El descarte por el nominalismo de que exista un orden ínsito en las cosas creadas, captable no sólo por la física sino más allá de ella por la metafísica, repercutió, incluso, en la concepción del orden físico del universo. Éste –que fue muy debatido en la Modernidad, sobre todo por Newton y Clarke con Leibniz– tenía por trasfondo la escisión entre *res extensa* y *res cogitans*, radicante en ese caso en la mente divina<sup>15</sup>. Ese dualismo del mundo de la mente y el de las cosas lo superó Spinoza, en un monismo panteísta, pero caería en un determinismo universal, en el cual se confunden Dios y la natu-

<sup>12</sup> Cfr. *Perspectiva histórica*, 176, pp. 566-570, y *Parte sistemática*, 31, p. 149.

<sup>13</sup> Cfr. *Perspectiva histórica*, 120, p. 338.

<sup>14</sup> Cfr. *Contraste entre un texto de Baldo y otro de Hume*, 3, p. 141.

<sup>15</sup> Cfr. *Montesquieu: Leyes, gobiernos y poderes*, Madrid, Civitas, 1986, cap. II, 2, pp. 85 y s., donde observo las explicaciones de Descartes, Newton, Leibniz, Spinoza, Malebranche, y 3, p. 88 y ss., donde recojo las críticas de Montesquieu, en especial a Spinoza.

raleza, mente y cuerpo resultan dos modos finitos de ser, dos atributos de la sustancia divina<sup>16</sup>.

Con esto se produce el fenómeno que Michel Villey<sup>17</sup> ha denominado la «rebelión de las cosas». Frente al intento de «dominar» las cosas –aunque sea «obedeciéndolas» en lo que se estime su «línea inatacable de resistencia»– se origina una corrupción *maximalista* de las cosas en la concepción nominalista. El mismo Villey, explica este «extraño fenómeno», como «curioso castigo del orgullo humano». El pensamiento moderno «había creído restituir al hombre el dominio de la producción del derecho, liberando el derecho de la naturaleza sin tener que pedir a ésta sino informaciones técnicas»; pero llega un momento en que «la naturaleza olvidada se venga; expulsada de la teoría de las fuentes del derecho, vuelve como el demonio del Evangelio, siete veces más fuerte; readmitida la naturaleza de las cosas como simple sirvienta se hace dueña del derecho». Así había ocurrido con Spinoza y, en el siglo XIX, ocurre con Marx y el marxismo<sup>18</sup>.

## 2. PERSPECTIVA ÓPTICA DE LA «RERUM NATURA» Y LA «NATURA REI»

Al comenzar el apartado anterior hemos distinguido la realidad de la naturaleza de las cosas y la de la naturaleza cada cosa, de una parte, y la imagen mental de ambas captada por los hombres, de otra. Lógicamente debemos comenzar por examinar la perspectiva óptica, según se ha explicado y explica, de la *rerum natura* y la *natura rei*.

Estas expresiones combinan dos sustantivos: *naturaleza* y *cosa* o *cosas*. Por ello es preciso observar en qué significado es utilizada cada una.

a) *Physis*, en griego, y *natura*, en latín, significan:

De una parte, la naturaleza tanto referida al proceso del «emerger», del «principio de un ser», del «llegar a ser», del «principio del movimiento».

Y, de otra, «todo cuanto hay», «como el conjunto de las cosas naturales», como «un todo», *complexum omnium substantiorum*, en cuanto sigue «un determinado orden», *ordo naturae*, o «natu-

<sup>16</sup> Cfr. E. GILSON, *La unidad de la experiencia filosófica*, cap. VII, pp. 220 y s.

<sup>17</sup> MICHEL VILLEY, «La nature des choses» I, 3, en *Droit et nature des choses*, París, Dalloz, 1965, pp. 78 y ss.

<sup>18</sup> Cfr. *Parte sistemática*, 32, pp. 155-160.

raleza», entendida como «el mundo», el «cosmos», el «universo», «el todo», «la realidad sublunar», etc., como «lo creado por Dios».

Esos dos significados –ha advertido Ferrater Mora<sup>19</sup>– no son incompatibles; pues el «engendrarse», el «nacer», el «llegar a ser», el «crecer», el «devenir», tanto pueden referirse a cualquier ser, a cada cosa, *esentia, forma, quidditas* de una cosa, como a «todo cuanto hay». A la vez, la expresión sustancia y causa –material, formal, eficiente y final–, ser y devenir, son aplicables a cada cosa y a todas en conjunto, con su orden universal.

Aristóteles<sup>20</sup> considera la naturaleza como la forma más adecuada a un objeto, y entiende que la naturaleza de una cosa viene a ser su mejor estado: «hemos de estudiar lo natural en los seres que se mantienen fieles a su naturaleza y no en los corrompidos»; y –contrariamente a lo que consideraban los atomistas y muchos estoicos– excluía los «movimientos violentos», los «despropósitos», los «monstruos», considerándolos «contrarios a la naturaleza», aunque se produzcan «naturalmente».

Arthur Kaufmann<sup>21</sup> dice que, según el estagirita, la naturaleza «constituye siempre la forma perfecta de la realidad del objeto. Lo natural es siempre el mejor estado de una cosa, entendiendo aquí la cosa en su sentido valorativo o axiológico y no meramente empírico».

La naturaleza, según los griegos presocráticos, tiene una forma. Y ésta, según Aristóteles, es la forma más adecuada de un objeto. Cada una tiene su causa formal, como lo tiene el orden de la naturaleza entera. Los escolásticos dominicanos hablan de la causa formal, que Francis Bacon califica de virgen estéril, como a la causa final. Pero resulta asombroso que lo vislumbrado por los griegos es confirmado hoy por la física cuántica. El astrofísico Grichta Bogdamov<sup>22</sup> dice, hoy se sabe, que la mariposa y el guijarro, sobre el cual aquélla reposa, son idénticos en sus partículas más elementales; su diferencia se halla en su estructura, más *ordenada* en la mariposa que en el guijarro. Es decir, científicamente, no las diferencia su causa material ni eficiente, sino su causa formal respectiva, obediente a una causa final.

<sup>19</sup> JOSÉ FERRATER MORA, *Diccionario de filosofía*, ed. Barcelona, Círculo de Lectores, 1991, voz, «Physis», pp. 2300 y s.

<sup>20</sup> ARISTÓTELES, *Política*, 1, 5, 1254.

<sup>21</sup> ARTHUR KAUFMANN, «Panorámica histórica de los problemas de la filosofía del derecho», 2, 2, 1, 3, en *El pensamiento jurídico contemporáneo*, p. 56.

<sup>22</sup> GRICHTA BOGDANOV, en diálogo con JEAN GITTON, *Dieu et la science*, París, Grasset, 1991, p. 60.

b) Los genitivos, plural y singular, *rerum* y *rei*, del nominativo *natura*, comprenden todas las cosas divinas y humanas –como dice en su definición de jurisprudencia Ulpiano– en su conjunto, en la expresión *rerum natura*, y cada una por separado, en la expresión *natura rei*. Comprenden ambas, al mismo tiempo, cosas y relaciones de las cosas, ser y movimiento<sup>23</sup>. Pero entre unas y otras se incluyen los hombres y todas las relaciones entre ellos mismos –sus instituciones, sus comunidades y sociedades– y con el entorno físico, climático, biológico –con todo lo que constituye su ecosistema–; así como sus hechos, actos, negocios. En suma, comprende el orden dinámico ínsito por Dios en su obra creadora, en la cual los hombres actúan como causas segundas.

Conforme la concepción clásica, la naturaleza de las cosas –como ha dicho Michel Villey<sup>24</sup>– «engloba abiertamente y sin reservas todo lo que existe en nuestro mundo; no tan sólo los objetos físicos materiales, sino la integridad del hombre, cuerpo y alma, y las instituciones sociales; es decir, todas las cosas del universo social en su *diversidad* y en su *movilidad*, o sea, con sus relaciones no sólo de causalidad eficiente sino también formales y finales, y con sus valores y sus esencias generales».

A su vez, en la naturaleza de cada cosa –la *natura rei* de que hablan los romanos, la *Natur der Sache*, a la que ha retornado la ciencia jurídica alemana en el siglo xx– no sólo se comprenden cosas en el sentido restringido de esa palabra, ni tan sólo su fenomenología, sino su axiología y teleología. Así –según Helmut Coing<sup>25</sup>–, se incluyen:

– La *naturaleza del hombre*, «sus capacidades naturales, sus impulsos, sus objetivos tal como se presentan en las diversas edades de la vida».

– La *estructuras del mundo que circunda al hombre*, como el ritmo noche-día, las diferentes clases de hechos (v.gr., cosas muebles e inmuebles).

– La *objetividad propia e interna de los diversos ámbitos de actividad del hombre*, ejército, actividad mercantil, organizaciones (científica, de la justicia, etc.) y cada uno de los determinados tipos de negocios.

<sup>23</sup> Cfr. SCHWARS-LIEBERMANN VON WALHENDORF, *Reflexions sur la nature des choses et la logique du droit*, París-La Haya, Mouton, 1973, cap. «Nature des choses et la logique du droit», 14, p. 15, que lo recoge –dice– de THEODOR HAECKER.

<sup>24</sup> MICHEL VILLEY, *op. cit.*, II, pp. 79 y ss.

<sup>25</sup> HELMUT COING, *Fundamentos de filosofía del derecho*, V, ed. en castellano, Barcelona, Ariel, 1961, pp. 131 y ss.

– Las *diversas comunidades en que vive el hombre*, comenzando por la familia, en las cuales «realiza las diversas tendencias que alientan en él: sus simples impulsos e instintos, como los de alimentación y habitación; sus aspiraciones vitales al poder, la influencia, el honor y la libertad; sus finalidades espirituales de buscar la verdad, la belleza, lo santo».

Pese a esa amplitud de contenido, la *Natur der Sache* no alcanza la plenitud que tiene *rerum natura* según los clásicos. El mismo Coing insinúa la posibilidad que así fuera, al decir<sup>26</sup> que, «la modesta expresión naturaleza de la cosa parece ampliarse hasta convertirse en la idea de un amplio orden de las cosas sociales», que «permite dar a la “abierta” justicia los criterios o escalas que le faltaban, de modo tal que la idea del derecho podría ampliarse hasta ser un orden concluso por la apelación al orden que yace inscrito en las cosas mismas». Pero no llega a dar el paso de admitirlo; pues, como tantos otros antes y después de él, *duda* de la inteligibilidad de este orden. En efecto, concluye<sup>27</sup> que no podemos obtener de la consideración de la naturaleza de la cosa esa «intelección del concluso orden que nos resolvería definitivamente los problemas dejados abiertos por el estudio de la idea del derecho. La naturaleza de la cosa nos ofrece elementos de ordenación, pero no un orden como tal». Sí acepta que «nos lleva al conocimiento de la materia con la que tiene que operar el orden jurídico»; pues, «la vida social no es una masa plenamente informe sino que tiene ya ciertas estructuras propias en las que tiene que basarse el orden jurídico». Ahí se detiene.

Lo mismo les sucede a Heinrich Henkel<sup>28</sup> y a Karl Larenz<sup>29</sup>, tanto en cuanto la amplitud de significado de la palabra *Sache* –cosa–, como respecto a la consideración de las cosas como *elementos de orden y estructura, preformas del derecho*, pero que requieren ulteriores conformaciones.

Ocurre que para estas ulteriores conformaciones, los tres citados autores acuden a los principios ético-jurídicos y a los valores, unos y otros intuitivos eidéticamente. Es decir que –como otras veces hemos recordado<sup>30</sup>– operan idealistamente en el plano superior de

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 134.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 139.

<sup>28</sup> H. HENKEL, *Introducción a la filosofía del derecho*, op. cit., § 25, cfr. en castellano, Madrid, Taurus, 1964, pp. 470-480.

<sup>29</sup> K. LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, II, V, 4, ed. en castellano, Barcelona, Ariel, 1980, pp. 414-418. Sintetizado lo recojo en *Parte sistemática*, 35, c, p. 181 y s.

<sup>30</sup> *Parte sistemática*, 35, c, párrafo final, p. 181.



los principios ético-jurídicos y de los valores hasta el punto de encuentro ascendente desde las cosas; y, en cambio, siguen el realismo metódico sólo en el plano inferior de la *Natur der Sache*, según ellos entienden la naturaleza de la cosa. Se diferencian así estos autores, en su modo de operar, del método seguido por el genuino realismo metódico, en que éste no razona en dos niveles distintos, sino en un único recorrido completo del conocimiento, en un repetido ir y venir de las cosas a la mente y de la mente a las cosas. Para ese realismo metódico, incluso los primeros principios ético-naturales son captados de la realidad, por *sindéresis*, al producirse un contacto entre *fulgor obiecti* y la *lumen mentis*<sup>31</sup>.

La escisión observada en Coing, Henkel y Larenz, entre el campo de los principios y los valores, en los que centran el deber ser, y el campo de la naturaleza de las cosas, que expresan del ser, es mucho más radical en el pensamiento de Karl Engisch<sup>32</sup>. Éste consideró que incluso la «naturaleza del hombre», la «naturaleza de las cosas», el *fundamentum in re*, son hipótesis metafísicas profundas basadas en una ley cósmica, como un orden universal o una razón universal; y, huyendo de esas profundidades, opta por seguir el dualismo metódico kantiano, atendiendo, de una parte, a la realidad empírica, y, de otra, a las ideas, los valores y los atributos valorativos.

### 3. ¿EN QUÉ MEDIDA EL CONOCIMIENTO DE LA NATURALEZA DE LAS COSAS ES ASEQUIBLE AL HOMBRE?

Hemos indicado al comenzar este capítulo que debe distinguirse la naturaleza de las cosas como realidad óptica y nuestra captación cognoscitiva de la naturaleza de las cosas en una imagen mental. Observado ya aproximativamente en qué consiste la naturaleza de las cosas como realidad óptica, parece que deberíamos observarla en su reflejo en la imagen mental que de ella nos formamos. Sin embargo, creo que, antes de penetrar en el examen de esta segunda perspectiva, resulta indispensable la previa consideración de si es asequible al hombre el conocimiento de la naturaleza de las cosas.

Esta cuestión ha sido muy discutida y ha tenido respuestas muy distintas.

---

<sup>31</sup> Cfr. *Concreción de los principios ético-naturales en principios generales de derecho y su reflejo en la interpretación* 1, A.R.A.C.M. y p., 73, 1995-1996, pp. 196 *in fine* y ss.; y recogido a continuación de *Que és el derecho natural*, pp. 85 *in fine* y ss.

<sup>32</sup> KARL ENGISCH, *La idea de concreción...*, cit., IV, pp. 209 y ss.

a) Según el nominalismo, la pregunta es ociosa; pues, si no existe naturaleza de las cosas con su orden, fines y valores, no cabe conocerla. Sólo estima posible conocer científicamente las cosas singulares y las estudia para someterlas al dominio técnico de los hombres a fin de lograr vencer su resistencia.

b) Conforme el realismo cabe conocer los universales; pero metódicamente, las direcciones realista e idealistas discrepan en el modo cognoscitivo.

Según el idealismo de Platón, existe en la naturaleza un orden formal —los universales son esferas del mismo— y un orden dinámico que por el *logos* es infundido a las cosas. Ese conocimiento del *logos* lo trae nuestra alma de la caverna en la que, en su vida ultraterrena, se hallan las almas antes de encarnarse. Del *logos* viene el sol de ideas que resplandecen en nuestra mente e ilumina las cosas mostrándonos su orden y las causas de ese orden. Ese *logos*, con su sol de ideas, nos permite descubrir la naturaleza formal de las cosas.

El cristianismo —según explicaría San Agustín— considera que el orden de las cosas se halla determinado en la ley eterna. Ahora bien, según Santo Tomás de Aquino, conforme su realismo metódico —como veremos—, ese orden se halla reflejado en las cosas, a partir de las cuales el hombre puede acceder a su conocimiento, por partes y en parte. Por el contrario, Francisco Suárez no sólo rechaza la cognoscibilidad directa de la ley eterna, sino también que nos sea asequible por mediación de las cosas, y estima que sólo nos es cognoscible por mediación de otra ley: la divina positiva, algunas leyes humanas justas y, sobre todo, por la ley natural, que —según él— se halla escrita en nuestra mente, en forma de mandatos que podemos leer en ella, con una reflexión más atenta, incluso en caso de cambio en la materia a que cada ley se refiere<sup>33</sup>.

c) El existencialismo de Heidegger discrepa tanto del idealismo como del realismo.

Acepta del idealismo que «el ser y la “realidad” sólo son “en la conciencia”» y en su «comprender» de que «el ser no puede explicarse por medio de ningún ente». Pero lo rechaza, en tanto «el idealismo erige la exégesis de la realidad en el vacío», «en la medida en que queda por explicar qué quiere decir ontológicamente esta misma comprensión del ser, cómo es posible y su inherencia a la constitución del “ser ahí”».

Del realismo dice que, en principio, la proposición ontológico-existencial parece coincidir con su tesis de que el mundo exterior

---

<sup>33</sup> Cfr. *Perspectiva histórica*, 147-148, pp. 431-441.

es «realmente», «ante los ojos». Pero discrepa de él, fundamentalmente porque el realismo «tiene la “realidad” del “mundo” por menesterosa de prueba, pero, al par, susceptible de ella»; y, especialmente, porque el realismo intenta «explicar ónticamente la “realidad” por medio de relaciones “causales” entre lo real»<sup>34</sup>. Rechaza, sobre todo, la definición de la verdad como *adequatio intellectus et res*, formulada por Santo Tomás de Aquino (*De interpr.* 1, 16, a, 6), por considerarla «muy general y vacua». A su juicio, el conocer «se comprueba *verdadero*» cuando se «asegura su verdad», «en el curso del fenómeno de la comprobación»: «Una proposición es *verdadera* significa descubre el ente en sí mismo. Pro-pone, muestra “permite ver”» al «ente en su “estado de descubierto”. El *ser verdadero* (la *verdad*) de la proposición debe entenderse como “ser descubridora”. La verdad no tiene, pues, en absoluto, la estructura de una concordancia entre el conocer y el objeto, en el sentido de una adecuación de un “ente” (sujeto) a otro ente (objeto)»<sup>35</sup>.

En contra de esta posición de Heidegger se han manifestado, entre otros autores, Sciacca<sup>36</sup>, Millán Puelles<sup>37</sup> y Colomer<sup>38</sup>, cuyas opiniones he tratado de sistematizar en el volumen II de la *Metodología de la determinación del derecho*<sup>39</sup>.

Lo cierto es que Heidegger, de una parte, no quiere ir más allá del *Dasein* —o sea el «ser-ahí» o «estar-ahí»—, por lo cual no concibe el conocimiento sino existencialmente. No sobrepasa el nominalismo, y no busca sino el «descubrimiento» del sentido (*Sinn*) de lo real del mundo exterior. De la realidad, según Kant, sólo captamos los fenómenos que encasillamos en conceptos mentales, y Heidegger pretende que des-velemos, des-cubramos el sentido de lo real de este mundo, «estando-ahí» en «estado abierto», con una serie de referencias, haciéndolo desde nuestra indigencia y nuestra temporalidad de seres limitados.

Sin duda, Heidegger ha traído al conocer una mayor penetración existencial, con el «ser ahí», en el «estado abierto» del sujeto y el «estado de descubierto» de los entes intramundados. Aunque él mismo viene a reconocer la necesidad de un juicio de adecua-

<sup>34</sup> M. HEIDEGGER, *El ser y el tiempo*, 43, a; *cfr.* 8.ª reimpresión en castellano, México, Fondo de Cultura Económica, 1968, pp. 227 y ss.

<sup>35</sup> *Ibid.*, 44 a, pp. 235 y ss.

<sup>36</sup> MICHELE FEDERICO SCIACCA, *La filosofía hoy*, Madrid, Escelicer, 1973, vol. I, cap. V, pp. 292 y 306 y ss.

<sup>37</sup> ANTONIO MILLÁN PUELLES, *Léxico filosófico*, voz «Verdad del conocimiento», Madrid, Rialp, 1984, pp. 583 y ss.

<sup>38</sup> EUSEBI COLOMER, *El pensamiento alemán de Kant a Heidegger*, vol. III, Barcelona, Herder, 1990, caps. IX y X, pp. 509-670.

<sup>39</sup> *Parte sistemática*, 102 bis, p. 529, 22, pp. 99 y ss.; y 160, pp. 840 y ss.

ción, sin embargo, debido a su punto de partida nominalista, no considera que nuestro conocer se obtenga por una reflexión originaria, en la imagen de su universal, sino como un acto que retrocede sobre un acto anterior, en el cual recela que pudo haber error.

En efecto, en su consideración de nuestra indigencia, dice <sup>40</sup>: «A la constitución del “ser ahí” es inherente la *caída*», el hallarse «perdido en el “mundo”». «Lo descubierto y abierto se halla en el modo de “estado de desfigurado” y “estado cerrado” por obra de habladurías, la avidez de novedades y la ambigüedad. El “ser relativamente a los entes” no está extinto, pero sí arrancado a sus raíces». De ahí –advierte– que «el “ser ahí” necesita esencialmente apropiarse en forma expresa lo ya descubierto, *defendiéndolo así contra* el “parecer” y la “desfiguración” y asegurarse reiteradamente el “estado descubierto” de ello».

Esa posibilidad de desfiguración parece que es el motivo por el cual Heidegger no reconoce más «verdad» que la existencial, no admite la *intelectiva* de la *adaequatio res et intellectus* y rechaza que se identifiquen por su universal intelectualmente las cosas singulares, o sea en imagen por su género y especie.

A su vez, Heidegger <sup>41</sup> ve un remedio de la temporalidad del hombre, en la tradición, o sea, en «una existencia transmitida»; pero, recela de ella y, por ello, exige «el retroceso a posibilidades de “ser ahí”, “sido ahí”», que «se funda existencialmente en “el precursor estado de resuelto”»; pues únicamente en éste se hace la elección que deja en libertad para pugnar, para seguir, ser fiel a lo reiterable», sin que, con esa reiteración, se «abandone al pasado». O sea, parte de una tradición existenciaría, no de la tradición de un conocimiento intelectual; puesto que –advierte– esa tradición puede llegar desfigurada respecto de la realidad y, en ese caso, es preciso la «*revocación* de lo que en él hoy sigue actuando como pasado».

d) En cambio, el realismo metódico, si bien considera que nos es inasequible el fundamento y el ser último de todas las cosas, entiende que esto no implica que no podamos saber algo de todas ellas, en general, y, en particular, de cada cosa, al menos en lo que es suficiente para guiar nuestra conducta en este mundo. Tenemos un conocimiento parcial e inseguro, en el que a veces progresamos y otras retrocedemos, en medio de una inmensa ignorancia; pero no por eso podemos desechar lo que sabemos, ni desistir de tratar de conocer más.

<sup>40</sup> HEIDEGGER, *op. últ. cit.*, 44 b, pp. 242 y ss.

<sup>41</sup> *Ibid.*, 74, pp. 416 y s.

En ese contexto Santo Tomás de Aquino<sup>42</sup> reconocía que nunca conoceremos tantas cosas que no podamos conocer más; por lo cual, ni actual ni habitualmente el hombre puede alcanzar lo infinito, pues nuestra intelección no abarca sino lo que puede ser entendido sucesivamente, una parte después de la otra, ya que las especies inteligibles entran sucesivamente en nuestro entendimiento, que no puede abarcar en acto muchas cosas simultáneamente. El objeto del entendimiento –sigue en la cuestión siguiente<sup>43</sup>– es el ser y la verdad; pero, a diferencia de los ángeles, no podemos conocerlos inmediatamente, porque el objeto de nuestro entendimiento durante esta vida no es cualquier verdad sino únicamente el ser y la verdad considerados en las cosas materiales, a través de las cuales llegamos a los conocimientos que nos son asequibles.

El mismo aquinatense, al tratar de la ley eterna, comienza por reconocer<sup>44</sup> que «no podemos conocer las cosas de Dios en sí mismas; pero se nos manifiestan por sus efectos, como indican aquellas palabras de la epístola a los romanos. “Las cosas invisibles de Dios son alcanzadas mediante el conocimiento de las cosas creadas”». Y sigue<sup>45</sup>: «Si bien todos, según su capacidad, conocen la ley eterna de la manera que hemos expuesto, nadie puede comprenderla totalmente, porque no puede manifestarse plenamente a través de sus efectos. Por eso, no es necesario que todo el que conoce la ley eterna de la manera expuesta conozca con perfección el orden en que están colocadas admirablemente todas las cosas». Y advierte<sup>46</sup>: «Una cosa puede entenderse de dos maneras: Primera: de modo que una facultad cognoscitiva juzgue de su propio efecto como lo expresa Job: “¿No juzga de los sonidos el oído y del sabor el paladar del que come?”. Es a este género de juicio al que alude el Filósofo [Aristóteles] al decir que “cada uno juzga bien lo que conoce” a saber: juzgando si es verdadero lo que propone. Segunda, al modo que un superior juzga del inferior con un juicio práctico, es decir, si debe ser así o si no debe ser así; y de esta manera nadie puede enjuiciar la ley eterna».

Siglos después, Giambattista Vico<sup>47</sup> diría que el conocimiento de la verdad de las cosas (su *vero* o *verum*) sólo lo conoce plenamente Dios, que las hecho (*fatto* o *factum*) y de las cuales reúne y

<sup>42</sup> Santo Tomás de Aquino, *S. Th.* 1.<sup>a</sup>, 86, 2.

<sup>43</sup> *Ibid.*, 87, 3.

<sup>44</sup> *Ibid.*, 1.<sup>a</sup>-2.<sup>a</sup>, 93, 2, ad 1.

<sup>45</sup> *Ibid.*, ad 2.

<sup>46</sup> *Ibid.*, ad 3.

<sup>47</sup> VICO, *Dell' antichissima sapienza italica*, I, IX, II, en «Opere», ed. Milán-Nápoles, Riccardo Riccardi, 1953, pp. 248 y ss. y 251 y ss.

dispone todos sus elementos intrínsecos y extrínsecos. En contraste con este conocimiento, que parangona con una imagen sólida, en relieve, contrasta el saber que el hombre tiene de las cosas que ha hecho, y fundamentalmente de la historia civil o de las naciones, que alcanza a conocer en imagen plana, así como en una pintura, cuando consigue un saber cierto (*certo* o *certum*) de cómo ha sido hecha.

O sea, resumiendo lo dicho por estos dos autores, cabe decir que el hombre puede lograr un conocimiento superficial, incompleto, provisional, en el que puede progresar —aunque también retroceder—, partiendo de los fenómenos que manifiestan las cosas; y de las consecuencias que observa puede aproximarse algo a sus causas. Así se puede alcanzar el conocimiento en una medida suficiente para guiarse, aunque sea tanteando, vacilantemente, en su actividad práctica individual y social. El más elemental sentido común nos dice que es preferible partir de ahí, a excusarnos de que absolutamente nada podemos saber, y, por ello, afirmar que es necesario construir nuestro mundo social humano y tratar de hacerlo —e incluso el entorno físico en que nos hallamos y vivimos— arbitrariamente, conforme queremos o según nos dicte nuestra sola razón abstracta.

En la perspectiva de la física cuántica actual, Igor Bogdanow<sup>48</sup> repite la frase del físico norteamericano Heinz Pagel que dice: «Yo creo que el universo es un mensaje redactado en un código secreto, un código cósmico, y que la tarea del científico consiste en descifrar ese código». Pienso que esta misma tarea que, desde el campo de la astrofísica al de la microbiología y de la física cuántica, compete a los especialistas en esas ciencias, paralelamente en el campo de las ciencias humanas es la que corresponde a sus respectivos cultivadores.

#### 4. LA IMAGEN MENTAL QUE TENEMOS DE LA NATURALEZA DE LAS COSAS Y DE CADA COSA

¿Cuál y cómo es la imagen mental que de la naturaleza de las cosas y de cada cosa nos formamos? ¿Cómo la captamos?

Si rumiamos lo que en el apartado anterior hemos visto, podemos percatarnos de que existen evidentes diferencias en el modo de concebir por las diversas escuelas la imagen mental de las cosas.

---

<sup>48</sup> IGOR BOGDANOV, en diálogo con JEAN GITTON, *op. cit.*, p. 184.

Y no solamente las hay entre quienes de uno u otro modo mantienen la existencia y cognoscibilidad de la naturaleza de las cosas, sino también entre quienes, negando su realidad, o su cognoscibilidad por mediación de las cosas sensibles, creen que pueden conocerse intelectivamente mediante una intuición eidética.

Hace años, reflexionando en torno de lo que –al escribir la *Parte sistemática* de mi *Metodología de la determinación del derecho*– había comprendido acerca de los diversos modos de concebir la imagen general de la naturaleza de las cosas y la específica de cada cosa, sintéticamente expuse<sup>49</sup> –en orden inverso al que ahora seguiré– la siguiente tridistinción de estas encontradas concepciones:

– Una achaca al realismo que estereotipa la naturaleza de las cosas fijándola en nuestra cabeza como en una *diapositiva*, a la cual pretendemos adecuar todas las cosas. Esta visión es –creo– la que Heidegger acusa al realismo de tenerla y la rechaza a la par que a él.

– Otra entiende que todo cuanto percibimos viene a sernos reflejado en esa especie de espejo interior del que había hablado Leibniz. Es la perspectiva –entiendo yo– en la que Heidegger, «estando ahí» en «estado abierto», trata de ver reflejadas las cosas del mundo exterior.

– La tercera, que pienso es la genuinamente empleada por el realismo metódico, entiende que, en una especie de *pantalla interior, siempre abierta y receptiva*, configuramos las percepciones de los fenómenos que captamos con nuestros sentidos externos, que el sentido común –raíz común de todos los sentidos– unifica, la figurativa diseña poniéndolas en relación con las imágenes que tenemos atesoradas en la memoria, y nuestra cogitativa estima, indicándonos la conducta que debemos tener respecto de la cosa, hecho o acto reflejados en la pantalla. En ella operamos intelectualmente, comparando los objetos intelegidos que captamos del modo indicado con las imágenes, más o menos universales y tipificadas, que tenemos en la memoria, pero en la configuración las cuales inciden, también, esas nuevas imágenes.

De ese modo, si bien a veces encuadramos en aquéllas las figuras de las cosas singulares que captamos, otras veces la percepción de la imagen de éstas puede hacernos modificar la previa configuración universal que tenemos de ellas, provocándonos rectificaciones o acomodaciones.

<sup>49</sup> *Introducción al tema «Dios y la naturaleza de las cosas»*, 8; cfr. en *Verbo*, 349-350, pp. 884 y s.

Es muy posible que la imagen fija en diapositiva la tengan algunos filósofos que, siendo realistas respecto de la existencia de los universales, son metódicamente idealistas e, incluso, algunos neotomistas que atienden a la letra algunos textos del aquinatense pero no siguen su método. Pero esta visión no es la de Aristóteles ni la de Santo Tomás.

El estagirita<sup>50</sup> señala cuál es el doble movimiento cognoscitivo por el que se produce nuestro conocimiento de los singulares, que explicaría ampliamente Santo Tomás de Aquino<sup>51</sup> diferenciando: *Primero*, «el movimiento de la parte sensitiva que termina en la mente, como ocurre en el movimiento que va desde las cosas hasta el alma»; y que *por cierta reflexión*, la mente sigue este proceso: «Al conocer su objeto, que es de alguna naturaleza universal, vuelve sobre el conocimiento de su propio acto; ulteriormente, sobre la especie que es principio de su acto; y, en fin, sobre la imagen *–phantasmata–* de la que se origina la especie, y así logra algún conocimiento singular». *Segundo*: «El movimiento, que va del alma hacia las cosas, empieza en la mente y pasa a la parte sensitiva, en cuanto la mente rige las facultades inferiores», y «penetra en los singulares mediante la razón individual».

Victorino Rodríguez<sup>52</sup> resume estas consideraciones, explicando que nuestro entendimiento «emplea los fantasmas *–imágenes mentales–* de dos maneras»:

*Primero*, recibiendo de ellos la ciencia, lo cual ocurre en aquellos que aún no tienen ciencia, conforme un movimiento que va de las cosas al alma.

«*Segundo*, según el movimiento que parte del alma hacia las cosas, en cuanto *usa de los fantasmas como ejemplos en los que ve lo que considera*, de lo cual ya tenía antes ciencia habitual».

De otra manera, Juan de Santo Tomás<sup>53</sup> mostró porque es necesario volver del concepto universal al singular. La razón es *–dice–* porque aquél de ningún modo «agota la significación de la voz», por lo cual es «concepto no ultimado», pues «representa una voz que tiene muchas significaciones», que «no están en el concepto formalmente, sino objetivamente», debido a los muchos accidentes variantes en cada singular.

<sup>50</sup> ARISTÓTELES, *Metafísica*, I, 1.

<sup>51</sup> SANTO TÓMAS DE AQUINO, *De veritate*, 10, 5, en rel. III, *Sent.* 14, 3, 3.

<sup>52</sup> VICTORINO RODRÍGUEZ, *Los sentidos internos*, Barcelona, P.P.U. 1993, p. 134.

<sup>53</sup> JUAN DE SANTO TOMÁS, *Ars logica-Secunda pars super libros perihermineias. Cinco libros priorum*, ed. cit., *quaest.* XXXIII, art. IV, pp. 209 y ss.



Esta imagen mental de la naturaleza de la cosa es, ciertamente, también llamada naturaleza de la cosa con nombre idéntico al correspondiente a la realidad óptica que representa. Y esto ha dado lugar a alguna confusión. Así Arthur Kaufmann<sup>54</sup> dice que la «naturaleza de la cosa» es «un *intermediario entre ser y deber ser*». Afirmación ante la cual Jon Schapp<sup>55</sup> ha dicho, que, así como el mundo «nunca es puro mundo de hechos, sino siempre es mundo de vida», la naturaleza de las cosas no puede ser un puente mediador entre ser y deber ser, pues todo puente implica separación entre lo que une.

Por mi parte, he advertido<sup>56</sup>, y repito, que esa imagen del puente mediador no une un «deber ser» ideal, recogido en una norma, y un «ser», sin valor propio que debe recibirlo del «deber ser». Sino que, tanto éste como aquél, los captamos mentalmente de la naturaleza de las cosas, en su realidad óptica, de la que obtenemos: los primeros principios de la razón teórica, por nuestra facultad del *intellectus principiorum*, y los de la razón práctica, por la facultad y el hábito de la *sindéresis*; los universales en imagen mental por abstracción integrativa; los valores y cualidades, por abstracción por composición, y en fin la norma adecuada a un hecho-tipo. Ahora bien, como sea que los hombres no somos capaces de conocer en concreto en un solo acto esa realidad óptica, sino mediante sucesivas experiencias, es preciso que nos apoyemos en unos datos mentales previamente establecidos, como son los principios y las normas para relacionarlas, en cada caso concreto, con la mediación —como puente ideal— de la imagen que tenemos de la naturaleza de la cosa y que la relacionemos con la que captamos de la cosa (hecho o relación) que enjuiciamos.

En ese sentido podemos decir que la imagen mental representativa que tenemos de la naturaleza de la cosa, actúa como mediadora —sentido en el que Kaufmann emplea esta expresión aunque en otro sentido, como veremos en la próxima nota—, para que relacionemos mentalmente la naturaleza de la cosa representada —en el sentido óptico en que Schapp la emplea— con la cosa objeto de nuestro juicio y las normas, actuando aquella imagen como pauta interpretativa en esa comparación. Es decir, es la imagen mental de la naturaleza de la cosa la que actúa de puente mediador; mientras que en la

<sup>54</sup> ARTHUR KAUFMANN, *Analogía y «naturaleza de la cosa»* (1965), *cfr.* en castellano, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1976, VII, pp. 90 y s.

<sup>55</sup> JAN SCHAPP, *Problemas fundamentales de la metodología jurídica*, ed. en portugués, Porto Alegre (Brasil), Sergio Alonso Fabris, Ed., 1985, pp. 36 y s.

<sup>56</sup> *Parte sistemática*, 35, d, pag. 183 *in fine* y s.

naturaleza de la cosa ópticamente entendida el deber ser es la forma adecuada al ser de la misma cosa, inseparable de ella para ser lo que es<sup>56 bis</sup>.

<sup>56 bis</sup> En su reciente *Rechtsphilosophie*, cap. VI, IV München 1997 (cfr. ed. en castellano, *Filosofía del derecho*, Santa Fe de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, pp. 167 y ss.) ARTHUR KAUFMANN, tratando de la lógica y del método de la ciencia jurídica, recoge el siguiente pronunciamiento de SHÜNEMANN («Metodologische Prolegomena zur Rechtsfindung im Besonderen Teil des Strafrechts», en *Festschrift für Paul Beckelmann*, 1979, pp. 117 y, especialmente, 123): «Con el proceso de abducción concebido por Charles Pierce [...] se proporciona una irrefutable fundamentación científico-teórica a la idea tan apreciada y por mucho tiempo tan inaccesible—digna de oráculo—de la “naturaleza de las cosas”». Y lo comenta: «En realidad existe aquí un paralelo, en efecto, por cuanto mediante la “naturaleza de la cosa” también se busca hallar hipótesis que hacen posible “hacer menos tenso el rígido dualismo entre valor y realidad, entre deber ser y ser, aunque no lo superen” (RADBRUCH, *Verschule der Rechtsphilosophie*, 3.ª ed. 1963, p. 83). Por lo demás, se debe anotar que ya desde tiempo atrás no es posible hablar de una “popularidad” de la idea de la “naturaleza de la cosa”. Desde hace años se ha dado despedida a ese estereotipo al que se había acudido en razón del estado de necesidad jurídica en los días de la postguerra (yo he escrito “naturaleza de la cosa”, con todo, siempre entre comillas, es decir, en un metadidioma distanciando, y, en relación con esto, GUSTAV RADBRUCH habló tan sólo de “una manera de pensar”). En el futuro se le deberá otorgar a la abducción mayor atención que la concedida hasta ahora por la doctrina del método jurídico. A partir de ella no se pueden prometer “conclusiones irreprochables”, pues no las puede producir. Si esto no se toma en cuenta le sucederá lo mismo que sucedió a la idea de “naturaleza de la cosa”, será sólo un episodio pasajero en el campo de la doctrina del método jurídico».

Con todo el respeto que siento por Arthur Kaufmann, a quien sinceramente admiro, debo efectuar algunas consideraciones a lo que en este párrafo dice:

a) Su afirmación de que «desde hace años se ha dado despedida a ese estereotipo» de «naturaleza de la cosa», y que el recurso de acudir a él sólo haya sido «un episodio pasajero en el campo de la doctrina del método jurídico», no puedo compartirla. Por lo menos yo sigo la concepción clásica de la naturaleza de las cosas en sus aspectos ontológico y figurativo, que acabo de explicar en el texto.

b) Su calificación como «idea» de esa imagen de la «naturaleza de la cosa» tampoco puedo compartirla, como muestra lo que explico a lo largo de este epígrafe del texto, a lo que me remito.

c) La comparación con la abducción y su calificación como «hipótesis», tampoco concuerda con la concepción que el realismo metódico tiene del conocimiento de la naturaleza de la cosa. Difiere en cuanto no se le considera una hipótesis, sino—como acabamos de ver en el texto— como una imagen incompleta por «inacabada», siempre perfectible y necesitada de complementación en sus concreciones e individualizaciones. Es un alto en un camino mental cognoscitivo y figurativo de la realidad, no una mera hipótesis de trabajo.

Páginas después (cap. VIII, VII, pp. 349), al tratar de derecho y lenguaje, A. KAUFMANN vuelve a hablar del *tertium «mediador entre deber ser y ser»* en el proceso de creación del derecho, y dice que «es el *sentido*, en el que la idea del derecho, o mejor la norma legal, y las circunstancias de hecho de la vida deben ser idénticas, para que así puedan “ser recíprocamente llevadas a la correspondencia” (identidad de la relación de sentido). Ese “sentido”, esa *ratio iuris* (que no sólo se esconde en el derecho, sino también en las circunstancias de hecho de la vida), es lo que se designa como “naturaleza de la cosa” (esta forma de pensamiento de la “naturaleza de la cosa” es, no obstante, ambigua en alto grado). La *ratio iuris* es el *topos* en el que se encuentran ser y deber ser, es un lugar metódico de la conexión (“correspondencia”) entre realidad y valor».

En realidad, aquí KAUFMANN vuelve a repetir lo que veintidos años antes había escrito en *Analogía y «naturaleza de la cosa»*, a lo que nos hemos referido en el texto correspondiente a esta nota 54 de este capítulo, que motivó las críticas de JON SCHAPP, que hemos transcrito a continuación (texto correspondiente a la nota 55). La única diferencia notable que se advierte entre el texto de 1965 y el de 1997 se halla en las frases segunda y tercera transcritas, que varían explicativamente lo que escribió en *Analogía y «naturaleza de la*

¿De qué modo captamos la imagen mental de la naturaleza de las cosas? Santo Tomás de Aquino<sup>57</sup>, siguiendo a Aristóteles, lo explica e indica, en contra de Platón, que éste no admite que las formas de los seres naturales subsistan sin que exista la materia. Pero, por otra parte, advierte que esas formas «sensibles», que exis-

*cosa*». Conforme su traducción al castellano lo expresaba del siguiente modo: «La “naturaleza de las cosas” es el “*topos* en que convergen ser y deber-ser. Es el lugar metódico en que se produce la conexión (correspondencia de realidad y valor). De ahí que la conclusión a partir del hecho (hacia la norma) o de la norma (hacia el hecho) pase siempre por la «naturaleza de la cosa»».

Esa diferencia explicativa viene a resaltar que «lo que se llama “naturaleza de la cosa” —«forma de pensamiento», que ahora califica de «ambigua en alto grado»— «es el *sentido*, esa *ratio iuris* (que no sólo se esconde en el derecho, sino también en las circunstancias de hecho de la vida)» y: «*La ratio iuris* es el *topos* en el que se encuentran ser y deber ser, en un lugar metódico de la conexión (“correspondencia”) entre realidad y valor».

Creo que es más apropiado decir que ese *topos* —expresión de algo probable— es la *naturaleza de la cosa*, y no decir que es el *sentido* o la *ratio iuris*— expresivas del medio de captar ese *topos*. Más arriba (párrafo que lleva las notas 59 y 60) he explicado la evidente relación que en derecho romano existe entre *rerum natura*, de una parte, y *sensum naturale* y *naturalis ratio*, que constituyen, aquélla la realidad captada y éstos los medios que el hombre emplea para tratar de captarla. KAUFMANN ha cambiado las palabras pero no el contenido.

Creo que la concepción de KAUFMANN difiere de la aristotélico-romano-tomista-románica —que es la seguida por MICHEL VILLEY, MICHEL BASTIT y por mí—, en que el ilustre profesor de Munich no penetra —sin duda, como tampoco COING, por considerarla inasequible— en la naturaleza de las cosas como reflejo del orden universal insisto en las cosas, que él escinde en dos distintos órdenes del ser y del deber-ser. Tal vez por esto, no la entiende como imagen mental de una realidad inseparable que sirve para relacionar esa realidad viva genérica (universal) con la realidad individualizada en lo concreto a fin de conocer intelectualmente lo que, él, sólo considera como expresión lingüística o como medio lógico de relacionar *res extensa*, el mundo del ser y *res cogitans*, el mundo del deber ser, o sea el mundo de la idea de derecho y de las normas. Así trato de explicarlo en el párrafo del texto que sigue al que lleva esta nota.

Sin embargo, respecto de la *Natur der Sache*, a continuación de lo que últimamente hemos referido, A. KAUFMANN —aquí como en su estudio de 1965, aunque ahora más matizadamente—, explica (pp. 249 *in fine* y ss.): «Con ese pensamiento a partir de la *ratio iuris*, a partir de la “naturaleza de la cosa”, hemos penetrado en medio del *pensamiento tipológico*» [...] «El tipo constituye la altura media entre lo general y lo particular, es comparativamente un concreto, una *universale in re*» [...] «El tipo con su gran cercanía a la realidad, con su claridad gráficamente y con su objetividad [...], no se puede definir sino sólo “explicitar”, tiene en efecto un núcleo fijo, pero no fronteras fijas, así que de los rasgos característicos de un tipo pueden faltar uno u otros sin que sea necesario cuestionar la tipicidad de un determinado supuesto de hecho» [...] «se acomoda al más o menos de la realidad diversa una, hace conscientes las conexiones de sentido, lo general es entendido en él en forma clara, “integral”» [...]. «Por otra parte, el tipo se distingue también de las individualidades, de los fenómenos aislados. Algo único no puede ser típico. El tipo existe dentro de lo comparable y con ello lo diferenciable».

Estos extractos nos muestran que —A. KAUFMANN si bien renuncia como COING, HENKEL y LARENZ— sin duda por considerarlo inasequible (como hemos visto, lo es en su plenitud, pero no en lo más parentorio) —en cambio— como ellos, sigue penetrando en la realidad objetiva de la «preforma», *universale in re*, de la naturaleza de la cosa —*la natura rei*—. Y —aunque el nombre no acabe de satisfacerle y reconozca que no es «popular» entre los juristas en general— no teme decir que el tipo es «aquello que se da con anticipación a toda producción legislativa y configuración jurídica. La tarea del legislador es describir el tipo». Aunque en él «puede tener cierto margen de juego». Es decir, *el tipo es la imagen de algo real que la naturaleza de las cosas nos muestra y nosotros captamos*.

<sup>57</sup> SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.* 1, 79, 3, *resp. vers. Sed quia Aristoteles.*

ten en la materia, no son «inteligibles» en acto –*naturae seu formarum sensibilium: non essent intelligibiles actu*– sino una vez abstraídas de sus condiciones materiales por nuestra inteligencia agente– *Oportebat igitur ponere aliquam virtutem ex parte intellectus, quae faceret, intelligibilia in actu per abstractionem speciarum a conditionibus materialibus.*

Los sentidos, externos *perciben*; los internos reúnen esas percepciones y *trazan su figura* o imagen, y la inteligencia *entiende*. De ese modo, pasamos del saber sensible al conocer intelectual. Y, así, las *formas universales*: «las abstraemos de sus condiciones particulares; lo cual es hacerlas inteligibles en acto». Las imágenes o *phantasmata* –explica<sup>58</sup>– son representaciones en acto de ciertas «formas universales que abstraemos de sus condiciones particulares con lo cual las hacemos inteligibles en acto». Esto es obra de la inteligencia agente, que opera «despojando los objetos, por abstracción, de la materia individual»–*abstraendo a conditionibus individuales materiae*<sup>59</sup>.

La inteligencia humana –dice después el aquinatense<sup>60</sup>– «mediante la naturaleza de las cosas visibles alcanza el conocimiento de las invisibles». Siendo esencial a la naturaleza visible «el existir en un individuo», que requiere «naturaleza corpórea, del mismo modo que es esencial a la naturaleza de la piedra o la de cualquier otro objeto material»; por eso, no puede ser conocida si no se la conoce como existente en concreto. Percibimos lo particular con los sentidos y lo configuramos con la imaginativa. Por tanto, para que el entendimiento entienda en acto su objeto propio es necesario que previamente recurra a la imagen –*phantasmata*–. La imaginativa, a través del sentido común, reúne el conjunto de las sensaciones recibidas de los sentidos externos y traza las imágenes que son inmediatamente almacenadas en la memoria, para que después, la inteligencia descubra, la naturaleza universal existente en lo singular –*ut speculatur naturam universalem in particulari existentem.*

Ahora bien, la imagen que así nos formamos no es una imagen hecha de una vez para siempre (como es la recogida en una diapositiva), sino que la tenemos abierta a las nuevas percepciones con las que podemos afinar la figura que tenemos diseñada en nuestra imaginativa, la podemos retocar e incluso modificarla. De ahí el parangón que hemos hecho de la figurativa con una pantalla interior, en

<sup>58</sup> *Ibid.*, 4, *resp.*

<sup>59</sup> *Ibid.*, *ad.* 4.

<sup>60</sup> *Ibid.*, 84, 7, *resp.*

la que nuestra facultad configuradora va diseñando la imagen que tenemos de la naturaleza de cada cosa, y la vamos retocando a la vez que trazamos la de cada singular observado. En esto se diferencia esta imagen de la que está fija en una diapositiva; y es distinta de las reflejadas en un espejo porque en éste sólo se recoge la sucesión de singulares que van pasando delante suyo, pero no el universal correspondiente a cada género, especie o tipo de ellos.

El juicio de la adecuación de la cosa a su universal ha de ser un juicio en acto de esa cosa que ahora percibo en imagen, relacionándola con la que tengo almacenada en la memoria y, a la vez, acaso, perfilo o retoco la del universal al percibir la nueva singular que ahora juzgo.

Millán Puelles<sup>61</sup> lo explica con este ejemplo: «Si me limito a pensar el concepto correspondiente a la palabra “árbol”, no afirmo ni niego que la manera de ser, la índole que en este concepto pienso existe en la realidad, o sea realmente, la índole la manera de ser de una realidad determinada, mi pensamiento no es ni verdadero ni falso, porque al estar ejercitándolo no juzgo realmente nada, es decir, porque mi pensar no es entonces ningún pensar». En cambio, «cuando refiero ese concepto a algo que puede ser» árbol, como lo que perciben mis sentidos, emitiendo el juicio de su verdad, «expreso una *verdad lógica*», que es «*propiedad del juicio*», no en virtud de que toda actividad judicativa sea verdadera en el sentido lógico de esta palabra, sino en virtud de que esa forma de verdad es posible tan sólo en los juicios. Ahora bien, para que, además de ser posible, la verdad lógica se de en ellos en acto, hace falta que en los juicios se de en acto esa adecuación o adaptación en la que estriba la esencia de la peculiar verdad de conocer».

## 5. PARTICIPACIÓN DEL HOMBRE EN EL ORDEN DE LAS COSAS

Si más allá de la naturaleza de una cosa –*natura rei*– y de su imagen, nos adentramos en la ontología de la naturaleza de las cosas –*rerum natura*– y en su orden, podemos ver cómo la participación que tiene el hombre en ese orden ha sido concebida muy diversamente. En líneas muy generales, podemos sintetizarlas en las tres proposiciones siguientes:

a) No tenemos protagonismo alguno en ese orden, sino que nos hallamos sometidos a un determinismo universal, sea éste un

<sup>61</sup> ANTONIO MILLÁN PUELLES, *op. últ. cit.*, p. 590.

*fatum*, como tal ciego, o una ley ineluctable que nos lleva a un progreso indefinido, en el denominado «progreso de la historia».

b) Somos demiurgos, capaces de construir un mundo nuevo y hasta un hombre nuevo.

c) La libertad del hombre, dotado de inteligencia, razón y voluntad, aunque limitadas y desfallecientes, debe conjugarse con el orden ínsito por la providencia divina en las cosas y en las leyes que rigen la historia, para que transcurra por sus cauces.

Esta tercera posición es la sostenida por Santo Tomás de Aquino y por Giambattista Vico.

El primero, al tratar del gobierno de las cosas, advertía: *Deus gubernat quaedam mediantibus aliis*, haciendo «a unas ser causa de otras en la gobernación»<sup>62</sup>. Por eso se dice que Dios gobierna mediante causas segundas, entre las cuales en primerísimo lugar está el hombre, con su inteligencia, su razón y su voluntad. Y sigue explicando<sup>63</sup> que, en ese orden de la providencia, se interfieren varias causas, respecto de las cuales se dice: de una parte, que «algo es causal», «con relación a determinadas causas particulares cuyo orden se verifica»; y, de otra, que «algunos efectos son contingentes» sólo «en orden a las causas próximas que pueden fallar en su orden, pero no fuera del orden divino». Por eso, el orden del universo –continúa<sup>64</sup>– puede considerarse ya sea universalmente, o bien particularmente en relación con alguna causa particular. Siendo una de esas causas particulares la acción del hombre, pues éste, con su libertad, puede no seguir el camino trazado por la causa primera, y entonces –dice<sup>65</sup>– produce un desorden que «provoca la reacción y el castigo dentro de la causa universal».

En este mismo contexto, pero en la perspectiva de los modelos históricos conocidos, Vico<sup>66</sup> examina la actuación de la libertad del hombre moviéndose dentro del plan de la providencia divina, y advierte: «este mundo ha surgido, sin duda, de una mente contraria a veces y siempre superior a los fines particulares que los hombres se han propuesto, de cuyas estrechas finalidades Dios siempre se ha servido, convirtiéndolas en medios al servicio de fines más amplios, para conservar el género humano en esta tierra». Por esos caminos, en los *corsi* o *ricorsi* de la historia, los hombres pueden progresar, retroceder o retornar desde la barbarie al *ordine eterno*

<sup>62</sup> SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.* 1.<sup>a</sup>, 103, 6, *resp.* y *ad* 2.

<sup>63</sup> *Ibid.*, 7, *ad* 2 y *ad* 3.

<sup>64</sup> *Ibid.*, 8, *resp.* y *ad* 3.

<sup>65</sup> *Ibid.*, 5, *ad* 2 y 8, *ad* 1.

<sup>66</sup> VICO, *Scienza nuova*, «Conchiusione dell'opera», 102-106, *cfr.* en *Opere*, pp. 865 y ss.

de Dio. Esto es lo que Elías de Tejada<sup>67</sup> ha calificado de «tensión dramática» entre «el poderío divino del Creador y la libertad de las criaturas racionales».

Esta participación del hombre en el orden de las cosas ha sido evidenciada hoy en lo referente al orden físico, por los descubrimientos de la física cuántica. De conformidad a estos hallazgos —explica Igor Bogdanov<sup>68</sup>, con «una idea análoga al *principio de la indeterminación*» [o incertidumbre] de Heisenberg y contraria a la idea del determinismo universal—, resulta que no solo «observamos» el mundo, sino que *participamos*, implicándonos en él. «Nuestros sentidos no están separados de lo que existe en sí, sino que están íntimamente implicados en un proceso complejo de *feed-back* cuyo resultado final es *crear* lo que “es en sí”». Maticemos que esta participación y esta «creación» —que no es tal, puesto que no es a partir de la nada, sino de una realidad base— conlleva, sin duda, unas consecuencias que serán mejores o peores en cuanto, en su conocimiento y en nuestra participación, nos atengamos o no a la «verdad» objetiva del propio orden en el cual participamos.

Es indudable que la libertad humana tiene un papel en las «relaciones de incertidumbre» —según esa expresión de Heisenberg—; por lo cual —comenta Louis de Broglie<sup>69</sup>—, «la nueva física no suministra sino leyes de probabilidad», e incluso el «determinismo aparente de los fenómenos macroscópicos, esconde un pequeño margen de incertidumbre, aunque sea despreciable». Y —cómo, de esto, concluye Jacques Rueff<sup>70</sup>— el progreso de la mecánica cuántica nos guarda de separarnos del más elemental buen sentido, como se apartaba de él la famosa frase de Laplace —en su *Ensayo sobre el cálculo de probabilidades*—: «una inteligencia que, en un instante dado, conociese todas las fuerzas de que está dotada la naturaleza y la solución relativa a los seres que la componen, si por otra parte fuese tan vasta para someter esos datos a análisis, comprendería en la misma fórmula los movimientos de los mayores cuerpos del universo y los más ligeros que los átomos; nada sería incierto para ella y el porvenir como el pasado estarían presentes a sus ojos»<sup>71</sup>. Por eso, al no estar predeterminado el orden del universo sólo de ese modo —dice Rueff—, «sería un gran error pretender que en las formas más altas del psiquismo, es decir, en la acción consciente y,

<sup>67</sup> F. ELÍAS DE TEJADA, «Discurso de apertura» a las I Jornadas de derecho natural hispánico, cfr. en *El derecho natural hispánico*, Madrid, Escelicer, 1973, pp. 18 *in fine* y s.

<sup>68</sup> IGOR BOGDANOV, en diálogo con JEAN GITTON, *op. cit.*, p. 182.

<sup>69</sup> LOUIS DE BROGLIE, *Matière et lumière*, cap. «La crise du déterminisme», París, Albin Michel, 1937, pp. 272 y ss.

<sup>70</sup> JACQUES RUEFF, *Les dieux et les rois*, París, Hachette, 1968, I, II, 3, pp. 52 y ss.

<sup>71</sup> *Ibid.*, 4, pp. 59 y ss.

más aún, en la acción racional, no hay sino el simple reflejo de fenómenos biológicos, siendo así que tampoco éstos se hallan individualmente preestablecidos»<sup>72</sup>.

A la par, los desastres que provoca la acción del hombre en la naturaleza (desforestación, desertización, contaminación de las aguas, polución de la atmósfera, etc.) y, a lo largo de la historia, en sus propias sociedades (decadencias y ocasos de pueblos, culturas y civilizaciones, destrucciones, conflictos, etc., con todas sus secuelas) nos muestran que en el empleo de la libertad el hombre debe seguir cierto orden que no contraríe el orden de la naturaleza exterior ni el de su propia naturaleza.

## 6. FUNCIÓN DE LA NATURALEZA DE LAS COSAS Y DE CADA COSA EN EL DERECHO

El examen de la naturaleza de las cosas, según comprendió Aristóteles<sup>73</sup>, resulta decisivo para la determinación de lo justo natural, el *dikaion phisikon*. Lo justo, como lo saludable se manifiesta —había ya explicado<sup>74</sup> en una imagen— por la buena condición de las cosas: «Así, si la buena condición es la firmeza de la carne, y será favorable para su buena condición lo que produzca la firmeza de la carne».

«El derecho —dice Schwars-Liebermann von Walhendorf<sup>75</sup>— es el reflejo de la naturaleza de las cosas. Es necesaria la observación de lo que es intrínseco y de lo que se revela. Movimiento del objeto, movimiento del sujeto [...]. El derecho es como el acompañamiento, como el reflejo del universo en su andadura que se trata de reconocer» [...]. «Los hechos contienen su juicio, la dimensión metafísica de los hechos, y el conocimiento del hombre [notemos aquí esta interrelación], próximo o lejano a los “dioses”, se muestra como una potencia y una catálisis que permiten desprender el derecho.

»Las cosas deben responder a su vocación» [...]. «El hombre está llamado a ver, a conocer, a juzgar» [otra vez vemos esa interrelación entre objeto y sujeto]. «El juicio es la revelación de la disparidad entre el comportamiento y la vocación. La vocación del hombre, que tiene una conciencia, es la de descubrir su vocación y la de

---

<sup>72</sup> *Ibid.*, I, 3, pp. 33 y ss.

<sup>73</sup> ARISTÓTELES, *Ética* 5, 7, 1134, b.

<sup>74</sup> *Ibid.*, 5, 1, 1129, b.

<sup>75</sup> H. L. SCHWARS-LIEBERMANN VON WALHENDORF, *op. cit.*, cap. «Nature des choses, Evolution historique et notion», 3, p. 10.



las cosas [sigue mostrándose la misma interrelación]. Su conciencia se halla religada a la Conciencia [del Creador del orden de las cosas, que ha ínsito esa religación en el hombre y en las cosas] de la que aquélla debe participar. De la observación se trata de desprender las orientaciones».

Cuando se contraría este orden de la naturaleza de las cosas, puede producirse la *vindicta naturae*. En este aspecto notaban los griegos que el orden no es igual en los animales irracionales y en el hombre. Hesiodo, después de narrar la fábula del halcón y el ruiseñor, destacó la diferencia entre aquellos animales regidos por la ley del más fuerte, y el hombre, que lo está por la justicia, pues Zeus providente, «que todo lo ve y todo lo entiende», no deja por definitivos la ley ni los veredictos que tuercen la justicia, preveyendo las consecuencias del orden violado. Pues la ley de la justicia les impuso: «a los peces, fieras y aves voladoras comerse los unos a los otros, ya que no existe justicia entre ellos; a los hombres, en cambio les dio la justicia que es mucho mejor»<sup>76</sup>.

En el derecho romano, la acepción universal de la *rerum natura* y de su función básica la encontramos en el texto de Ulpiano<sup>77</sup> que define la jurisprudencia. Partiendo de la *notitiae* de todas las cosas divinas y humanas opera la ciencia de lo justo y de lo injusto. Y la acepción singular de la *natura rei* la hallamos expresada en el siguiente texto de Paulo que –siguiendo lo que dice el primero de los que hemos citado de Aristóteles– escribe: «se llama derecho lo que es siempre equitativo y bueno, como es el derecho natural»<sup>78</sup>.

Precisamente en los razonamientos de los juriconsultos romanos se observa una relación evidente, jurídicamente riquísima en consecuencias, entre *rerum natura* –expresión «clave», que comprende «cosas y relaciones de las cosas, al mismo tiempo»; «cosa y estado de cosas, ser y movimiento»<sup>79</sup>–; *sensum naturale* –que percibe el orden de sus relaciones–, *naturalis ratio* –que, gracias a la experiencia humana, obtenida con el conocimiento repetido de los resultados producidos en un contexto de relaciones, que la razón humana somete a un razonamiento moral mediante su análisis, puede alcanzar a conocer así el sentido que segrega la naturaleza de las cosas–, y *aequitas naturalis* –es decir, lo justo deducido de la naturaleza de las cosas. La *aequitas* se halla íntimamente

<sup>76</sup> HESIODO, *Trabajos y días*, 202-206.

<sup>77</sup> ULPIANO, *Dig.* 1, 1, 10, 2.

<sup>78</sup> PAULO, *Dig.* 1, 1, 11, vers. *Uno modo*.

<sup>79</sup> Así lo dice THEODOR HAECKER, de quien lo repite SCHWARS-LIEBERMAN, *op. cit.* cap. «Nature des choses et la logique du droit», 14, p. 15.

relacionada con la *naturalis ratio*, como advirtió Paulo<sup>80</sup>: *Quoties aequitatem desiderit naturalis ratio [...], iustis decretis res temperandam sit.*

Así Schwars-Lieberman von Walhendorf<sup>81</sup> ve reflejado en esos textos romanos «el vínculo intrínseco» entre *naturalis ratio*, *natura rei* y *aequitas*, que también se da, sin duda, en la *interpretatio iuris*.

En el Bajo Medievo algunos glosadores y los comentaristas, apoyándose en estos y otros<sup>82</sup> textos del Digesto, explicaron la equidad. Así Placentino<sup>83</sup> y Azón<sup>84</sup> tradujeron el significado de la *aequitas* como *rerum convenientia*, y Baldo<sup>85</sup> diría: *Aequitas vero est rectitudo naturalem sequens rationem*, y, ya en la primera mitad del siglo xv, según el gerundense Tomás Mieres: *Aequitas est convenientia rerum*<sup>86</sup> y *est aequitas quod naturalis ratio suadet*<sup>87</sup>.

El jesuita Luis de Molina<sup>88</sup>, a fines del siglo xvi, escribiría, *ius naturale a ipsarum naturis [...] oritur*.

En esa concepción —como ha observado Michel Villey<sup>89</sup>— «las cosas resultan ricas en justicia, cargadas de contenido normativo, contienen un derecho».

La naturaleza de las cosas resultaba así la fuente fundamental del derecho. Para ello, como advierte Battifol<sup>90</sup>, el conocimiento de las cosas así configuradas requiere algo más que «la observancia de su existencia»; «implica un trabajo intelectual», exige que en ellas «se busque y se desprenda»: «la estructura de un ser en el sentido amplio que incluye las relaciones y el devenir [propio de cada ser] que implica su organización y desarrollo».

La concepción de Aristóteles acerca de la naturaleza de la cosa sería explicada por Santo Tomás de Aquino con referencia al concepto de lo justo natural, de la interpretación y de la equidad.

<sup>80</sup> PAULO, *Dig.*, 50, 17, 2.

<sup>81</sup> SCHWARS-LIEBERMANN, *loc. últ. cit.*, 11, p. 14, y 15, pp. 15 y s.

<sup>82</sup> Cfr. GAYO, *Dig.*, 1, 1, 9 *in fine*, y 3, 5, 38 [39], y PAULO, *Dig.*, 50, 17, 10.

<sup>83</sup> PLACENTINO DE MONTPELIER, *Summa Institutionum*, I, *De iustitia et iure*, líneas 137-139; cfr. en *Corpus glossatorum iuris civile*, vol. I, reimpresión, Iurim et officium Erasmiana. 1973, p. XVII.

<sup>84</sup> AZÓN, *Ad summam Institutionum*, lib. I, tit. *De iustitia et iure*; cfr. *Corpus glossatorum*, *cit.*, vol. II, p. 348, donde casi literalmente sigue a PLACENTINO.

<sup>85</sup> BALDO DEGLI UBALDIS, *Super prima pars ff. veteris lectura*, tit. *De iustitia et iure*, *lex Omnes populi*, 19.

<sup>86</sup> TOMÁS MIERES, *Apparatus super constitutionibus Curiarum Generalium Cataloniae*, II pars., coll. VIII, cap. I, 33; cfr. 2.<sup>a</sup> ed. Barcelona, Sebastián Cornellas, 1621, p. 162.

<sup>87</sup> *Ibid.*, 39, p. 162.

<sup>88</sup> LUIS DE MOLINA, S. I., *De iustitia et iure*, disp. 4, 3.

<sup>89</sup> MICHEL VILLEY, «La nature des choses dans l'histoire de la philosophie du droit», II, I, en *Droit et nature des choses*, *cit.* p. 83.

<sup>90</sup> HENRI BATTIFOL, «Droit et nature des choses, dans la philosophie française du droit», en *Droit et nature des choses*, p. 94.

1.º En cuanto al concepto del derecho, dice que una cosa puede ser justa *ex ipsa natura rei* [...] *Et hoc vocatur ius naturale*<sup>91</sup>. Y explica que observada de ese modo una cosa puede ser de dos modos justa<sup>92</sup>:

*Uno modo, secundum absolutam sui considerationem*, es decir, «considerando la cosa absolutamente en sí misma». Modo de consideración –dice– común al hombre y a los animales.

*Alio modo aliquid est naturaliter alteri commensuratum non secundum absolutam sui rationem, sed secundum aliquid quod ex ipsa consequitur*; o sea, considerando la cosa «en relación a sus consecuencias». Modo exclusivo de la razón natural del hombre.

2.º Con respecto a la interpretación, efectuada con mediación de la ley escrita –en una cosa en la que no sea indiferente a su naturaleza que se regule de un modo u otro–, la ley debe entenderse de conformidad a la naturaleza de la propia cosa, porque, en ese caso, la ley «contiene el derecho natural [es decir, lo justo conforme la naturaleza de la cosa] mas no lo instituye, pues en éste caso no toma la fuerza de la ley sino de la naturaleza»<sup>93</sup>.

3.º En lo referente a la equidad, observa que «las leyes rectamente establecidas son deficientes en algunos casos, en los que si se observasen se iría en contra del derecho natural» –es decir, en contra de la naturaleza de la cosa en el hecho enjuiciado–, y, por eso, en esos supuestos debe recurrirse a la equidad<sup>94</sup>.

Siguiendo en esto a Santo Tomás, explicaría Domingo de Soto<sup>95</sup> que «lo justo y lo recto de las cosas humanas ha de medirse por la regla de la razón» y esta regla es «la naturaleza de las cosas», que, «como pauta que es, debe ser tenida en cuenta en todos los actos». Y la «determinación específica de algún género» se hace por «el universal genérico que se emplea en sus especies»; las cuales deben ser establecidas por «experiencia y prudencia». Razón por la cual deben ser respetadas las determinaciones de las leyes humanas «establecidas por el consejo experimentado y prudente de los ancianos».

Por su parte, Fernando Vázquez de Menchaca entendía que el derecho de gentes primario se produjo por «la naturaleza de las cosas con el mismo género humano»<sup>96</sup>; y que, para que la ley humana sea justa se requiere «que derive de algún principio de

<sup>91</sup> SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, 2.ª-2.ª, 57, 2, resp.

<sup>92</sup> *Ibid.*, 57, 3, resp.

<sup>93</sup> *Ibid.*, 60, 5, resp.

<sup>94</sup> *Ibid.*, ad. 2, en rel. 1.ª-2.ª, 96, 1, ad 3, y 6 resp.

<sup>95</sup> DOMINGO DE SOTO, *de iustitia et iure*, 1, 5, 2.

<sup>96</sup> FERNANDO VÁZQUEZ DE MENCHACA, *De successione creatione*. 1, 1-2.

derecho divino, natural o de gentes»; pues, la ley que no lo cumpla «no tendría fuerza efectiva de ley»; y, por lo tanto, si se la interpreta o se contribuye a su ejecución con alguna determinación, ésta debe entenderse de acuerdo con el derecho natural<sup>97</sup>. Por tanto, entiende que tal adecuación actúa no sólo como condición *sine qua non* de su validez sino también *per quas* en su interpretación.

Hemos visto que, a comienzos del siglo XVIII, el napolitano Vico mantuvo la perspectiva clásica de la naturaleza de las cosas, y de su orden en el gobierno de todas las cosas<sup>98</sup> y, también, de la naturaleza de la cosa en cada caso singular en concreto<sup>99</sup>.

Y la concepción que Vico tiene de la naturaleza de cada cosa singular, resulta concorde con la que tiene del conocimiento intelectual como *scire per causas*<sup>100</sup>, que él asienta en una perspectiva causal y genética de las mismas, como muestra en los siguientes textos:

«La naturaleza de las cosas no es otra cosa que su nacimiento en ciertos modos que siempre son así; por tanto, tales y no otras nacen las cosas»<sup>101</sup>.

«Las propiedades inseparables de los objetos deben ser producidas por la modificación o modo con que son nacidas las cosas; por lo cual, éstas pueden tener tal y no otro ser, naturaleza o nacimiento»<sup>102</sup>.

El conocimiento de la cosa —según este napolitano<sup>103</sup>— requiere que se sepa: si la cosa realmente existe, qué es, cuál es su cantidad en extensión, peso y número; sus cualidades en cuanto a color, sabor, suavidad, dureza y otras características referentes al tacto; cuándo nace, cuánto dura, en qué otras cosas se disuelve; siguiendo análogamente por todos sus demás predicados, relacionando la propia cosa con todas las demás que se la refieran, o sea tanto con la causa de la que haya tenido origen como con los efectos que deriven de ella, o bien con los que se operarán cuando se conjugue con otra cosa similar, diversa o contraria, sean mayores, menores o iguales. En fin, sólo cuando se hayan examinado todos esos aspectos tópicos, entonces «se habrán cribado cuantas cuestiones puedan

<sup>97</sup> *Ibid.*, *Controversiarum illustrium*, 20, 21, y 20, 22.

<sup>98</sup> *Cfr. Perspectiva histórica*, 196, pp. 648 y s.

<sup>99</sup> *Ibid.*, 112, pp. 312 y ss., y 197, párrafo final, p. 657.

<sup>100</sup> Vico, *Seconda risposta al rescensor del Giornale de' Letterati d'Italia*, I, *cfr.* «Opere», p. 346.

<sup>101</sup> *Ibid.*, 147, p. 440.

<sup>102</sup> *Ibid.*, 148.

<sup>103</sup> *Ibid.*, *Dell' antichissima sapienza italiana*, V, «Opere», pp. 298 y ss.; *cfr.* también *Scienza nuova*, 495 y 498, p. 569.

surgir en torno al razonamiento, y, habiéndolas cribado, se convertirá la tópica en crítica».

A mediados del mismo siglo xvii, Montesquieu, en el *Prefacio* de su *De l'esprit des lois*<sup>104</sup>, dice que ha obtenido sus principios de la naturaleza de las cosas y no de sus prejuicios; en su primer capítulo<sup>105</sup> define genéricamente las leyes como «relaciones necesarias que derivan de la naturaleza de las cosas»; y, al plantear de modo general lo que son las leyes positivas<sup>106</sup>, dice que el espíritu de las leyes consiste en las diversas relaciones que pueden tener las leyes con las cosas. Y aún añade que él ha debido seguir «menos el orden natural de las leyes que el de sus relaciones con las cosas».

En varios lugares, ante la diversidad de criterios que se han mantenido al respecto, he tratado yo acerca del significado —clásico o moderno— en el que Montesquieu empleaba la expresión naturaleza de las cosas<sup>107</sup>. Repasando los diversos textos en que la emplea, he llegado a la misma conclusión que ya había alcanzado Géný<sup>108</sup>, de que, por lo menos, cuando el Barón de la Brède, se expresa como filósofo y jurisconsulto, la naturaleza de las cosas de que habla «no contiene solamente fenómenos, hechos contingentes, sino que implica un fundamento más sólido y consiste en la acción de la razón y en la representación de la justicia absoluta». Por mi parte maticé que Montesquieu trató de la naturaleza de las cosas como medio de determinar el contenido de lo que debe legislarse; y, si bien no se ocupó de que función le corresponde en la interpretación —tema del que no tratan sus libros—, evidentemente su perspectiva presupone que también esta función interpretativa debe atender a la naturaleza de la cosa.

En la primera década del segundo tercio del siglo xix, Henri Klimrath conjuga la naturaleza de las cosas con la historia, al advertir que «el estado social de un pueblo y las condiciones de su existencia, los deberes que impone y el derecho, que es producto de todo esto, se va transformando con el decurso de los siglos», «poco a poco»<sup>109</sup>. Y, en otra obra anterior, indica<sup>110</sup>: «el derecho deriva de las relaciones necesarias de las cosas y existe independientemente

<sup>104</sup> MONTESQUIEU, E. L., *preface*, 6.

<sup>105</sup> *Ibid.*, I, I, 1.

<sup>106</sup> *Ibid.*, I, III, penúlt.

<sup>107</sup> MONTESQUIEU, *Leyes, gobiernos y poderes*, Madrid, Civitas, 1986, V, 3, pp. 181-188, y *Parte sistemática*, 34, B, pp. 170-173.

<sup>108</sup> GÉNY, *Metodo de interpretación y fuentes del derecho privado positivo*, 161, ed. en castellano, Madrid, Hijos de Reus, 1902, p. 505.

<sup>109</sup> HENRI KLIMRATH, *Essai sur l'étude historique du droit, et son utilité pour l'interprétation du Code civil*, primera parte, Strasbourg, F. G. Lebrault, 1833, p. 10.

<sup>110</sup> *Ibid.* «Programme d'une histoire du droit français» (1835) en *Travaux sur l'histoire du droit français*, París, Joubert, y Strasbourg, Veuve Lebrault, 1843, p. 93.

de la ley, que no es sino su reconocimiento por el legislador que estima esta misma necesidad. Las relaciones necesarias, a su vez, resultan de todo el desenvolvimiento social y político de un pueblo».

En los derechos especiales y forales hispánicos se ha concebido que el genuino derecho se halla fundado en la naturaleza de las cosas. Me limitaré, como muestra, a citar los testimonios de algunos autores muy representativos.

Según Torras y Bages:

– Discernir el derecho humano requiere «considerarlo como el desarrollo de una planta, no exótica, sino indígena que nace y se nutre de la substancia de la tierra»<sup>111</sup>.

– Las normas formadas por la labor de los juristas catalanes –dijo–: «Leyes de la tierra las llamaban tanto en catalán como en latín, porque lo son, como son de la tierra las montañas y los ríos y las costas, producto e imagen de su sustancia nacidas de las mismas entrañas de la sociedad». Así «el pueblo se fue construyendo la ley a medida que la había de menester, como las abejas van fabricando sus panales»; y, por ese medio, el derecho fue creciendo «al compás del pueblo y siguiendo su estructura, como la piel se adapta perfectamente al cuerpo...»<sup>112</sup>.

«El fundamento del derecho catalán –escribió, en el mismo sentido, Faus y Condomines<sup>113</sup>– es granítico como obra que es de la naturaleza y de la historia, los dos grandes factores de la realidad indestructible».

Hablando del alto Aragón, Joaquín Costa proclamó: «la naturaleza existe por la sólo virtud del derecho, sin estas costumbres, que tan odiosas os parecen no habría allí naturaleza productiva»<sup>114</sup>; y acerca de ellas advertía: «las leyes que nosotros escribimos en el mudo lenguaje de los hechos son más firmes e incontrastables, porque son también más verdaderos porque están fundadas en la naturaleza»<sup>115</sup>.

Y Gregorio de Altube<sup>116</sup>, refiriéndose al derecho de la Tierra llana de Vizcaya, mostró poéticamente *El paisaje como fuente del derecho*.

---

<sup>111</sup> JOSEPH TORRAS Y BAGES, *La tradició catalana*; cfr. 2.ª ed. Vic, Estampa de la vidua de Ramón Anglade. 1900, lib. I, cap. II, pp. 322 *in fine*.

<sup>112</sup> *Ibid.*, lib. II, cap. VII, p. 535.

<sup>113</sup> JOSEP FAUS I CONDOMINES, *Els capitols matrimonials a la comarca de Guissona (Catalunya Segriana)*, R.J.C., XII, 1907, p. 203.

<sup>114</sup> JOAQUÍN COSTA, *La libertad civil y el Congreso de juristas aragoneses*, Madrid, Libr. de la Rev. de Legislación, 1883, V, pp. 140 y ss.

<sup>115</sup> *Ibid.*, p. 142.

<sup>116</sup> GREGORIO DE ALTUBE E IZAGA, *El paisaje como fuente del derecho*, conferencia inédita pronunciada en la Academia Matritense del Notariado.

Volviendo los ojos a la Francia de finales del siglo XIX, vemos que, a juicio de Géný <sup>117</sup>, mediante la naturaleza de las cosas: «No se trata sólo de considerar y de analizar, menudamente, todos los elementos de hecho de nuestra vida social, de observar las relaciones, de discernir las reacciones recíprocas que ellos sufren. Es necesario, llenos de confianza en nuestra conciencia moral y en nuestra razón, usar de estas facultades para inducir las leyes de los fenómenos y hacer contribuir así todos nuestros recursos a una construcción, verdaderamente científica, del derecho común que buscamos.

»Así, observado el campo de las investigaciones se precisa y se completa. De una parte, se debe interrogar a la razón y a la conciencia para descubrir en nuestra naturaleza íntima las bases mismas de la justicia; de otra parte, dirigirse a los fenómenos sociales para descubrir las leyes de su armonía y los principios de orden que ellos requieren. Tal es la doble misión que debe llenar: la segunda, teniendo su firme base en lo que podemos llamar la *naturaleza de las cosas positiva*, representada por el conjunto de las condiciones que forman como la atmósfera de la vida jurídica exterior; la primera descansando sobre un fondo más íntimo, que escapa a la observación y a la experiencia sensible; pero que no impone menos sus exigencias a la realización práctica del derecho».

El mismo Géný, en 1915, en otra obra <sup>118</sup> efectuó un análisis profundo de la naturaleza de las cosas y examinó sus elementos integrantes, distinguiendo teóricamente cuatro *donées*, datos o ideas fundamentales, dados en esa naturaleza de las cosas en su más amplia acepción. Extracto esquemáticamente lo que explica estos *donées*, que son <sup>119</sup>:

1.º Los datos *reeles*, o estrictamente naturales, constituidos por las circunstancias de «la naturaleza física o moral, en los cuales se halla el hombre como cercado (clima, suelo y su producción, constitución anatómica y psicológica, aspiraciones morales, sentimientos religiosos, etc.) y las condiciones económicas que influyen en su actividad, e incluso las fuerzas políticas o sociales existentes» <sup>120</sup>. Esos datos, si bien «no crean directamente reglas jurídicas», «diseñan su contorno».

2.º El dato *histórico*, nos revela que, a partir de los datos reales se produce cierta reglamentación, sea mediante la costumbre, la

<sup>117</sup> FRANÇOIS GÉNY, *Método de interpretación y...*, 159, pp. 495 y s.

<sup>118</sup> *Ibid.*, *Science et technique en droit privé positif*, II, parte, *L'elaboration scientifique du droit positif (L'irreductible droit naturel)*, 166-170; cfr. 2.ª ed. París, Syrey. 1927, vol. II, pp. 369-389.

<sup>119</sup> Cfr. el extracto más amplio que expuse en *Perspectiva histórica*, 287, pp. 1049 y s.

<sup>120</sup> GÉNY, *loc. últ. cit.*, 167, pp. 371 y ss.

ley escrita u otras fuentes formales de derecho actuantes, así como de los instrumentos de interpretación y aplicación, doctrina, jurisprudencia práctica propiamente dicha, todo «completado, además por el trabajo misterioso que acompaña la evolución del mismo mundo». Es un producto de la historia que «no consta solamente —a imagen de los *datos reales*— de elementos materiales, brutos, sino, por así decirlo, de la organización jurídica». Es variable de tiempo a tiempo, de pueblo a pueblo, de modo que no cabe fijarlo estable y permanentemente sino que requiere renovaciones periódicas del derecho constituido<sup>121</sup>.

3.º El dato *racional* «representa el fondo esencial del derecho natural clásico», formado de «reglas de conducta» que «la razón desprende de la naturaleza del hombre y de su contacto con el mundo», que «resultan verdaderamente impuestas a la inteligencia y corresponden, para ella, a las exigencias evidentes de las cosas». Comprende «exclusivamente, todo cuanto la razón desprende sin discusión, como reglas jurídicas»<sup>122</sup>.

4.º El dato *ideal* reconduce «de simples tendencias hacia una organización deseable de relaciones de derecho», «susceptible de impulsar» su elaboración; que «forma como la atmósfera ambiental de toda cuestión jurídica debatida», constituido por «los *desiderata*, que postula al sentimiento público y el estado actual de la civilización», una vez éstos hayan penetrado «invenciblemente en todas las conciencias en un momento dado», «respondiendo a las aspiraciones morales y sociales de la civilización». Pero: «No se trata de la opinión pública, poderosa, ciega y brutal»; sino «más bien de una intuición, de una experiencia integral, que suple a la inteligencia desfalleciente y merece, por su propia necesidad y profundidad, el influjo que le reconoce el testimonio universal de la humanidad».

Este dato no puede tener, «en sí mismo, la autoridad decisiva de las sugerencias de la razón pura interpretando la naturaleza a la luz de la historia»; pero «procura un afinamiento de las conclusiones de la razón, que tiende al acrecentamiento de la naturaleza inteligible de las cosas, aproximando la vida social a la justicia suprema». De tal modo permite, «a veces, luchar contra instituciones que se considerarían impuestas por la naturaleza y la razón, pero que no responden al estado de la civilización y al progreso de las ideas»<sup>123</sup>.

---

<sup>121</sup> *Ibid.*, 168, pp. 376 y ss.

<sup>122</sup> *Ibid.*, 169, pp. 380 y ss.

<sup>123</sup> *Ibid.*, 170, pp. 385 y ss.



Advierte Gény <sup>124</sup> que estas cuatro clases de datos forman un conjunto indivisible de realidades, aunque teóricamente se las puede observar por separado con el fin de hacer rendir, a cada una, la parte que le corresponde y para jerarquizarlas y, así, «combinar sus acciones con una cierta armonía en vistas al objetivo que trata de alcanzarse».

La influencia que, en Alemania <sup>125</sup>, tuvieron en el derecho: la fenomenología –al indicar, en palabras de Reinach, que la tensión intencional del sujeto hacia el objeto, por la cual aquél capta el valor de éste, también sirve para conocer *la estructura y el orden esenciales de los conceptos de derecho*, que «tienen una existencia y una esencia extrapositivas, que le corresponden independientemente del derecho positivo» <sup>126</sup>– y, en especial por la conjunción de ésta con el existencialismo, en Welzel <sup>127</sup>, y Maihoffer <sup>128</sup>, y finalmente el neohegelianismo <sup>129</sup>, llevaron a la *Wertungsjurisprudenz* a su perfilada concepción de la *Natur der Sache*. De ella ya nos hemos ocupado y mostrado que no alcanza la plenitud de la concepción clásica de la *natura rerum* <sup>130</sup>, pero que en la *natura rei* sobrepasa la escisión de *res cogitans* y *res extensa*.

El propio Maihoffer explica <sup>131</sup> que la naturaleza de las cosas entrama «complejidades y conexiones no sólo objetivas-subjetivas, sino *intersubjetivas* entre hombres que determinan el *carácter específico y típico* de cada *situación social*, y que no pueden ser comprendidas como una materia social meramente material. Por tanto, de ningún modo se la puede identificar con lo que los sociólogos denominan *infraestructura* de una sociedad». Ya que comprende, «no solamente una *infraestructura* concreta de *existencia social* (intersubjetiva), sino también una *superestructura* correlativa de *conciencia social* igualmente intersubjetiva».

Quien más ha luchado en el siglo xx por retornar a la plenitud de la concepción clásica de la naturaleza de las cosas, a la par que a la genuina definición del derecho, ha sido mi admirado Michel

<sup>124</sup> *Ibid.*, 171, pp. 389 y ss.

<sup>125</sup> Acerca de la doctrina alemana de la *Natur der Sache*, cfr. lo que expongo en *Parte sistemática*, pp. 174-185.

<sup>126</sup> Así lo cita MAIHOFFER («Droit et nature des choses dans la philosophie allemande du droit», introducción, recogido en *Droit et nature des choses. cit.*, pp. 103 y s.), quien explica que son «complicidades esenciales compuestas de elementos que se encuentran en estado de conexión *esencial*», que se hallan «en la mediación entre el sujeto y el objeto»; y, por ello, se obtienen «no por la *res cogitans* abstracta, sino por la *res existens* concreta».

<sup>127</sup> HANS WELZEL, *op. cit.*, IV, 4, pp. 231-258.

<sup>128</sup> WERNER MAIHOFFER, *loc. cit. supra*, nota 128.

<sup>129</sup> Cfr. KARL LARENZ, *Metodología*, I, IV, 3, p. 125.

<sup>130</sup> *Perspectiva histórica* 35, c, pp. 179 y ss.

<sup>131</sup> MAIHOFFER, *loc. cit.* II, 2, p. 131.

Villey, que sin duda es el maestro que más me ha orientado en la metodología del derecho.

Partiendo de la definición de jurisprudencia enunciada por Ulpiano (*Dig.* 1, 1, 10, 2) –según la cual la noticia de las cosas divinas y humanas es previa a la ciencia de lo justo y de lo injusto– explica<sup>132</sup>: «Mediante el estudio de cada cosa (*rerum notitiae*) y más precisamente de lo justo de cada cosa (*iusti atque iniusti scientia*) se trata de descubrir lo que cada uno es en el mundo armoniosamente ordenado, su estatuto, su propia condición: *ius suum*, su puesto en el todo». Es preciso, por ello, conocer la *rerum natura*, la naturaleza de las cosas –cosas en plural– que incluye el orden que su conjunto lleva ínsito. Villey<sup>133</sup> distingue y diferencia claramente el sentido clásico y el que denominó moderno de la naturaleza de las cosas que las circunscribe a las cosas materiales que, según Descartes, constituyen la *res extensa* objeto de cálculo y manipulación por la *res cogitans*.

Para Villey<sup>134</sup> el concepto clásico de la naturaleza de las cosas engloba todo lo que existe en nuestro mundo, el hombre y las instituciones sociales, el universo social, en su diversidad y movilidad, sus relaciones de causalidad eficiente, formal y final, sus valores y esencias.

Michel Bastit, con finura de matices explica la visión aristotélica de Michel Villey<sup>135</sup> e indica que, según entiende este maestro, en la naturaleza de los hombres se halla ínsita la tendencia a vivir en relación con los demás hombres que le es necesaria para poder «desarrollarse y abrirse hacia su fin, procurándose de ese modo el bienestar». Esto permite «mensurar lo que es justo, observando el dinamismo de esas relaciones formadas inmediatamente entre los hombres, que las formas jurídicas desarrollan o precisan. Se observa de ese modo que la medida de lo justo reside en las relaciones naturales para el cumplimiento de las cosas, que luego son aseguradas por las disposiciones escritas».

En uno de sus puntos de encuentro con Aristóteles –sigue diciendo Bastit– «Villey se opone a la idea de una naturaleza reducida a la razón individual y también a que la naturaleza se entienda como esencia poseída en potencia en el intelecto en forma de definición. Sin duda ésta es una aproximación a la naturaleza, pero lo

---

<sup>132</sup> M. MICHEL VILLEY, «*Suum ius quique tribuens*», en *Studi in onore di Pietro de Francisci*, Milán, Guiffre, 1956, vol. I, pp. 366 *ífine* y s.

<sup>133</sup> *Ibid.*, «La nature des choses dans...», en *Droit et nature des choses*, pp. 190-199.

<sup>134</sup> *Ibid.*, I, 3, pp. 78 y ss.

<sup>135</sup> MICHEL BASTIT, *Un vivant aristotélicien: Michel Villey*, II, b, *Droits. Revue Française de Theorie Juridique*, 28, 1999, pp. 64-67.

que interesa a Villey y a los juristas es la naturaleza en acto, tal como se ejecuta en las diversas comunidades. Y del mismo modo que excluye toda idea platónica del derecho o de lo justo, Villey rechaza también toda "Idea" de naturaleza o naturaleza ideal meramente en potencia, que no sería sino ver el aspecto formal de la naturaleza.

»Pero, asimismo, Villey rechaza un fundamento sociológico sólo de la naturaleza entendida como mero hecho. No sin razón ve en ello una herencia de la sofística. Los sofistas no consideran la naturaleza ni la comprende sino como un terreno de luchas que, por consiguiente, no puede suministrar indicaciones acerca de lo que es justo, y, como puro hecho, queda librada a todos los cambios posibles. Conformarse con una naturaleza tal sería confundir la naturaleza con el hecho o, mejor dicho, con su materia. En realidad, según Villey, la naturaleza es un dinamismo organizado. Radica con la unión de la materia y de la forma en la potencia y el acto. Es, por lo tanto, una realidad única actual, vista en estas dos dimensiones que son las causas del movimiento, y, consiguientemente, simultáneamente de sus perfecciones y determinaciones, de una parte, y de sus potencialidades e imperfecciones, de otra parte».

Destaca Bastit cuál es la particular comprensión que Villey tiene del libro V de la *Ética nicomaquea* de Aristóteles, en especial de sus pasajes más difíciles, donde rechaza a la par las concepciones platónica y sofística de la naturaleza, pero «muestra su íntimo parentesco». Para los platónicos lo justo se sitúa en otro mundo, inmóvil, mientras los sofistas lo sitúan en éste librada al puro cambio, a la contingencia y al hecho, y es así reducida sólo a un juego de fuerzas. «La respuesta de Aristóteles, como la de Villey a ese dilema, consiste en, ante todo, admitir con los sofistas o Heráclito, contra Platón y Parménides, la realidad del movimiento. No nos hallamos en un mundo de dioses donde el derecho podría ser inmutable. La naturaleza, por el contrario, es un principio de movimiento. Ahora bien, al reconocer la realidad del movimiento, que hace patente la diversidad de las instituciones humanas, no desemboca en el relativismo o el escepticismo de los sofistas, y lejos de ser incompatible con la naturaleza, por el contrario, es manifestación singular».

Y concluye: «Las constantes que la naturaleza desarrolla en el derecho se organizan según las grandes categorías en que se estructuran las relaciones comunitarias, tanto entre las partes y la comunidad, como entre la comunidad y las partes. Habrá así diversas categorías en la forma de tomar en cuenta las relaciones con otro, que, por tanto, constituyen otras tantas modalidades de lo justo.

Villey frecuentemente ha destacado la pertinencia de esas categorías, tanto en el derecho romano como en el derecho comparado».

Por su parte, el profesor holandés Schwars-Liebermann von Walhondorf, destaca:

«La razón forma parte de la naturaleza de las cosas, pues forma parte de la naturaleza del hombre»<sup>136</sup>.

«Esto nos invita a recordar la significación ontológica de los valores. Los valores “se desprenden” [*se dégagent*] según la fórmula consagrada. La excelencia de la lengua francesa es una vez más mostrada. La palabra desprender—*degager*— significa ser puesto en evidencia en el curso de un proceso de la razón. Los valores sólo se manifiestan así, por lo menos para el conocimiento humano. “Desprender” indica, al mismo tiempo, una “existencia esencial”, independientemente de ese “proceso de desprendimiento”»<sup>137</sup>.

«Es evidente que existen “cosas” que condicionan el derecho, pero también que el derecho condiciona las “cosas”; en otras palabras: existen límites de la creatividad del hombre, si por creatividad entendemos una posibilidad de acción “arbitraria”. El derecho mismo forma parte de la naturaleza de las cosas así entendida.

»El problema fundamental del presente es el de los límites de la acción humana. Si puede parecer que, en ciertos aspectos no tiene límites, especialmente por sus potencialidades en el ámbito que constituye la esencia del universo humano—del hombre mismo—, al menos es preciso preguntarse si no cabe distinguir entre posibilidades y posibilidades. Ciertas posibilidades “físicas” resultan imposibilidades “morales”. Esas “imposibilidades morales” no son una mera consideración (idealista) del espíritu, sino que se muestran, a su vez, como una realidad por las consecuencias que su menosprecio conlleva, al destruir la posibilidad misma de alcanzar los fines perseguidos en su origen»<sup>138</sup>.

«Está ínsito en la naturaleza que ésta no puede fijarse en el inmovilismo. La estabilidad reposa sobre un movimiento». De ahí, que su «cualidad de pretil, frente las reacciones de un subjetivismo intempestivo, y su cualidad de faro, ante los retrasos esclerosados, constituyen el valor fundamental de la noción de naturaleza de las cosas»<sup>139</sup>.

Estas razones—que expresa después— abonan su opinión, acerca de la naturaleza de las cosas, a la cual—en contra de lo que enten-

---

<sup>136</sup> SCHWARS-LIEBERMANN VON WALHENDORF, *op. cit.*, cap. *Aspects fondamentaux*, 16, p. 51.

<sup>137</sup> *Ibid.*, 17.

<sup>138</sup> *Ibid.*, 18.

<sup>139</sup> *Ibid.*, 21, p. 53.

día Bobbio— considera como fuente del derecho y religada a la interpretación de éste. «Del mismo modo que los hechos se hallan en la base de la “norma” de derecho, así mismo son la base de su concreción. La naturaleza de las cosas (en tanto concepto jurídico) no es, por tanto, en ese sentido, nada cualitativamente diferente del derecho; es idéntica a sus mismas fuentes (si el derecho en cuestión es “justo”). La naturaleza de las cosas singulares es el hecho calificado a la luz de una perspectiva valorativa en las condiciones de integración social (“política”) conocida»<sup>140</sup>.

Por eso la perspectiva moral se halla inseparablemente entreligada en la visión humana de la naturaleza de las cosas. Arthur Kaufmann lo explica claramente en el párrafo que me permito transcribir íntegramente a continuación<sup>141</sup>:

«Si bien hemos hablado aquí sobre los hechos morales, ello no difiere nada de lo que hoy en día gusta en denominarse “naturaleza de la cosa”. Radbruch denomina a la “naturaleza de la cosa” al “sentido de las condiciones de vida”, expresión en la que “sentido” es “el deber ser realizado en el ser, el valor que aparece en la realidad”. Comenta, además, que la “naturaleza de la cosa” es “la solución para todos aquellos que están empeñados en suavizar el tajante dualismo entre ser y deber, entre la realidad y el valor, aquellos que buscan la razón en las cosas”<sup>142</sup>. Esto concuerda perfectamente con la concepción de la filosofía de los valores aquí expuesta. La figura del pensamiento de la “naturaleza de la cosa” no supera la diferencia entre el valor y la realidad, pero tampoco debe hacerlo, porque de lo contrario perdería su utilidad, que radica precisamente en la polaridad entre “naturaleza” y “cosa”. No obstante, establece una conexión entre ambas, de la forma en que realmente es una naturaleza de la cosa. De lo expuesto anteriormente se desprende también que un conocimiento extraído de la “naturaleza de la cosa” siempre entraña un complejo proceso, un análisis de los hechos bajo un punto de vista principal de la moral. Se trata esencialmente de un proceso analógico. No es más que una mera ilusión pensar que es posible descubrir las leyes del comportamiento mediante un simple análisis de la situación, sin considerar el punto de vista de la moral, sin norma, tal y como lo conciben determina-

<sup>140</sup> *Ibid.*, 13, pp. 48 y s.

<sup>141</sup> ARTHUR KAUFMANN, *Derecho y moral IV* (1954), traducido por EMILIO EIRANOVA, incluido en el libro *Derecho, moral e historicidad*, que recoge éste y otro trabajo del mismo KAUFMANN, Madrid, Marcial Pons, 2000, pp. 80 y s.

<sup>142</sup> RADBRUCH, «Die Natur der Sache als juristische Denkform», en *Festschrift für Ehren von Rudolf Laun zum 65. Geburtstag*, 1948, pág. 157 ss. (págs. 161, 171, 172, 157); naturalmente, también aparecen en la *Wissenschaft Buchgesellschaft*, 1960 (págs. 5, 13, 31, 35). Citas todas de A. KAUFMANN.

das tendencias de la ética existencialista de la situación <sup>143</sup>. No se puede entender la “naturaleza de la cosa” en un sentido meramente empírico-sociológico <sup>144</sup>».

## 7. FUNCIÓN JURÍDICA DE LA NATURALEZA DE LAS COSAS COMO FUENTE DE DERECHO, EN LA INTERPRETACIÓN, LA ANALOGÍA Y LA EQUIDAD

A los cultivadores de la ciencia del derecho, como ciencia práctica que es, cuando tratamos de la naturaleza de las cosas nos ha de interesar, sobre todo, ponderar cuál es el interés que su utilización tiene en la práctica. Trataremos de mostrarlo en el desarrollo en este último epígrafe del estudio que aquí le dedicamos.

### A) LA NATURALEZA DE LAS COSAS COMO FUENTE MATERIAL DEL DERECHO

En Roma puede decirse que, desde los primeros tiempos, la naturaleza de las cosas era fuente material del derecho. Al derecho así nacido, Max Kaser <sup>145</sup> lo denominó «derecho natural romano antiguo». Urcisino Álvarez Suárez <sup>146</sup> explica que el derecho primitivo, en Roma, era un *ius non scriptum* expresado en las *mores et iustitia maiorum*, que formaba «una serie de *instituciones jurídicas fundamentales*, tan íntimamente identificadas con su propia existencia y con su propio ser, consideradas tan naturales al cuerpo social y tan necesarias para la vida del mismo que, al igual que sucede con las funciones orgánicas del cuerpo humano, nunca se preguntaron ni por su origen ni por su fundamento y justificación. Sobre esta materia prima jurídica fundamental fue sobre la que operaron los pontífices, que no «crearon» las instituciones, sino que las «hallaron» o «inventaron», modelando ese barro originario con las formas y fórmulas solemnes que reforzaban y precisaban su fuerza vinculante». De ellas, indica, cabe decir que constituían «un derecho nacido tan natural y necesariamente de modo tan espontáneo»

---

<sup>143</sup> Véase, sobre todo, COHN, *Existenzialismus und Rechtswissenschaft*, 1955. Cita de KAUFMANN.

<sup>144</sup> Cfr. HASSEMER, «Der Gedanke der “Natur der Sache” bei Thomas von Aquin», en *Archiv für Rechtsund Sozialphilosophie*, 49 (1963) ss. También cita de A. KAUFMANN.

<sup>145</sup> MAX KASER, «Mores maiorum und Gewohnheitsrecht» en *L.S.S.* 39, 1919, p. 59, cita de URCISINO ÁLVAREZ SUÁREZ, *loc. cit. infra*, nota 143.

<sup>146</sup> URCISINO ÁLVAREZ SUÁREZ, *La jurisprudencia romana en la hora presente*, p. 49.

que parece poder afirmarse «que la jurisprudencia pontifical no creó esas instituciones jurídicas sustanciales y fundamentales del pueblo romano, sino que las “encontró” y sacó a la luz de la vida misma del cuerpo social».

La jurisprudencia clásica, tanto consultiva –en sus *responsae*– como cautelar –en sus fórmulas–, operaba entorno del eje naturaleza de las cosas-hecho del caso. De ello es paradigma el referido párrafo *In cliuo*, en el que Alfeno<sup>147</sup>, a pesar de comentar la ley *Aquilia*, busca la solución del caso en la observación y explicación de los hechos que valora teniendo en cuenta la naturaleza de las cosas: el principio de gravedad, el nivel de la cuesta capitolina, el peso de los carros, la fuerza de las mulas, la actitud de los carreteros y los principios fundamentales de la lógica de las cosas<sup>148</sup>. Este es el párrafo del cual Baldo<sup>149</sup> comentó que en el se hace notar que el derecho nace del hecho –*ex facto ius oritur*– comentario acerca del que efectuó una comunicación<sup>150</sup>.

Los comentaristas –enriquecidos metódicamente con la recepción, por San Alberto Magno y Santo Tomás de Aquino, de la filosofía realista de Aristóteles– entendieron que el derecho se hallaba dotado de una fundamentación realista, encuadrado en el orden universal de la *rerum natura*, una y múltiple, en constante desarrollo dentro de una armonía cristiana<sup>151</sup>. En el *ius commune* el *mos italicus* examinaría las cosas con el *sensum naturalis*, la *naturalis ratio* y la *naturalis aequitas*, con las que observaba los hechos encuadrados en la naturaleza de las cosas.

Francisco de Vitoria explicó: *iustitia semper ex natura rei habet medium*<sup>152</sup>; y explicó<sup>153</sup> *Si enim non cognoscitur obiectum, nec virtus potest cognosci sicut nec caecus potentiam visivam cognoscere potest quia obiectum non cognosci, postquam colorem qui est obiectum visus et sonum qui est obiectum auditus non cognocit. Ita in virtutibus necessarium est cognoscere earum obiecta*.

Montesquieu distinguió cuatro clases de leyes entre las que situó la *ley deducida de la cosa misma*<sup>154</sup>; y advirtió: «No se pueden seguir las disposiciones generales del derecho civil cuando se

<sup>147</sup> ALFENO, *Dig.* 9, 2, 52, 2.

<sup>148</sup> Cfr. mi comunicación *Contraste entre un texto de Baldo y otro de Hume*, A.R.A.J. y L. 27, 1977, 2, pp. 138 y ss.

<sup>149</sup> BALDO, *Comm. ad librum nonum Digestorum*, a dicho párrafo *In cliuo* del fragmento *Si ex plagis*, tit. *Ad legem Aquilia*, (*Dig.* 9, 2, 52, 2).

<sup>150</sup> Cfr. mi comunicación *últ. cit.* p. 139.

<sup>151</sup> Cfr. *Parte sistemática* 107, pp. 558 y s.

<sup>152</sup> F. VITORIA, *Comm. ad 2.<sup>a</sup>-2.<sup>ae</sup>*, 57, 5, 10.

<sup>153</sup> *Ibid.*, 1, 1, 3 y s.

<sup>154</sup> MONTESQUIEU, *E. L.* X, III, 2.

trata de cosas que deben ser sometidas a reglas particulares resultantes de su propia naturaleza»<sup>155</sup>.

En su reacción frente al positivismo dominante en universidades y tratados durante el siglo XIX, François Géný considera que la naturaleza de las cosas es la fuente material del derecho a la que la *libre recherche scientifique* ha de recurrir en los supuestos de que no se halle ley adecuada para resolver el caso que se enjuicia<sup>156</sup>.

También Michel Villey<sup>157</sup> ha afirmado: «si se considera que hay un orden y un valor en la naturaleza de las cosas, ésta se convierte en fuente de derecho y entonces se remite la primacía al problema ontológico». Y Schwars-Liebermann von Walhendorf<sup>158</sup>, afirma que la naturaleza de las cosas, «en tanto concepto jurídico», no es «nada cuantitativamente diferente del derecho; es idéntica a sus mismas fuentes».

Entiendo, por mi parte, que la naturaleza de las cosas, como fuente material del derecho, se halla entrelazada inseparablemente con cada una de las denominadas fuentes formales del derecho. No olvidemos que el primer principio del derecho, el que preside y orienta todos los demás, es el de la realización de la justicia, y ésta jurídicamente consiste en primer lugar en lo que en cada caso es conforme la naturaleza de la cosa —*ex ipsa natura rei*—; y que los principios generales del derecho informan todo el ordenamiento jurídico positivo.

## B) LA NATURALEZA DE LAS COSAS Y LA INTERPRETACIÓN

La interpretación en su concepción clásica requiere *subtilitas intelligendi* de las normas de derecho y *subtilitas explicandi* de los hechos<sup>159</sup>, ya hemos comprobado que es así en el texto de Alfeno contenido en el § *In cliuo*, donde él mismo explica los hechos conforme a la naturaleza de las cosas<sup>160</sup>. A esta explicación retorna la nueva hermenéutica<sup>161</sup>.

La operación interpretativa, en el campo del derecho, pone en tensión, para hallar una solución justa, la comprensión de la natura-

<sup>155</sup> *Ibid.*, XXVI, 25.

<sup>156</sup> GÉNY, *Método de interpretación y fuentes*, 84, p. 185, y 161, pp. 505 y s.

<sup>157</sup> VILLEY, Intervención en el coloquio que siguió a la comunicación de Bobbio, en el «Colloque de philosophie du droit comparé», de la Universidad de Toulouse en septiembre 1964; *cfr.* en *Droit et nature des choses*, p. 208.

<sup>158</sup> SCHWARS-LIEBERMANN, *loc. ult. cit.* 13, pp. 48 y s.

<sup>159</sup> *Cfr.* HANS GEORG GADAMER, *Verdad y método*, I, 10, 1, ed. en castellano, Salamanca, Sígueme, 1984, p. 378.

<sup>160</sup> *Cfr. supra* 7, texto que corresponde a la nota 147.

<sup>161</sup> *Cfr. Parte sistemática* 97-98, pp. 494-505.



leza de la cosa —que se enmarca en tipos y pautas— con la explicación de la cosa o hecho que se enjuicia, y con la intelección de las reglas o normas, entre las cuales destacan las legisladas, que es preciso inteligir, considerándolas como mediadoras, y ponerlas en relación con la explicación de los hechos de conformidad con su naturaleza.

El «círculo hermenéutico» asciende hacia el comprender, explicado con la pauta de la naturaleza de las cosas como mediadora, para configurar tanto el hecho-tipo de la norma como el hecho del caso concreto que se enjuicia.

Esa función de la naturaleza de la cosa en la operación interpretativa, la observa muy claramente el aquinatense. Cuando una cosa es justa por naturaleza —dice<sup>162</sup>—, la ley escrita «no obtiene su fuerza de la ley sino de la naturaleza»; y —añade<sup>163</sup>— «así como la ley escrita no da fuerza al derecho natural [es decir, a lo justo conforme la naturaleza de las cosas] tampoco puede disminuirla ni quitársela, puesto que la voluntad del hombre no puede inmutar la naturaleza».

En este mismo sentido, pero dicho de otro modo, Michel Villey<sup>164</sup>, distingue la interpretación según se efectúe: conforme un positivismo jurídico extremo —en el cual el intérprete aplica mecánicamente la regla de derecho—; según un positivismo más abierto y utilitarista —que considera la regla de derecho como una orientación, una pauta del orden de preferencia entre valores cuyas indicaciones, entre otras debe seguir el intérprete, de modo parecido a como el intérprete musical sigue la partitura—; o bien, se conciba que la regla de derecho no puede «sino colocar jalones, aportar indicaciones fragmentarias que deben ayudar a descubrir lo justo»; pues, «lo escrito no puede abarcar todo el derecho natural, que por esencia es inexpresable». Desarrollando y reafirmando esa idea, este mismo profesor que fue de la Universidad de París, observa el texto de Pomponio, *Dig.* 2, 2, 12, y explica que «el jurista romano interpreta, en ausencia de escrito (*sine scripto*), en el “libro” que es la naturaleza, las instituciones y las costumbres de las sociedades (*mores populi romani*) en las cuales se descifra el plan de un orden natural». Para Pomponio —sigue comentando Villey— «el intérprete es el *intermediario* entre ese *conjunto* de signos, que su profesión le pone en estado de conocer, y descubrir, en ellos, la sentencia particular».

<sup>162</sup> SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, 2.<sup>a</sup>-2.<sup>ae</sup>, 60, 5 resp.

<sup>163</sup> *Ibid.*, ad 1.

<sup>164</sup> MICHEL VILLEY, *Préface a L'interprétation du droit*, A.Ph.D. XVII, 1972, pp. 3-7.

Cuando existen normas escritas, se trata de conjugarlas con la naturaleza de las cosas a fin de adecuarlas y ajustarlas a los hechos que se enjuician.

Como observa Arthur Kaufmann, «los conceptos con los cuales son construidos los presupuestos legales tienen carácter analógico»<sup>165</sup>; pues, el objeto percibido por nuestros sentidos, obtiene su conceptualización de la realidad en «un sentido específicamente jurídico» a través de *un tertium comparationis*<sup>166</sup>, que hallamos en la *naturaleza de la cosa* en su sentido de imagen de ella, por la cual pasa siempre «la conclusión a partir del hecho (hacia la norma) de la norma (hacia el hecho)»<sup>167</sup>.

### C) FUNCIÓN DE LA NATURALEZA DE LAS COSAS EN LA ANALOGÍA

La analogía en el realismo metódico y en el derecho romano clásico se fundamenta en la naturaleza de las cosas. Basta repasar la *Ética Nicomaquea* y los textos del *Digesto* para comprobarlo.

Arthur Kaufmann, invocando el libro V de la *Ética* de Aristóteles, advierte que la analogía se basa en la *analogia entis*, en la analogicidad del ser<sup>168</sup>; y, respecto de la analogía jurídica destaca que es una conclusión *a similibus ad similiam*<sup>169</sup>, que «requiere de un intermediario» que «representa de igual modo lo particular y lo general, un *universale in re*», que es la *naturaleza de la cosa*<sup>170</sup>. También Schwarzs-Liebermann von Walhendorf<sup>171</sup> ha escrito que los actos de analogía «se hallan referidos a la noción de naturaleza de las cosas».

Lo fundamental que la naturaleza de las cosas es para la analogía lo muestra la patente depreciación de ésta cuando no su abandono, que se padece en el voluntarismo, el normativismo y nominalismo y sus secuelas, el racionalismo y el positivismo legalista.

El nominalismo no reconoce la realidad sino de lo singular de las cosas individuales, y es negada la realidad de lo general. Por consiguiente, en él no puede haber conocimiento analógico, pues —como dice Kaufmann<sup>172</sup>— «tal conocimiento presupondría que existe una correspondencia entre las cosas, en tanto convergen “en

<sup>165</sup> ARTHUR KAUFMANN, *Analogía y «naturaleza de la cosa»*, V, p. 74 s.

<sup>166</sup> *Ibid.*, pp. 80 y s.

<sup>167</sup> *Ibid.*, VII, pp. 91 y s.

<sup>168</sup> *Ibid.*, V, p. 72.

<sup>169</sup> *Ibid.*, p. 80.

<sup>170</sup> *Ibid.*, pp. 90 y s.

<sup>171</sup> SCHWARZS-LIEBERMANN, *op. cit.*, cap. *Réflexions sur la nature des choses et la droit. L'analogie* 12, p. 152.

<sup>172</sup> ARTHUR KAUFMANN, *op. cit.*, IV, p. 64.

lo general". Según el nominalismo, para el que sólo existe lo individual, las cosas no están vinculadas entre sí y se ubican en la más completa separación y diferenciación respecto de las otras».

Por eso mismo, el racionalismo —dice el mismo Kaufmann<sup>173</sup>— «desconoce prácticamente la analogía»; puesto que se cree que «el ser es conocido matemáticamente, "*more geométrico*", "*clare et distincte*" (Descartes)», todo el conocimiento es «unívoco» y «coherente». Como el racionalismo afirma que «sólo hay conocimientos unívocos (matemáticos), susceptibles de subsunción lógica», no puede conocer la existencia de «conceptos análogos, funcionales, de sentido, de orden o de tipo».

Así, en el voluntarismo, el nominalismo y su secuela el positivismo legalista, la analogía jurídica, por principio, se apoyará en la voluntad del legislador, y, por ello, a falta de voluntad expresa a la cual remitirla, sólo cabe fundamentarla en la voluntad tácita o, al menos presunta, del propio legislador.

Llegado al punto de máxima dependencia de la voluntad del legislador, comienza un nuevo proceso de objetivización de la analogía, pero sin apartarse del esquema del positivismo legalista y de la lógica formal. Para esto, los lógicos tuvieron que esforzarse en hallar una formulación lógica<sup>174</sup>, que también ha intentado Bobbio<sup>175</sup>. Sería en vano<sup>176</sup>; sólo después de comenzar de superarse el positivismo legislativo la ciencia del derecho iría volviendo a poner los ojos en la analogía, que para asentarse en una base firme ha debido apoyarse otra vez en la naturaleza de las cosas.

Precursor de este retorno fue François GénY<sup>177</sup>, quien afirmó que la analogía «debe figurar, cuanto menos en primer lugar, entre los procedimientos de la libre investigación científica, entre los cuales debe distinguirse tanto por su modo de obrar cuanto por la seguridad de los resultados que puede ofrecer». Y, como ya hemos visto<sup>178</sup>, GénY basa la *libre récherche scientiphique* en la naturaleza de las cosas. Según él mismo dice<sup>179</sup>: «La analogía es un principio activo», que «es directamente sacado de las realidades objetivas, quiero decir de las consideraciones morales, políticas, sociales, económicas, que son la sustancia fecunda de la vida del derecho», y «está sobre las mismas realidades, porque constituye

<sup>173</sup> *Ibid.*, p. 62.

<sup>174</sup> *Cfr. Parte sistemática*, 180, pp. 943-947.

<sup>175</sup> NORBERTO BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Turin, Cooperativa Libreria Universitaria Turinente, Ed., s. f., 56, pp. 280-290.

<sup>176</sup> *Cfr. Parte sistemática*, 180, pp. 946 *in fine* y s.

<sup>177</sup> F. GÉNY, *Método de interpretación y...*, 166, p. 534.

<sup>178</sup> *Supra* 6, texto que lleva la nota 117.

<sup>179</sup> GÉNY, *op. cit.*, 166, p. 624.

su síntesis y representa, por generalización, la balanza y el resultado de su equilibrio».

Pero, ha sido medio siglo más tarde —como hemos podido comprobar a lo largo de varios textos de este epígrafe— cuando mejor se ha fundamentado por Arthur Kaufmann, la interdependencia entre «naturaleza de las cosas» y analogía.

#### D) FUNCIÓN DE LA NATURALEZA DE LAS COSAS EN LA DETERMINACIÓN DE LA EQUIDAD

Lo dicho respecto de la analogía, en cuanto a su fundamentación en la naturaleza de las cosas, podemos repetirlo con referencia a la equidad. No en vano, como se observa ya en el derecho romano, existe una interrelación entre la analogía y la equidad<sup>180</sup>.

La *naturalis aequitas* —como supieron ver los juristas medievales— tuvo en la naturaleza de las cosas el apoyo mediador para captar la equidad. La *ratio* justifica que la equidad *in ipsis rebus percipitur*, como dijo Iernerio<sup>181</sup>. «*Aequitas est rerum convenientia, quae in paribus causis peria iura desiderat, et omnia bene coequiparat, Dicit aequitas quasi aequalitas, et vertitur in rebus*», escribió Placentino de Montpellier<sup>182</sup>. Y Cino de Pistoia<sup>183</sup> repetiría: *aequitas est rerum convenientia*, a la que diferenciaría de la justicia: *quod iustitiam respicit, animam et aequitas res ipsas*.

Esta perspectiva metódicamente realista quedó nublada para la equidad —del mismo modo que hemos visto para la analogía— en el nominalismo. Si no existe un orden natural en las cosas, la equidad —como tampoco el derecho ni la analogía— puede basarse en una razón ínsita en ellas —la *naturalis ratio*— y sólo cabe fundamentarla en la voluntad del legislador. De ahí la depreciación de la equidad al referirla a un juicio puramente subjetivo, individual y arbitrario. Por otra parte, su empleo por el racionalismo llevaría a la denostada *equidad cerebrina*. Lo cierto es que las construcciones idealistas y racionalistas de la equidad la dejan muy difusa, y resulta subjetiva su aplicación a los casos concretos. No nos puede extrañar que Kant<sup>184</sup>, obsesionado por dotar de certeza al derecho —que identifi-

<sup>180</sup> Cfr. *El razonamiento jurídico. La analogía y la equidad*, 14, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia, 1997 (discurso inaugural), pp. 59-62.

<sup>181</sup> IRNERIO, gloss. *Iustitia* al *Dig.* 1, 1, 1.

<sup>182</sup> PLACENTINO, *Incipit, Summa artis*, 137-139 y *De iustitia et iure*, gloss *Aequitas*.

<sup>183</sup> CINO, *Summa super Codicem*, tit. *De legibus et constitutionibus, lex Inter aequitatem*.

<sup>184</sup> I. KANT, *Introducción a la teoría del derecho. Apéndice sobre el derecho equívoco*. I, *Equidad (aequitatis)*, Madrid, I.E.P. 1954, p. 90.

caba con el mandato coactivo de la norma legislada— calificara la equidad de «deidad muda la que nadie puede oír».

Fue en el siglo XIX cuando el positivismo legalista y la dogmática conceptualista llegaron al apogeo. La *escuela de la exégesis* no podía concebir más equidad que la recogida o autorizada por el legislador. Laurent<sup>185</sup> llegó a oponerse incluso a que el pensamiento del legislador se arguyera en contra del texto de la ley cuando «el sentido literal no deja lugar a dudas». Y, conforme a su positivismo legislativo cientifista, diría Windscheid<sup>186</sup>: «antes de que una fuente de derecho haya reconocido e impuesto la equidad, la equidad no es derecho, no es derecho todavía, y el juez faltaría gravemente si pretendiere postergar el derecho positivo de su pueblo en aras a la equidad».

No olvidemos que la genuina concepción de la *épieikeia* y de la *aequitas* se hallaba en la naturaleza de las cosas. Aristóteles<sup>187</sup> explicó que toda ley es universal y «hay cosas que no pueden tratarse rectamente de un modo universal»; y al hablar de las cosas de modo universal en la ley, el legislador «yerra al simplificar»; pero «no por eso la ley es menos recta, porque el yerro no está en la ley, ni en el legislador, sino que resulta de la naturaleza de las cosas», que es «indefinida»; y, por eso, la ley no puede ser su regla, que también debe ser «indefinida, como la regla de plomo de los arquitectos lesbios que no es rígida, sino que se adapta a la forma de la piedra».

Cuando, a finales del siglo XIX, se comenzaron a producir las primeras reacciones contra el positivismo legalista, Géný consideró utilizable la equidad en caso de que ninguna regla legal resulte adecuada al caso en el momento de enjuiciarlo; y propugnó que debe acudirse a la equidad por la libre investigación científica si «los mismos elementos constitutivos de ésta (justicia, naturaleza de las cosas) le dejan lugar» [à la equidad]<sup>188</sup>. Concluye que «la interpretación admitirá la equidad individualizada, con el rango de un *criterio* de solución, siempre que este medio parezca necesario para satisfacer la justicia (...) o para responder a los criterios de la naturaleza de las cosas positiva»<sup>189</sup>.

A lo largo del siglo XX, a medida que la ciencia jurídica ha ido dejando atrás el positivismo legalista, la equidad ha vuelto a ser

<sup>185</sup> F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, vol. I, Bruselas, Brulant, Chirtophe y Cia., 1887, 273, p. 344.

<sup>186</sup> B. WINDSCHEID, *Pandectas*, vol. I, p. 83.

<sup>187</sup> ARISTÓTELES, *Ética* V, 10, 1137 b-1138 a.

<sup>188</sup> F. GÉNY, *op. últ. cit.* 163, pp. 512 y ss.

<sup>189</sup> *Ibid.*, p. 547.

considerada como justicia del caso concreto, orientada por los principios generales del derecho y el sentido de justicia. Pero, en general, se ha puesto poco de relieve el papel mediador que tiene la naturaleza de las cosas para lograr por esos caminos la solución equitativa.

Aquí no tratamos específicamente de la equidad, de la que ya nos hemos ocupado, desde sus respectivos puntos de vista, en la *Metodología de la determinación del derecho*<sup>190</sup> y del razonamiento jurídico<sup>191</sup> y, más adelante, deberemos volver a ella desde la perspectiva de la metodología de la ciencia expositiva y explicativa del derecho. Aquí tratamos únicamente de la función que en la equidad tiene la naturaleza de las cosas, y a eso debo ceñirme. Por esto, ilustraré este apartado únicamente con las opiniones de algunos de los más significativos autores que en el siglo XX, han tocado esta cuestión, y, finalmente, expondré mi visión de ella.

En la década de los años veinte. Georges Renard señala un camino: *El progreso de la ciencia racional es una aproximación constante a la inabarcable naturaleza de las cosas*<sup>192</sup>. A partir de ahí da el primer paso al contrastar la posición de la ciencia y el arte ante esa aproximación: «Las operaciones de la ciencia racional son una constante reducción al mismo denominador de leyes experimentales y de teorías fragmentarias de ese común denominador»<sup>193</sup>; el arte «apunta» a «lo concreto a lo particular», «en los resultados a que tiende»<sup>194</sup>, y el jurisconsulto considera las relaciones sociales «bajo la luz particular de la justicia»<sup>195</sup>. He ahí el primer paso en el camino hacia la equidad partiendo de la naturaleza de las cosas.

En torno al inicio de la década de los cuarenta, Carnelutti, en una bellísima imagen, concibe el derecho como un puente que discurre desde el orden del universo a la sentencia del juez, con dos arcos que tienen por pilares al legislador y al intérprete, parejamente a como la música discurre en un puente que va desde la primigenia armonía de los sonidos al público en una representación auditiva y se apoya en los pilares del compositor y del intérprete musical<sup>196</sup>. En el último arco de ese puente jurídico, por él vislum-

<sup>190</sup> *Parte sistemática*, 273-298, pp. 1439-1578.

<sup>191</sup> *El razonamiento jurídico, La analogía y la equidad*, 14-16, pp. 59-108.

<sup>192</sup> GEORGES RENARD, *Le droit, la logique et le bon sens*, París, Sirey 1925, conf. 2.<sup>a</sup>, II, p. 61 y ss.

<sup>193</sup> *Ibid.*, conf. 3.<sup>a</sup>, II, pp. 75 y ss.

<sup>194</sup> *Ibid.*, pp. 90 y ss.

<sup>195</sup> *Ibid.*, pp. 98 y ss.

<sup>196</sup> FRANCESCO CARNELUTTI, *El arte en el derecho*, cap. «¿Qué es el hecho?», pp. 53 y ss.

brado, considera que el juez desarrolla, a la par, un «juicio de legalidad» y un «juicio de equidad» que, a la vez, enjuicia el caso y la ley, en la perspectiva del orden del universo<sup>197</sup>. Este no es otro sino el inscrito en la naturaleza de las cosas.

En la misma década, Josef Esser<sup>198</sup> ve reavivarse una nueva forma de equidad con el retorno, que él observa, al recurso a la *ratio naturalis*, a la lógica jurídica objetiva y, sobre todo, a la «naturaleza de la cosa», de la que hoy –dice– «es un *topos*, preferido del *ars inveniendi*, más aún una categoría del pensamiento civilista sistemático».

Más adelante, Karl Larenz advierte que la equidad, en cuanto criterio para la resolución justa de casos concretos, debe encaminarse, partiendo del análisis jurídico de los casos, para ir enriqueciendo la pauta, utilizada de modo general y que aún está «relativamente indeterminada», a fin de ir concretándola al ponerla «en relación a otros casos, y, de ese modo, crear finalmente un tejido de modelos de resolución en el que puedan ser clasificados, en su mayor parte, los nuevos casos enjuiciables», y así aplicar el «postulado fundamental de la justicia de que “casos iguales” deben ser tratados igualmente»<sup>199</sup>. No olvidemos, a este respecto, que Cicerón<sup>200</sup> ya dijo *valeat aequitatem quae paribus in causis, paria iura desiderat*, que Placentino-Montpelier<sup>201</sup> y Bartolo<sup>202</sup> admitieron que la equidad no escrita aplicada *per similitudinem* prevaleciera sobre la ley escrita.

Estas tipificaciones son –tal como hemos visto que son los tipos– concreciones intermedias de la naturaleza de la cosa que facilitan el hallazgo de la solución más conforme a la equidad.

El mismo Larenz<sup>203</sup>, al tratar de los métodos de desarrollo judicial del derecho en busca de una resolución que aparezca justa, y, concretamente, al ocuparse del desarrollo del derecho superador de la ley, examina la función de la naturaleza de la cosa como criterio teleológico-objetivo para efectuar «la ponderación de bienes en el caso particular». Y recoge la siguiente advertencia de Heinrich Stoll: «Si el legislador pasa por alto la naturaleza de

<sup>197</sup> *Ibid.*, *Teoría general del derecho*, 3.<sup>a</sup> ed., pp. 518 y ss.

<sup>198</sup> JOSEF ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho*, Barcelona, Bosch, Casa Ed., 1964, IV, 2, p. 87.

<sup>199</sup> KARL LARENZ, *Metodología* II, III, 2, d, p. 287.

<sup>200</sup> CICERÓN, *Tópica*, IV, 23.

<sup>201</sup> PLACENTINO, *Incipit summa artis, De iustitia et iure* 137-142; y *De iustitia et iure*, gl. *Aequitas*.

<sup>202</sup> BARTOLO, *In primam Codicem Iustinianum partem*, tit. *De legibus et constitutionem principum. lex prima, Inter aequitatem* 7-10.

<sup>203</sup> LARENZ, *op. últ. cit.* II-IV, pp. 414-418.

las cosas, y cree poder configurar el mundo según sus deseos, pronto tendrá que experimentar la verdad de la máxima horaciana *naturam expellas furca tamen usque recurret*». Por eso no le extraña que, «cuando la regulación legal falsifica burdamente la naturaleza de la cosa, la jurisprudencia de los tribunales la ha corregido, de vez en cuando, mediante el desarrollo del derecho superador de la ley».

Por mi parte, atendiendo a que —como hemos visto ya advirtió Aristóteles— la equidad actúa cuando lo justo legal no concuerda con lo justo natural, es decir lo justo *ex ipsa natura rei* —como también hemos visto que precisó Santo Tomás de Aquino—, resulta que la naturaleza de las cosas es la pauta para determinar lo que, en cada caso, es equitativo.

La doctrina de los autores contemporáneos que en la equidad ven la justicia individualizada, que, a la luz los principios generales del derecho, esclarece la solución adecuada al caso concreto —sea según ley, más allá de la ley o contra la ley—, no se contrapone a lo que hemos dicho, porque el caso concreto se explica —aunque no se percate de ello el intérprete— en relación a la naturaleza de la cosa de que se trata, tal como hemos visto que enjuició Alfeno, en el § *In cliuo*<sup>204</sup>. Por otra parte, vengo repitiendo que los primeros principios ético naturales se obtienen de esa realidad vivida, con el hábito natural de la *sindéresis*, al producirse el contacto de la *lumen mentis* con el *fulgor obiecti*.

Es decir, la naturaleza de las cosas no solamente constituye la infraestructura tipológica del derecho, sino que los principios generales del derecho se desprenden de esa realidad viva<sup>205</sup>. Así estos principios iluminan nuestro juicio para que sea equitativo, interrelacionando éste con la realidad de las cosas y de los hechos, en un repetido ir y venir con la mirada de las cosas a la mente y de ésta a aquéllas, en el espiral hermenéutico que asciende hasta conjugar adecuadamente y concretar lo equitativo.

No cabe repetir, como objeción, la negación de Hume de que pueda deducirse un deber ser de un ser<sup>206</sup>. No es así porque el juicio de esa clase, obtenido con la observación de la naturaleza de las cosas, incluye la consideración de si la cosa (hecho, acto o conducta) es buena, mala, peligrosa o indiferente, justa o injusta, de lo cual se induce lo que se debe hacer u omitir obrando bien y equitativa-

<sup>204</sup> Cfr. *supra* texto señalado por las notas 150-153.

<sup>205</sup> *Concreción de los principios ético naturales en principios generales del derecho y su reflejo en la interpretación*, I, A.R.A.C.M. y P., 73 1996, pp. 193-201, recogido, como apéndice I, en *Entorno al derecho natural*, pp. 79-91.

<sup>206</sup> DAVID HUME, *Tratado de la naturaleza humana*, cit. pp. 633 y s.



mente<sup>207</sup>. Carnelutti<sup>208</sup> ha explicado claramente en ese sentido que «no hay ley causal que no pueda enunciarse como ley final»; y, para explicarlo, pone estas comparaciones: el médico a la vez que diagnóstica, medica; y quien ordena un movimiento ferroviario no se limita a decir que quien atraviesa la vía corre el riesgo de ser arrollado por el tren, sino que manda simplemente: *no debe atravesarse la vía*.

---

<sup>207</sup> Cfr. mi comentario *Contraste entre un texto de BALDO y otro de HUME*, 3, A.R.A.J. y L. 27, 1997, pp. 140-144.

<sup>208</sup> CARNELUTTI, *L'antinomia del diritto naturale*, 10, Riv. Dir. Proc. 1959, recogido en sus *Discorsi in torno del diritto*, vol. III, Padova, Cedam 1961, pp. 272 *in fine* y s.

# *Ex post facto convallescere* en Derecho romano y Derecho alemán moderno

ANDREAS WACKE (KÖLN) \*

Dr. iur., Dr. iur. h.c., LL.D. h.c., Catedrático de Derecho romano,  
Derecho civil y Derecho procesal civil;  
Director del Instituto de Derecho Romano

SUMARIO: I. Introducción.—II. *Tractu temporis non convallescere*.—III. *Ex post facto convallescere* en los testamentos y la *regula Catoniana*.—IV. La exclusión de los casos fortuitos (*ne eventu confirmetur*).—V. Transformación en posible de la prestación imposible.—VI. Confirmación y ratificación.—VIII. La persistencia de la voluntad (*perseverantia voluntatis*).—VIII. La unidad del acto de constitución (*unitas actus*).—IX. Resumen.

## I. INTRODUCCIÓN

1. Los juristas romanos negaban en principio que un negocio jurídico inválido pudiese convalidarse por hechos posteriores. *Quod initio vitiosum est, ex post facto convallescere non potest*: así dice una *regula iuris* deducible de dos pasajes del Digesto (D. 50,17,29 y D. 50,17,210) <sup>1</sup>. El mismo significado tienen, de

---

\* D. 50923 Köln (Fax #49-221 470 5049; e-mail [Andreas.Wacke@uni-koeln.de](mailto:Andreas.Wacke@uni-koeln.de)).

La versión alemana de este trabajo aparece en el libro-homenaje: *Au-delà des frontières*. Mélanges de droit romain offerts à WITOLD WOŁODKIEWICZ, Varsovia, Editorial Liber, II (2000) 1025-1052.

La traducción al castellano se la agradezco al Dr. Bruno Rodríguez-Rosado, que realiza una larga estancia de investigación en mi Instituto, y se halla encargado de impartir en la facultad de Derecho de la Universidad de Colonia un curso de introducción a la terminología jurídica española. Los profesores JOSÉ MARÍA MIQUEL (Universidad Autónoma de Madrid), ROSA MENTXAKA (Universidad del País Vasco, Donostia/San Sebastián) y ETELVINA DE LAS CASAS (Universidad de La Laguna) se dedicaban amablemente, durante sus respectivas estancias de investigación en mi Instituto, a una lectura crítica del manuscrito.

<sup>1</sup> BERTOLINI, *La ratifica degli atti giuridici nel diritto privato romano II* (1891, reimpresión 1975) 37, 42; sobre ello mi recensión: ZSS 94 (1977), 516 ss. Sin una sistemática

forma más breve, los aforismos *Ab initio nullum, semper nullum*<sup>2</sup> o *Quod nullum est, nullum producit effectum*<sup>3</sup>.

*Ex nihilo nihil*, enseñaba Boecio<sup>4</sup>. La frase resulta adecuada a una reflexión filosófica sobre *causa* y *effectus*. Sin causa eficiente no puede producirse nada: todo lo que existe debe tener un creador. El milagro de crear algo de la nada sólo puede hacerlo Dios. En este mundo rige el principio de la física según el cual de la nada no nace nada.

De la *regula* antes citada parten la mayoría de las explicaciones sobre la nulidad de los negocios jurídicos<sup>5</sup>. Pero la verdad es que muchas excepciones contradicen esta regla, como a continuación se pondrá de manifiesto: las consideraciones matemático-ontológicas del tipo de las citadas convencen a los juristas sólo parcialmente. El jurista aprende a distinguir diferentes grados de ineficacia<sup>6</sup>, y sabe que no toda deficiencia de un negocio jurídico se puede equiparar a su inexistencia<sup>7</sup>. No es evidente que los defectos iniciales de un negocio jurídico deban ser permanentes, ya que puede tratarse de un vicio subsanable<sup>8</sup>. El jurista habla entonces de convalidación o convalescen-

---

reconocible se encuentra en las fuentes tanto *ex postfacto*, como *ex post facto*. Yo prefiero en todo caso la forma separada de escribirlo. Porque el verbo *postfacere* no existe. (*Ex post* tiene el significado adjetival-adverbial de «por acontecimientos posteriores».)

<sup>2</sup> D. LIEBS, *Lateinische Rechtsregeln* (6.ª ed. 1997), núm. A 4, núm. 119.

<sup>3</sup> ROLAND/BOYER, *Adages du droit français* (4.ª ed. 1999) núm. 383. *Cum principalis causa non consistat, plerumque ne ea quidem quae sequuntur locum habent*, se dice en D. 50,17,178. Por ejemplo, un préstamo nulo no produce ningún interés (según la glosa).

<sup>4</sup> BOECIO, *De consolacione philosophiae* 5,1. Comp. KARL BAYER, *Nota bene: Das lateinische Zitatlexikon* (Munich, s.f.), núm. 1361. Amplia referencia en LIEBS, núm. E 59. ROLAND/BOYER, núm. 129 encuentran su origen en Aulus Persius Flaccus (34-62 d.C.), sátira 3,5,24, y lo tratan de forma peculiar en conexión con el tratamiento de la *rétroactivité*.

<sup>5</sup> Así WINDSCHEID, *Pandekten* (9.ª ed. 1908) I § 83 y n. 1; KASER, *Das römische Privatrecht I* (2.ª ed. 1971), 248; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* (1990) 682 s. Para el Derecho moderno ENNECERUS-NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des B.G.B. II* (15.ª ed. 1960) § 204 V, n. 54.

<sup>6</sup> Los primeros pasos en esta línea se ven en los juristas que enseñaban en la Edad Media, *vid.* COING, *Europäisches Privatrecht I* (1985), 413 s. La denominación de un negocio sanable como «relativamente ineficaz» conduce ciertamente a error: acertadamente, KASER, RP I<sup>2</sup> 248 n. 21; en contra GIUFFRÉ (*vid.* nt. 45).

<sup>7</sup> La diferencia más clara es entre *matrimonium nullum* (que se declara a través de acción de nulidad) y *matrimonium non existens*.

<sup>8</sup> *Nullitas sanabilis* e *insanabilis* distingue el *Codex Iuris Canonici* (1983) por ejemplo con respecto a las consecuencias de los cánones 1620, 1622; comparar ROBLEDA, *La nulidad del acto jurídico* (2.ª ed. 1964), 169 ss. En las antiguas fuentes romanas no se encuentran ni *nullitas* ni (*in*)*sanabilis*. *Nullitas* es medieval, *vid.* COING (citado en nota 6). Los romanos empleaban para la nulidad alrededor de 40 expresiones diferentes: KASER, RP I<sup>2</sup> 246s.; SCHANBACHER (*infra*. nt. 9) 191 s. nt. 1060; M. MÜLLER (*infra* nt. 16), 160 ss. (allí también sobre el desconocimiento en Roma del concepto «negocio jurídico»). '*Sanare*' se emplea sólo para las enfermedades (*aegrum, morbosum sanare* D. 40,2,15,1; 21,1,1,16; *medicamentum ad sanandum* D. 48,8,3,2; técnico es *sanae mentis* = *compos mentis*, sujeto de imputación, capacidad negocial). Por medio de un Compact Disc grabado con las fuentes de Derecho Romano en la Bibliotheca Iuris Antiqui [BIA] se pueden hoy localizar en pocos segundos numerosas palabras jurídicas (lo cual antes era imposible).

cia, como si se tratara de la curación de un enfermo. La distinción entre los casos de nulidad subsanable y no subsanable se intentará llevar a cabo en las páginas siguientes, dado que ese trabajo, hasta donde yo sé, no se ha llevado a cabo hasta ahora de forma detallada<sup>9</sup>.

2. El B.G.B. alemán distingue el negocio nulo del impugnabile<sup>10</sup>. Sin embargo, no contiene el B.G.B. ninguna norma general sobre las diferentes clases de nulidad, y falta una regulación general sobre los casos de nulidad subsanable o convalidable (excepción hecha el § 308 B.G.B.). Con frecuencia se encuentran normas particulares sobre la convalidación de un negocio afectado por un defecto de forma, cuando el obligado lleva a cabo voluntariamente el cumplimiento de la prestación prometida<sup>11</sup>. Pero en otros casos paralelos faltan normas sobre convalidación. La doctrina alemana dominante no quiere reconocer como principio general la regla según la cual «el cumplimiento subsana el defecto de forma»<sup>12</sup>. La doctrina francesa todavía es más estricta, pues considera (de forma divergente al § 518.2 B.G.B.) que una promesa de donación inválida por defecto de forma no se convalida por la posterior entrega de la cosa prometida<sup>13</sup>. Dada esta falta de regulación general en el B.G.B., puede ser conveniente estudiar los supuestos sobre los que se han desarrollado históricamente los casos de nulidad convalidable de un negocio jurídico.

<sup>9</sup> Para la enseñanza del Derecho común véase la visión de conjunto de PAUL LÜTTKEN, *Erörterungen über den Satz*. «Quod initio vitiosum est, non potest tractu tempore convallescere» (Diss. iur. Halle 1890), 66 pp.; más abreviadamente M. MÜLLER (nota 16) 78 ss. SCHANBACHER, *Die Konvaleszenz von Pfandrechten im römischen Recht* (1978) 190-220, trae abundante literatura sobre el tema, y tratamiento de las fuentes (principalmente del concepto 'vitiosus'), aunque no exegético. Sobre la tesis de SCHANBACHER véase mi trabajo de recensión: WACKE, *Die Konvaleszenz von Pfandrechten nach römischem Recht*, ZSS 115 (1998) 438-461. Algunos supuestos sobre casos de convallescencia en BETTI, *Diritto Romano I: Parte Generale* (1935) 337 ss. También BETTI, voz *Convallescenza*, NNDI 4 (1959) 787 ss. ROBLEDA (*op. cit.*, nota 8) trata la nulidad de manera comparada en los códigos modernos, y en forma de apéndice en Derecho romano. Para ver la supervivencia de esta regla en la jurisprudencia española vid. REINOSO BARBERO, *Los principios generales del Derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo* (1987) 213 ss.

<sup>10</sup> Así §§ 116 s., 125, 138, 306 frente a §§ 142 ss. 119 ss. Sobre la correspondiente distinción en Derecho romano, especialmente DI PAOLA, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia* (1966); QUADRATO, *Sulle tracce dell'annullabilità*: 'Quasi nullus' etcétera (1983).

<sup>11</sup> B.G.B. § 313 para obligaciones de transmitir un inmueble; § 518 sobre promesa de donación; § 766 sobre fianza.

<sup>12</sup> Así, POHLMANN, *Die Heilung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte durch Erfüllung* (1992); en contra, mi recensión crítica: AcP 195 (1995) 212, 215 ss.

<sup>13</sup> La explicación jurídica es la siguiente: el defecto de forma causa una nulidad absoluta. La tradición no será cumplimiento de un contrato. La tradición constituye más bien un elemento constitutivo y básico para el perfeccionamiento de una donación manual (*don manuel*). Véase FERID/SONNEBERGER, *Das französische Zivilrecht II* (2ª 1986), p. 193, número marginal 2 H 127. Con todo, entender sin efecto un *don manuel* cuando viene precedido de una promesa informal resulta a mi parecer exagerado.

3. Que los negocios inválidos desde el comienzo no puedan subsanarse es una reflexión estática y jurídico-fenomenológica. Está vinculada a otras ideas antiguas, que toman la regla como axioma evidente, aunque ésta requiera una explicación. En su defensa se alega que la antítesis estricta entre negocios nulos y negocios válidos sirve a la claridad jurídica. En ese sentido la nulidad subsanable habría de ser rechazada en cuanto que ambiguo término medio.

Los que consideran insubsanables todos estos defectos, ignoran sin embargo los posibles estadios evolutivos. La posibilidad de convalidación contempla el proceso de formación de un negocio jurídico de una manera dinámica<sup>14</sup>. Sucede lo mismo que con un niño nacido prematuramente, que no puede sobrevivir solo, pero al que la pediatría puede salvar alimentándolo en una incubadora. Un fenómeno jurídico comparable sería la sociedad en formación, o la fundación antes de su aprobación administrativa, ambos estadios previos (embriones, por decirlo así) de una persona jurídica<sup>15</sup>.

La imposibilidad de convalidación subraya la función de la forma; con ello obliga a volver a celebrar los negocios defectuosos<sup>16</sup>. Este rigor de la forma evita situaciones de pendencia. Sin embargo, los juristas romanos consideraban perfectamente aceptables las situaciones de pendencia en los negocios jurídicos condicionales. La expresión técnica para ello era *condicio pendet*<sup>17</sup>. Los juristas romanos operaron de modo magistral con las posibilidades constructivas de la *condicio*. RUDOLF VON JHERING y ARTUR STEINWENTER elogiaban la condición como uno de sus más grandes inventos<sup>18</sup>. Especialmente por medio de las condiciones testamentarias, el causante consigue dominar el tiempo posterior a su muerte; esas condiciones le permiten hacer que el futuro dependa de él, sin depender él del futuro<sup>19</sup>.

<sup>14</sup> Para las características de la constitución sucesiva de una servidumbre a través de varios copropietarios del predio sirviente, *vid.* D. 8,3,11 y D. 8,4,18; e *infra* VIII, 4.

<sup>15</sup> La regla *Conceptus pro iam nato habetur* es válida también para la fundación pendiente de aprobación administrativa, conforme al § 84 B.G.B., el «parágrafo Städel», así llamado tras la muerte en 1816 del banquero y mecenas de Frankfurt, Städel.

<sup>16</sup> La confirmación de un negocio jurídico se juzga según el § 141 B.G.B. como nueva celebración. Sobre ello (también desde el punto de vista histórico-dogmático) MARKUS MÜLLER, *Die Bestätigung nichtiger Rechtsgeschäfte nach § 141 B.G.B.*, Berlín, 1989, para el Derecho romano, pág. 143-198; recensión de BÜRGE, ZSS 108 (1991) 576-581. No he tenido acceso al tratado de SEGRÉ, *Ricognizione, riproduzione e rinnovazione del negozio giuridico*, en sus *Scritti Giur.* I (1930), 638 ss., citado por GIUFFRÈ, *Conversione (infra nota 45)* 60.

<sup>17</sup> GIOFFREDI (*infra* nota 126); SCHIEMANN, *Pendenz und Rückwirkung der Bedingung* (1973).

<sup>18</sup> JHERING, *Geist des römischen Rechts III*, § 53 pág. 167 nota 208, pág. 172; STEINWENTER, *Juristische Erfindungen*, en: STEINWENTER, *Recht und Kultur* (1958) 38.

<sup>19</sup> JHERING, *loc. cit.*

A la par, es cierto que no todo negocio jurídico tolera situaciones pendientes de una condición. Los romanos llamaban a esos actos incompatibles con la condición *actus legitimi*. Esa categoría de negocios sigue existiendo en Derecho moderno. En particular, pertenecen a ella el acuerdo abstracto de transmisión de un inmueble (Auflassung) y la celebración del matrimonio (§§ 925.2, 1311 B.G.B.), la aceptación y la repudiación de una herencia (§ 1947 B.G.B.). Tampoco los negocios unilaterales (declaraciones constitutivas, como las de impugnación, resolución o rescisión) permiten generalmente una situación de pendencia; por ello, si han sido celebrados ineficazmente, no son susceptibles de ratificación, sino que hay que volver a celebrarlos (§ 111, 1367 B.G.B.). Paralelamente, nuestra tarea consistirá en estudiar la categoría de la nulidad insubsanable del negocio jurídico en Derecho romano, valorar críticamente las respectivas razones y preguntarnos entonces si todavía hoy resultan convincentes.

## II. «TRACTU TEMPORIS NON CONVALESCERE»

Los romanos no consideraban la imposibilidad de una convalidación posterior como un principio incuestionable. Por lo que se puede ver, para ellos no era esta regla un dogma irrefutable. Contrariamente a lo que se viene enseñando desde la época de los glosadores<sup>20</sup>, no son en modo alguno idénticas las expresiones de Paulo y de Licinio Rufino en D. 50,17. Según Paulo D. 50,17,29 no puede algo defectuoso convalidarse como consecuencia del transcurso del tiempo: *Quod vitiosum est, non potest tractu temporis convallescere*<sup>21</sup>. El mero transcurso del tiempo no puede por sí solo remover un defecto inicial. De modo general, la nulidad es permanente. El testamento nulo del que todavía no tiene capacidad para testar no llega a ser válido cuando la adquiere (*infra*, III 4). Sólo de modo excepcional se convalida el matrimonio del que todavía no es

<sup>20</sup> La glosa a *ex post facto* en D. 50,17,210 dice (de forma no exacta): *id est tractu temporis* y remite en lo demás como muchos otros posteriores comentadores, a las explicaciones sobre D. 50,17,29. Asimismo la recopilación de reglas jurídicas comentadas de EVER BRONCHORST, traducida al español por PEDRO RUANO, *Explicaciones del Jurisconsulto Ever Bronchorst al Título del Digesto de diversas reglas del Derecho antiguo* (Méjico, 1868), ley 210, pág. 614. Muy valiosos en la traducción son las indicaciones sobre los pasajes paralelos de *Las Siete Partidas*: a D. 50,17,29, en torno a la página 145. (SANDRO SCIPANI me entregó atentamente una edición española del *Bronchorst* con ocasión de una invitación como conferenciante en la universidad de Tor Vergata en Roma, entre juristas latinoamericanos.)

<sup>21</sup> También: *Quod nullum est, nullo lapsu temporis convallescere potest*: ROLAND/BOYER Nr. 382, 387.

capaz, cuando el consentimiento persiste al alcanzar la capacidad (*infra*, VII 2).

La frase de Paulo de su libro octavo *ad Sabinum* estaba originariamente en relación con las normas relativas a la tutela<sup>22</sup>. Un contrato celebrado por un *pupillus* sin consentimiento del tutor, no se convertirá en válido al alcanzar el *pupillus* la *pubertas*<sup>23</sup>. De lo contrario solamente se diferiría la obligación de ejecutar el contrato hasta el momento de alcanzar la mayoría de edad. Únicamente al que acaba de alcanzar la mayoría de edad le corresponde decidir si quiere mantener el contrato (comp. § 108.3 B.G.B.) Pero la falta de la *auctoritas tutoris* no es subsanable (*infra*, VI 4). Un contrato celebrado valiéndose de fraude o dolo (*malae fidei contractus*), tampoco se convalida por el simple transcurso del tiempo (*confirmare non potuit consequens tempus*: C. 7,33,6, año 293).

Por el contrario, tampoco puede el mero transcurso del tiempo invalidar un negocio válido. *Quod factum* (o *rite perfectum*) *est, infectum fieri nequit*. Ni la pérdida posterior de la capacidad comercial, ni la de la capacidad de testar acarrea la nulidad de los negocios válidamente celebrados<sup>24</sup>. Pero en unión de una concreta norma jurídica, sí puede producir el paso del tiempo un nuevo hecho jurídico<sup>25</sup>. Una acción puede prescribir o un derecho potestativo caducar como consecuencia de su falta de ejercicio dentro de un plazo y, al revés, un derecho se puede ganar por prescripción adquisitiva (*usucapio* o *longi temporis praescriptio*); *usucapio superveniens* se llama a la prescripción ganada, por ejemplo en D. 41,3,44,5. De forma semejante a lo que ocurre al completarse la usucapión, un pago con dinero ajeno, en principio ineficaz, tiene efecto extintivo cuando el perceptor lo mezcla con el propio de forma que resulte indistinguible (extensión del *dare* a través de *usucapio*, correspondiente a la *commixtio* o *consumptio nummorum*)<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> LENEL, *Palingenesia* I 1276. Esto lo reconoció ya POTHIER, *Pandectae* V, De regulis juris (Napoli 1825), ad reg. 43 pág. 10.

<sup>23</sup> Vid. M. MÜLLER (nota 16) 78 s. nt. 98, nt. 97.

<sup>24</sup> *Neque testamenta recte facta neque aliud ullum negotium recte gestum poste furor interveniens peremit*: Inst. 2,12,1 i.f. También es indiferente para D. 28,1,22,2 la pérdida posterior de la idoneidad para ser testigo del que lo fue en un testamento. *Rite contractum matrimonium furore non tollitur*: Pauli sent. 2,19,7. También indiferente es que el testador venga luego a ser incapaz de testar por devenir mudo: D. 28,1,6,1. La facultad reservada en el testamento de otorgar más tarde codicilos, permanece también en ese caso: D. 29,7,8,3.

<sup>25</sup> Reflexionan sobre el tiempo en el Derecho M. BRETONE, *Diritto e tempo nella tradizione europea*, Roma-Bari (1994), y B. GROSSFELD, *Kernfragen der Rechtsvergleichung* (1996) 238-265, con abundante literatura.

<sup>26</sup> WACKE, *Die Zahlung mit fremden Geld*, BIDR 79 (1976) 49 ss.; WUNNER, *Gedächtnisschrift Kunkel* (1984) 583 ss. Una interpretación parcialmente divergente en FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis* (1990) 78 ss. Nuevamente MÜLLER-EHLEN, *Hereditatis petitio* (1998) 68 ss.

En cambio, una sentencia inválida (por ej. por incumplimiento de los plazos) permanece inválida, incluso tras ser vista en apelación. La apelación no producía efecto (*supervacua*: D. 49,1,12); el asunto, al no haber sido decidido legalmente, puede ser de nuevo objeto de un proceso<sup>27</sup>.

### III. «EX POST FACTO CONVALESCERE» EN LOS TESTAMENTOS Y LA «REGULA CATONIANA»

1. El segundo texto, D. 50,17,210 proviene de las *regulae* de Licinio Rufino<sup>28</sup>, y afectaba a la institución de heredero; ésta no podía convalidarse por un hecho posterior: *Quae ab initio inutilis fuit institutio, ex post facto convallescere non potest*. Esa declaración se corresponde con la famosa *regula Catoniana*: un legado nulo en el momento de otorgarse el testamento no se convalida porque desaparezca la causa de nulidad antes de la muerte del testador (D. 34,7,1 pr.). Un legado establecido a favor de un esclavo del instituido heredero es ineficaz<sup>29</sup>; por consiguiente, permanece ineficaz por más que al producirse la muerte del testador el favorecido sea esclavo de otra persona o haya sido manumitido. Según Gayo 2,244 sería absurdo que una disposición inválida se tornase válida por el hecho de que la vida del testador se prolongase<sup>30</sup>. La *regula Catoniana* fue erigida para los legados, no para la institución de heredero (D. 34,7,3). Pero según la cita de Licinio Rufino valía también para la institución de heredero. Se había llevado a cabo una generaliza-

<sup>27</sup> Modestino D. 49,1,19 i.f.: *...si quis ex ea sententia appellaverit et praescriptione summotus est, minime confirmetur... sententia. Unde potest causa ab initio agitari*. LITIEWSKI, *Die römische Appellation*, RIDA 12 (1965) 378 s., 433 s.; sobre la sentencia nula y la apelación contra ésta, *vid.* 375 ss., 429 ss. No toda violación de una norma jurídica acarrea la nulidad. Una sentencia sobre *certa quantitas* es, pese a que infrinja la prohibición del anatocismo y según el mismo Modestino D. 42,1,27, sólo anulable: LITIEWSKI 382 s., crítica de RAGGI, *Studi sulle impugnazioni civili nel processo romano I* (1961) 80 ss.; comparar KASER/HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht* (1996) 497 not. 30. Lo cierto es que la declaración de nulidad se da más en el proceso romano que en el moderno, por ej. por vulneración del Derecho a declarar, *vid.* WACKE, *Festschrift Waldstein* (1993) 379 s., 397.

<sup>28</sup> *Amicus* de Caracalla y discípulo de Paulus. De sus *12 libri regularum* nos ha llegado poco; *vid.* LIEBS en R. HERZOG/P.C. SCHMIDT, *Handbuch der lateinischen Literatur der Antike IV* (ed. KL. SALLMANN, 1997) 205 s.

<sup>29</sup> El esclavo no puede exigir el cumplimiento contra su dueño. Pero se interpreta la disposición como un encargo fideicomisario de proveer al esclavo del correspondiente peculio.

<sup>30</sup> Sobre el argumento *per absurdum* últimamente, WACKE, en JACOBS/COPPENS, *Een Rijk Gerecht, Opstellen Paul Nève* (Nijmegen, 1998) 585-602; el mismo, *Mélanges Sturm* (1999) II 547-568. Aquí (en Gayo 2,244) no convence el argumento. Los proculayanos no admitieron abiertamente ni una vez que un legado condicionado pudiese sanarse, *vid.* HAUSMANINGER, TRG 36 (1968) 469 ss.



ción, de modo que Yavoleno declaraba en D. 50, 17, 201 que todas las disposiciones testamentarias, para ser válidas, debían haber sido establecidas desde un principio sin defectos (*Omnia quae ex testamento proficiscuntur, ita statum eventus capiunt, si initium quoque sine vitio ceperint*).

2. A la hora de juzgar críticamente esta regla de Catón creo que se debe tener en cuenta que el testamento es un negocio jurídico establecido para el futuro<sup>31</sup>. Que el testador pueda morir un instante después del otorgamiento del testamento ciertamente, en la mayoría de los casos, es una suposición irreal, artificial. El testador no cuenta con su fallecimiento tan repentino, sobre todo cuando es una persona sana y joven. Ese concreto momento para el análisis, introducido por la *regula* de Catón, restringe la libertad de configuración del testador de forma extraña y desconectada de la realidad<sup>32</sup>. Por ello, hubiese sido mejor no haber establecido esa regla tan estrecha de miras, que carece de justificación interna y de capacidad de convicción<sup>33</sup>, y que además contradice al *favor testamenti*<sup>34</sup>. Los propios juristas romanos, de manera manifiesta, se sintieron incómodos con ella y limitaron su campo de aplicación. Así, no rigió para los legados condicionados (D. 34,7,3). El legado debe valer si las condiciones de eficacia están contenidas en el plan del testador correspondiente al momento de su muerte (*comp.* §§ 2170s. B.G.B.). Si las prescripciones de un testamento válidamente otorgado no son imposibles en el momento previsto por el testador, entonces deben ser cumplidas. En estos casos, más correctamente, no se debería hablar de subsanación de una disposición nula. Hay que defender en todo caso la convalidación y en ningún caso ponerla en entredicho (como quería Catón).

3. La recepción de las reglas romanas en el Derecho moderno sólo debe producirse por la fuerza persuasiva de su propia razón; y la *regula Catoniana* carece de ella. Sin embargo, la doctrina alemana, de forma unánime, aplica la regla de modo maquinal para el testamento mancomunado. Según el § 2265 B.G.B., sólo pueden tes-

<sup>31</sup> Así es al menos hoy; arg. §§ 2170s. B.G.B. «para el tiempo de la sucesión». De modo manifiestamente diferente en Roma; compárese el *certam legem dicere* de D. 28,1,14, con el otorgamiento del testamento, *infra* 6-7.

<sup>32</sup> Por medio de combinaciones ficticias de fechas de otorgamiento y de fallecimiento (que a menudo llegan a divergir en muchos años) decide el día de otorgamiento sobre la validez; *comp.* SCHMIDLIN, *Die römischen Rechtsregeln* (1970) 69 s.

<sup>33</sup> Sin embargo recientemente emprende su defensa con energía FLUME, *Festschrift Niederländer* (1991) 17-26. La monografía de JOSÉ MARÍA SAINZ-ESQUERRA FOCES, *La regla Catoniana* (Univ. de La Laguna 1976), que Flume no tiene en cuenta, es detalladamente recensionada por BUTI, *Index* 12 (1983-84) 230-241.

<sup>34</sup> Sobre eso, recientemente, CHR. BALDUS, *Regelhafte Vertragsauslegung nach Parteirollen II* (Frankfurt/M. 1998) 706 ss.

tar mancomunadamente los cónyuges. Un testamento otorgado por los novios, o por una pareja de hecho, es nulo, y no puede convalidarse aunque después se casen<sup>35</sup>. Para que puedan otorgar testamento mancomunado primero se deben casar. En caso contrario (si primero testan y luego se casan), continúa el testamento siendo inválido, por más que la naturaleza jurídica de estos actos no se altere por celebrarlos en un orden inverso.

Creo que al enjuiciar críticamente este parágrafo del B.G.B. se debiera tener en cuenta que testar antes de tiempo no merece moralmente ningún reproche. Quien otorga su testamento anticipadamente, obedeciendo así al mandamiento del *memento mori*, antes merece alabanza que reprensión (según la divisa: «acometer hace vencer»), y, en cualquier caso, no debería merecer la sanción de la nulidad. La anticipación de una parte del acto no debiera dañar: ¡cuanto antes, mejor! Quizá más adelante sea ya tarde para la actuación de uno de los cónyuges. Si los cónyuges confían hasta el momento de la muerte de uno de ellos en la validez del testamento otorgado mancomunadamente antes de su boda, el daño que la nulidad producirá al supérstite será mucho mayor que lo que pueda ser la ventaja que le proporciona la estricta interpretación que hace la doctrina dominante del § 2265 B.G.B. Un divorcio posterior suprime el requisito exigido para el testamento mancomunado y hace que el testamento devenga ineficaz (§§ 2077, 2268 B.G.B.). Por ello, de manera inversa y con el mismo criterio, un testamento otorgado conjuntamente por dos prometidos debería convertirse en válido por el matrimonio posterior. El hecho del matrimonio posterior pesa más que el mero paso del tiempo, que, de modo general, no es suficiente para la convalidación (*supra* II; *infra* 4). No sobreviene ningún estado de pendencia indeseado: a lo sumo con la muerte de uno de los cónyuges se aclara la situación jurídica. Si en el momento del fallecimiento existen todos los requisitos, no hay por qué seguir preguntándose en qué orden cronológico se han producido.

A menudo un negocio jurídico se efectúa de cara a un futuro matrimonio. Ejemplo típico es la dote entregada antes del matrimonio<sup>36</sup>. La dote suele negociarse antes del matrimonio, en íntima dependencia con el compromiso matrimonial. Su entrega se realiza

<sup>35</sup> Por ej. KUCHINKE, *Lehrbuch des Erbrechts* (4. Aufl. 1995) 402 s., 750. La opinión dominante se puede apoyar en algunos argumentos del legislador. La propuesta de permitir a los prometidos que pudiesen otorgar testamento mancomunado bajo la condición de que se casen no encontró apoyo en el proceso legislativo: MUGDAN, *Die gesamten Materialien zum B.G.B. II: Erbrecht* (1899) 133, 718, 719 s. Esa idea no nos ata hoy día. Las mejores razones están contra ella.

<sup>36</sup> H. - H. KÖNIG, *Die vor der Ehe bestellte dos nach klass. Röm. Recht*, SDHI 29 (1963) 151-237.

bajo la condición (al menos tácita) de que el matrimonio se produzca<sup>37</sup>. Mientras, el negocio sometido a condición y pendiente de su cumplimiento no es nulo. No es idéntica la entrada en vigor de un negocio condicionado por el cumplimiento de la condición que la convalidación de un contrato inválido por la subsanación de sus vicios, pese a la semejanza de sus efectos.

Si alguien se ha vinculado a través de pacto sucesorio o testamento mancomunado, su posterior testamento individual será nulo, conforme a los §§ 2289, 2271 B.G.B., párrafo primero, frase segunda de ambos. Pero si impugna con efecto retroactivo la vinculación proveniente del pacto sucesorio o testamento mancomunado conforme con las normas de los §§ 2078, 2079 B.G.B. (por ejemplo, por error relevante), entrará en vigor el testamento posterior que antes era nulo<sup>38</sup>. La convalidación en los casos recién tratados es preferible a su rígida negación.

4. La falta inicial de capacidad de testar sí es un defecto insubsanable<sup>39</sup>. El testamento otorgado por un incapaz de testar<sup>40</sup> no se convertirá en válido, según Modestino D. 28,1,19, porque más tarde llegue a tenerla el que lo otorgó: si un infante, un menor o un esclavo testa en la forma debida, y muere como adulto, como mayor de edad, o liberto, su testamento no valdrá ni siquiera en la jurisdicción pretoria, porque un documento otorgado por una persona que carece de capacidad de testar en ningún caso valdrá como testamento (*quia nullae sunt tabulae testamenti, quas is fecit, qui testamenti faciendi facultatem non habuerit*)<sup>41</sup>.

<sup>37</sup> D. 23,3,10,4: El cálculo, antes del matrimonio, de los bienes de la dote se produce *quasi sub condicione «si matrimonium fuerit secutum»*; BEHRENS, en *Pacte, convention, contrat: Mélanges Schmidlin* (Genève 1998) 60 ss. Las *donations faites en faveur du mariage* están según Art. 1088 Code civil bajo la condición tácita *ut nuptiae sequentur*: ROLAND/BOYER (*supra nota* 3) núm. 101 sub 4, pág. 181.

<sup>38</sup> Lo mismo que una disposición anterior, anulada por el pacto sucesorio, entrará otra vez en vigor; comp. KANZLEITER en *Staudingers Kommentar zum B.G.B.* (12. Aufl. 1983) § 2289 núm. Marginal 8; MUSIELAK en *Münchener Kommentar zum B.G.B.* (3. Aufl. 1997) § 2289 núm. Marginal 4.

<sup>39</sup> Sobre los casos particulares de la falta de capacidad de testar VOCI, *Diritto ereditario romano I* (2.ª ed. 1967) 390 ss. Los *impuberes* no podían testar ni siquiera con *auctoritas tutoris* (pág. 392); los niños tampoco con la aprobación de sus padres, D. 28,1,6 pr.

<sup>40</sup> La capacidad de testar la adquieren las mujeres con doce y los varones con catorce años: D. 28,1,15. Los días se cuentan de medianoche a medianoche: D. 2,12,8. Para el cómputo civil vale con el comienzo de día al amanecer para que se dé ese día como ya transcurrido (*Dies ultimus coeptus pro completo habetur*) y para considerar cumplido el plazo: D. 41,3,6-7. Por ello, la capacidad de testar comienza, de forma algo curiosa, con el amanecer del día anterior al cumpleaños: *pridie post sextam horam noctis*, D. 28,1,5 *if*. Se entiende que se refiere al amanecer del día anterior, no del siguiente (eso no sería *pridie*, si en vez del 31 de diciembre fuese el 1 de enero); *vid.* GLÜCK, *Pandekten* 33 (1829) 403-420, § 1404 d; WINDSCHEID, *Pandekten I* § 103 nt. 12, 15-16; también TAFARO (nota 93) 281 s., nt. 23. Diferente es hoy el § 187.2 B.G.B.

<sup>41</sup> Modestino reúne los tres casos mencionados del infante, menor y esclavo. Lo mismo declara Inst. 2,12,1 para el *impubes*, equiparado a un *furiosus*: *nec ad rem pertinet*,

También en Derecho moderno seguimos negando la convalidación del testamento del que carece de capacidad de testar aunque luego la adquiera<sup>42</sup>. Si bien es verdad que el testador, una vez obtenida la capacidad de testar, puede confirmar su declaración, si ésta estaba emitida en forma jurídica adecuada, mediante una referencia expresa a ella<sup>43</sup>. Ulpiano, en D. 32,1,1, mantiene la disposición fideicomisaria anterior de un esclavo manumitido *si duraverit voluntas post manumissionem*. Pero, junto a ello, recalca Ulpiano acertadamente la diferencia con las estrictas reglas civiles sobre el testamento<sup>44</sup>. La mera persistencia de la voluntad no es ya suficiente por sí sola para la confirmación de un testamento nulo, ya que no se aceptan hoy los fideicomisos no formales (especialmente los orales).

Las disposiciones ineficaces podían interpretarse como disposiciones fideicomisarias en virtud de la cláusula codicilar que a menudo figuraba en los testamentos<sup>45</sup>. Pero los que carecían de capacidad de testar no podían disponer ni por medio de codicilo ni por medio de testamento<sup>46</sup>. Por eso la confirmación por medio de codicilo debía suceder después de la adquisición de la capacidad de testar<sup>47</sup>. Tampoco quien otorga su testamento tan sólo unos pocos días antes de alcanzar la edad suficiente para testar puede luego ratificarlo sin atenerse a los requisitos de forma. Esto podría pare-

---

*si impubes postea pubes factus aut furiosus postea compos mentis factus fuerit et decesserit*. He encontrado el texto de Modestino en BIA (nota 8) por medio de las entradas *testa\* fili\**. Estas proporcionaban una información de 259 lugares. Dentro de ese amplio número sólo se encuentra un texto enclavado en el título del Digesto 28,1, *Qui testamentum facere possunt*.

<sup>42</sup> Comp. BURKART, *Münchener Kommentar zum B.G.B.* tomo IX, Erbrecht (3.ª ed. 1997) § 2229 núm. marginal 13, 18. Asimismo WESENER (nota 116) 126, desde el punto de vista de la historia del Derecho austríaco.

<sup>43</sup> M. MÜLLER (cit. nota 16) 218 ss. 220, quiere hacer valer incluso una confirmación no formal, pese a la opinión unánimemente contraria. Una voluntad confirmatoria no formal no puede ser tenida en cuenta en un campo tan rigurosamente formal como el Derecho de sucesiones.

<sup>44</sup> SCARLATA FAZIO, *La successione codicillare* (1939) 103 ss. quien considera el texto alterado, si bien sólo en su aspecto formal.

<sup>45</sup> Sobre ello GIUFFRÉ, *L'utilizzazione degli atti giuridici mediante conversione* (1965) 90 ss, 203 ss.

<sup>46</sup> D. 29,7,6,3 / 8,2; SCARLATA FAZIO 95 ss. Pero se puede otorgar un codicilo testamentario válido durante el espacio de tiempo en que la capacidad de testar está en suspenso: para los arrogados que luego vuelven a ser capaces D. 29,7,8,3; para el ciudadano romano que regresa de prisión D. 49,15,12,5; M. MÜLLER 149 con nt. 31; nueva literatura sobre el *postliminium* en CHR. BALDUS (nota 34) I 257 ss.

<sup>47</sup> Comp. Papiniano D. 37,11,11,2 (*medio*): *Plane si sui iuris effectus codicillis aut aliis litteris eodem testamento velle declaraverit...* Un testamento que ha devenido ineficaz por arrogación, pero en el que el testador queda luego libre de la arrogación. Papiniano hace una comparación con la revocación de un testamento revocatorio: SERANGELI, *Studi sulla revoca del testamento I* (1982) 162 ss. Según el § 2257 B.G.B. se convalida con la revocación de un testamento revocatorio el primitivo testamento (que había sido revocado); la revocación vale como no hecha.

cer injusto, pero aquí sólo vale la estricta formalidad del plazo. Yo no puedo llevar a cabo ningún negocio jurídico atendiendo a que mañana adquiriré la mayoría de edad. No hay ningún estadio intermedio que anticipe (de forma condicionada) la mayoría de edad.

5. Las solas dudas en la propia capacidad impiden, de forma un tanto singular, el otorgar testamento, como Antonino Pio, según nos dice Ulpiano D. 28,1,15, declaró expresamente: *De statu suo dubitantes vel errantes testamentum facere non possunt*. Si un esclavo manumitido en el testamento no sabe que su dueño ha fallecido y que la herencia está abierta, no podrá otorgar testamento en esa situación de desconocimiento, según dice Paulo en D. 28,1,14, aun cuando esos requisitos se den previamente: *nam qui incertus de statu suo est, certam legem testamento dicere non potest*<sup>48</sup>. Esto vale también para los fideicomisos, según Ulpiano en D. 32,1pr.: *quia nec testari potest, qui, an liceat sibi testare, dubitat*. Altamente extraño parece que las dudas subjetivas sobre su validez anulen la firmeza de un negocio jurídico otorgado conforme a Derecho, aun cuando no tengan fundamento objetivo; choca contra la regla *Plus est in re quam in existimatione*<sup>49</sup>. La única excepción se hace para el testamento del militar: Según D. 29,1,11,1 éste es válido también, si el militar que testaba no sabía si él era *sui iuris*, porque no supiese si su padre todavía vivía. La regla de Derecho civil puesta en vigor por el rescripto de Antonino Pio era totalmente inexigible para un legionario estacionado lejos de Roma, en las fronteras del imperio. Como en otras ocasiones, también se puede observar aquí que el Derecho testamentario de los militares contenía normas más progresivas, que serían las que más adelante se enseñarían como regla general.

La característica expresión *certam legem dicere*<sup>50</sup> es muy interesante para ciertos efectos del testamento romano que comienzan inmediatamente con el otorgamiento del acto. Como consecuencia ulterior del testamento nuncupatorio de naturaleza verbal se llega de forma explicable al establecimiento de dos momentos para exa-

<sup>48</sup> Sobre la *certa voluntas testatoris* vid. VOGL 1 398 s. La compatibilidad de D. 28,1,14 con el *favor libertatis* es compleja. La institución del hijo todavía no nacido de una mujer embarazada no se verá afectada por el desconocimiento del testador de que el niño ya ha venido al mundo: D. 28,2,25,1.

<sup>49</sup> Sobre esa regla vid. WACKE, *Estudios de Derecho romano y moderno en cuatro idiomas* (1996) 139 ss.

<sup>50</sup> Se encuentra, fuera de estos casos, sólo en Ulp. D. 46,3,1, para la determinación del pago en caso de un deudor que tiene diversas deudas frente al acreedor (correspondiente hoy al § 366 B.G.B.): *possumus enim certam legem dicere ei quod solvimus*. «*Legem dicere*» se encuentra aplicada al testamento también con referencia a la inadmisibilidad de las cláusulas de autovinculación en D. 32,22 pr.: *nemo sibi eam potest legem dicere, ut a priore ei recedere non liceat*.

minar las posibilidades de aplicación: el momento del otorgamiento y el *dies cedens*. La unidad e inmediatez del acto jurídico y sus consecuencias corresponden a un principio fundamental derivado de las estrictas formas del Derecho romano<sup>51</sup>.

#### IV. LA EXCLUSIÓN DE LOS CASOS FORTUITOS («NE EVENTU CONFIRMATUR»)

1. Por la *actio quod iussu* responde adyecticiamente el que tiene la potestad cuando uno de los que están bajo ella contrata con un tercero conforme a sus instrucciones (D. 15,1,1,2). Bajo la potestad del autorizante se hallan también el esclavo usufructuario y el *bona fide serviens* (D. 15,4,1,8). Pero el *iussum* a alguien sujeto a la autoridad de otra persona no tiene efecto; según D. 15,4,2,2 permanece éste inválido aunque el que dio el encargo adquiriera luego al esclavo, *ne actio, quae ab initio inutilis fuerit, eventu confirmetur*<sup>52</sup>. Con ese fundamento precisa Paulo nuestra regla. La falta inicial de uno de los requisitos de la acción no se puede subsanar luego por medio de un suceso fortuito o casual. Según la fórmula de esa *actio quod iussu* el autorizado se debe encontrar *in potestate Numerii Negidii*<sup>53</sup>. Para que ello sea así debe éste encontrarse al otorgarse el *iussum* bajo la potestad del que lo concede, por lo menos fácticamente. Con ello se puede explicar la ampliación citada, ya que también el esclavo usufructuario y el *bona fides serviens* se integran en el ámbito de dominio de su dueño y se encuentran bajo su poder de dirección. Dado que sus actos de adquisición favorecen al que sea de hecho su señor, pueden ellos de modo inverso obligarle en virtud de un *iussum* que les ha otorgado<sup>54</sup>. Pero el *iussum* no tiene efecto cuando se dirija a una persona ajena a ese ámbito de potestad. Por tanto, el contratante con el autorizado tenía que comprobar, bajo su propio riesgo, la preexistencia al menos fáctica de la *potestas*. La carencia inicial de *potestas* no podía ser subsanada por lo que ocurriera luego accidentalmente.

2. De modo semejante argumentan Juliano y Paulo en D. 2,14,17,4 para el caso de un *pactum de non petendo*. Si se concluye a favor de un tercero es nulo (D. 50,17,73,4). Un pacto «*ne a me*

<sup>51</sup> Así SCHMIDLIN (citado en nota 32).

<sup>52</sup> WACKE, Festschrift Seidl (1975) 184 s.; WACKE, ZSS 111 (1994) 346 s. nt. 238; SCHLEPPINGHOFF, *Actio quod iussu* (Diss. Köln 1997) 18 s.

<sup>53</sup> LENEL, *Edictum perpetuum* (3.ª ed. 1927) 278.

<sup>54</sup> Sobre ello WACKE, *Fideiussio = iussum?* Index 27 (1999) 524 ss.

*neve a Titio petetur»* no le sirve a Ticio, si él llegase a ser heredero del deudor que pactó, *quia ex post facto id confirmari non potest*<sup>55</sup>.

3. También depende de la casualidad que fallezca un disponente no autorizado y le herede alguien que sí lo esté. Los juristas romanos se cuestionaban si la disposición del no autorizado debía convalidarse en ese caso<sup>56</sup>. En contra del § 185.2 (supuesto tercero) del B.G.B. se debe negar en este caso la convalidación de acuerdo con las razones invocadas por Paulo en D. 13,7,41<sup>57</sup>. En efecto, el heredero sucede ciertamente al causante en los derechos y deberes, pero no en las disposiciones efectuadas por él de forma ineficaz. La sucesión fortuita del legitimado no puede mejorar la posición del adquirente de un no autorizado. La protección del titular ante una pérdida en sus derechos tiene rango preferente. Aquí tiene preferencia la regla de la justicia del *ius suum cuique tribuere* que nadie debe perder su derecho sin su consentimiento.

4. La regla de la exclusión de la convalidación me parece muy razonable cuando se aplica a un suceso fortuito posterior acaecido de forma accidental<sup>58</sup>. El aprovechamiento de la casualidad no resulta compatible con la buena fe y la lealtad. Una de las misiones de la *exceptio doli* es precisamente evitar esto, como se ve en D. 44,4,2,1: *Ideo hanc exceptionem praetor proposuit, ne cui dolus suus per occasionem iuris civilis contra naturalem aequitatem prosit*<sup>59</sup>.

## V. TRANSFORMACIÓN EN POSIBLE DE LA PRESTACIÓN IMPOSIBLE

Según el § 306 B.G.B., son nulos los contratos que tienen como objeto una prestación imposible. La norma proviene de la conocida

<sup>55</sup> BRUTTI, *La problematica del dolo processuale II* (1973) 628 s.; comp. WACKE, ZSS 90 (1973) 246. Pero es cierto que el *pactum* protege también en caso de duda al heredero del deudor, aun cuando se nombre a una persona, contra la que no se debe reclamar: D. 2,14,7,8; 22,3,9, if.; WACKE 236 ss.

<sup>56</sup> A favor Marcello D. 21,3,1,1; para la pignoración Modestino D. 20,1,22; en contra sin embargo y con razón Paulo D. 13,7,41.

<sup>57</sup> Sobre esas argumentaciones, WACKE, *Die Konvaleszenz der Verfügung eines Nichtberechtigten*, ZSS 114 (1997) 197, 199 ss. 210 ss.; y WACKE, *Die Konvaleszenz von Pfandrechten nach römischem Recht*, ZSS 115 (1998) 445 ss. En contra, pero de modo no convincente, HARDER, *Zur Konvaleszenz der Verfügung eines Nichtberechtigten bei Beerbung durch den Berechtigten*, en: ZIMMERMANN/KNÜTEL/MEINCKE, *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik* (1999) 637 ss., especialmente 650 ss.

<sup>58</sup> En caso de desaparición casual posterior de una causa de nulidad o ineficacia se actuará de un modo diferente. En el Derecho común se cuestionaba si un testamento que resultaba atacable por la preterición de un *heres necessarius*, conservaba su validez tras el fallecimiento del preterido; comp. LÜTTEKEN (cit. nota 9) 33 s. Intuitivamente se puede decir que debiera valer este testamento, porque la causa de nulidad no tiene ya consecuencias.

<sup>59</sup> Lo mismo en Diocleciano C. 7,26,9: *Si locupletior factus... occasionem iuris ad iniquum trahat compendium, doli mali summovebitur exceptione*.

máxima de Celso D. 50,17,185 *impossibilium nulla obligatio*<sup>60</sup>. Su contenido resulta evidente ya que el deber de cumplir una prestación presupone la capacidad humana de hacerlo<sup>61</sup>. Sin embargo, un obstáculo a la prestación puede ser superable, como cuando el objeto legado o prometido es en la actualidad parte esencial de un edificio, pero en el futuro puede ser separado de él. Igualmente es imposible desde el punto de vista jurídico transferir otra vez a un propietario la cosa que ya le pertenece<sup>62</sup>; pero en el momento del vencimiento de la obligación de transmitir puede haber perdido la propiedad.

Una imposibilidad objetiva sobrevenida libera al deudor si no se debe a su culpa (§ 275 B.G.B.). También es nula una promesa dirigida a una prestación originariamente imposible (§ 306 B.G.B.). ¿Se convalidaría quizá si después la prestación se hiciera posible? Por ejemplo, si la cosa prometida que es propiedad pública, después se privatizara<sup>63</sup>, o si el hombre libre que se debiera, llegara a ser esclavo. Se ajustaría al principio de congruencia o simetría que en estos casos la estipulación se convirtiera sobrevenidamente en eficaz, como en el caso inverso la estipulación inicialmente válida decae por una imposibilidad objetiva sobrevenida. Sin embargo, los juristas romanos no razonaban tan formalmente. Paulo D. 45,1,83,5<sup>64</sup>, niega que la estipulación se convalide por una posterior y casual conversión en posible de lo que inicialmente no lo era. Esta solución corresponde a nuestra regla *ne eventu confirmetur*. Venuleyo D. 45,1,137,6, *in fine* añade que una estipulación debe juzgarse atendiendo al momento presente, no según un incierto momento futuro. Tratándose de hombres libres como objeto de una promesa, sería además impío y contra el *favor libertatis* confiar en que caigan en esclavitud (comp. Paulo D. 45,1,83,5 *medio*). En el derecho moderno, según el § 308 B.G.B., el contrato se celebra válidamente sólo si las partes consienten bajo la presuposición de que la imposibilidad desaparezca.

<sup>60</sup> MUGDAN (cit. nota 35) II 97; MEDICUS, *Zur Funktion der Leistungsunmöglichkeit*, ZSS 86 (1969) 83 ss.; H.H. JAKOBS, *Unmöglichkeit und Nichterfüllung* (1969); WOLLSCHLÄGER, *Die Entstehung der Unmöglichkeitslehre* (1970) 13 ss.; F. PETERS, *Zur dogmatischen Einordnung der anfänglichen, objektiven Unmöglichkeit beim Kauf*, *Festschrift Kaser* (1976) 289 ss.; ARP, *Anfängliche Unmöglichkeit* (1988); ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* 686-697; FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis* (1990) 99 ss.

<sup>61</sup> «Ought implies can»: ZIMMERMANN 194 nt. 61, 687, con remisión a un tratado sobre axiomas filosóficos del pensamiento jurídico de J. HRUSCHKA (1979).

<sup>62</sup> Del mismo modo, conforme con el canon 845 del *Codex iuris canonici*, no se permite la repetición de un sacramento a una persona que ya lo ha recibido.

<sup>63</sup> Sobre aquellos casos, comp. KNÜTEL, ZSS 88 (1971) 102.

<sup>64</sup> *Vid.* la exégesis de CANNATA, *Impossibilità sopravvenuta e culpa debitoris*, *Studia et Documenta Historiae et Iuris* [SDHI] 32 (1966) 70 ss., 83 s.



Para contestar a la pregunta sobre si un legado, una compraventa o una estipulación es válida en estos casos, distinguen los juristas romanos entre negocios condicionados e incondicionados. Los efectos de los negocios condicionados se refieren al momento del cumplimiento de la condición; entonces serán válidos cuando se puedan cumplir *condicionis existentis tempore*<sup>65</sup>. En cambio, un legado de la parte integrante de un edificio será nulo si no se halla sometido a condición; un senadoconsulto del 122 d.C. sanciona esto expresamente<sup>66</sup>. Tampoco se produce la convalidación en este caso con la separación posterior de las planchas de mármol y las columnas de edificio, según D. 30,41,2, porque un legado carente de validez al comienzo no puede tampoco *ex post facto* convalidarse. En este supuesto no se hace ninguna distinción entre el legado vindicatorio y el damnatorio. La *regula Catoniana* se aplica sólo a los legados incondicionales; sobre los condicionales no dice nada<sup>67</sup>. Pero si el testador planeó que las obras de arte o pinturas fijadas a la pared fueran llevadas a otra casa, entonces también puede legarlas<sup>68</sup>; el legado de una parte integrante de un edificio que está desprendida de él, permanece válido mientras el testador no la incorpore en un nuevo edificio<sup>69</sup>. Las consideraciones que hace Ulpiano sobre la voluntad del testador parecen ir por el camino adecuado.

En el Derecho moderno, un contrato que por imposibilidad objetiva de la prestación sea nulo conforme al § 306 B.G.B., tam-

<sup>65</sup> Para la compraventa, Marcelo D. 18,1,61: *Existimo posse me id quod meum est sub conditione emere, quia forte speratur meum esse desinere*. Para la estipulación también Marcelo, D. 45,1,98 pr. (tomado del mismo libro 20 de sus *digesta*): *Existimo posse id quod meum est sub conditione stipulari*. En el mismo sentido Pomponio D. 45,1,31: *... utilis est stipulatio, si conditionis existentis tempore mea non sit*. Del mismo modo, para el legado, Ulp. D. 30,41,2, *if*. Sobre todo ello últimamente FLUME (cit. nota 60) 142 ss.

<sup>66</sup> D. 30,41,1; MURGA, *El Senado Consulto Aciliano*, BIDR 79 (1976) 155-192. Esa prohibición puede venir derivada de las XII tablas. *Tignum iuctum ne solvito*; comp. HINKER, ZSS 108 (1991) 94 ss.

<sup>67</sup> D. 40,41,2, *if*; comp. D. 34,7,4; SAINZ-ESQUERRA (cit. nt. 33) 73 ss.

<sup>68</sup> Ulp. D. 30,41,14: *Sed si paravit quaedam testator quasi translaturus in aliam domum et haec legavit, dubitari poterit, an valeat: et puto valere*. «*Parare*» tiene aquí el sentido de *praeparare*, no de *comparare* (sobre esos significados vid. HEUMANN/SECKEL). Es correcta la traducción de WATSON («prepared»), POLARA (citado en nota siguiente: «aprontato»), falsa OTTO/SCHILLING/SINTENIS («angeschafft»), I. GARCÍA DEL CORRAL *hoc loco* («compro»), demasiado limitada la de D'ORS y otros («colocó»). Como se desprende de la conexión con el § 13, deben haber estado las obras de arte previamente *adfixas et parietibus adiunctas*, sólo entonces pueden ser llevadas *in aliam domum*; si no, no habría causa para la duda expresada por Ulpiano. Un *de alia domo in aliam transferre* quedaba permitido: C. 8,10,2 (año 222); MURGA, *Protección a la estética en la legislación urbanística* (1976) 64 s.; MURGA, *El edificio como unidad en la jurisprudencia romana* (1986) 80 s. Pero el legado a favor de un tercero no era un *transferre in aliam domum* del testador; de aquí las dudas de Ulpiano.

<sup>69</sup> Si lo hace el heredero (aunque con desconocimiento del legado), no debe hacer separar las obras de arte ya integradas, pero debe pagar su precio estimado: D. 30,41,15-16 hasta D. 30,41,43 pr.; POLARA, BIDR 72 (1969) 177 s.

poco se convalidará porque la prestación se haga luego posible por un hecho accidental. Sin embargo, un contrato concluido bajo la condición de que la imposibilidad desaparezca, es válido desde el comienzo, conforme con el § 308.1 B.G.B.. La venta de materiales de construcción de una casa que va a ser derribada y todavía sean utilizables, es válida, así como la venta de una parcela que debe ser amojonada, aunque el objeto de ambas compraventas, como parte integrante de una finca, no pueda ser todavía transferido (§ 93 s. B.G.B.). En estos casos no es necesario establecer una condición expresa en la compraventa; es suficiente, cuando esto se deduce de las circunstancias –por medio de una interpretación integradora del contrato–, que las partes cuenten con la desaparición de las causas que impiden el cumplimiento de la prestación, o que, según la buena fe, hubiesen contado con ella, caso de que las hubieran conocido<sup>70</sup>. Según el § 308.2 B.G.B., en los contratos sometidos a condición o a término, la imposibilidad inicial resulta indiferente, si desaparece antes del cumplimiento de la condición o del comienzo del plazo<sup>71</sup>. La norma del § 308 B.G.B. valdrá también, conforme al § 309 B.G.B., para los contratos que tropiecen con una prohibición legal (interina). Los legados valdrán conforme al § 2171 B.G.B.: un legado es ineficaz cuando en el momento de la apertura de la sucesión (mejor dicho, de la delación del legado) no pueda ser cumplido; en cambio, es válido cuando en ese momento se puede prever una desaparición de los obstáculos. Con ello la *regula Cato-niana* resulta superada por el Derecho moderno. También se puede aplicar analógicamente el § 308 B.G.B. a la promesa de matrimonio (si eventuales impedimentos son removibles)<sup>72</sup>.

A diferencia de lo que ocurría en Derecho romano, en estos casos no es necesario elevar a condición expresa la desaparición de los obstáculos al cumplimiento de la prestación. De acuerdo con la voluntad presunta de las partes, estos negocios están establecidos *ipso iure* bajo una condición tácita, que la imposibilidad desaparezca. Los romanos operaban con la condición tácita de forma muy limitada<sup>73</sup>. Actualmente se pueden evitar las consecuencias de una nulidad no deseada con una aplicación más progresiva que en Dere-

<sup>70</sup> STAUDINGER/LÖWISCH (12.ª ed. 1979) § 308 núm. marginal 5-6.

<sup>71</sup> Si la prestación que había devenido posible vuelve a ser imposible en el momento del cumplimiento de la condición, existirá obligación de indemnizar del obligado si él es el responsable de la nueva imposibilidad. En el mismo sentido D. 30,41,16 hasta 30, 43 pr.; *supra* nt. 67.

<sup>72</sup> WACKE, en *Münchener Kommentar zum B.G.B.* (4.ª ed. 2000) § 1294, núm. marginal 13.

<sup>73</sup> Comp. LÉGIER, RHD 44 (1966) 5-32; WACKE, ZSS 90 (1973) 225 nt. 26, 249 ss. con nt. 133.

cho romano de la condición tácita, en interés del *favor negotii* (*ut magis valeat quam pereat*; comp. nota 34). Con todo, es cierto que los autores del B.G.B. no quisieron llegar a establecer una presunción de validez de los negocios jurídicos<sup>74</sup>. Se debe poder contar con que la prestación llegue a ser posible. Si un legado choca con una prohibición legal, no sería justo que el gravado permaneciese ligado para un futuro indeterminado sólo porque la prohibición puede en algún momento ser suprimida<sup>75</sup>. La insubsanabilidad de un negocio afectado por un defecto inicial está en ese caso justificada.

Nuestra regla se ha generalizado tanto (ya sea con *quod o quae*) que alcanza sin distinción a todos los negocios jurídicos. Pero una diferencia importante se da entre contratos obligatorios y negocios dispositivos reales: puesto que para los obligatorios basta la pura determinabilidad del objeto que ha de ser entregado, no tiene por qué existir éste como jurídicamente independiente en el momento de la perfección del contrato.

En el Derecho inmobiliario, el B.G.B. abandonó con el § 889 el principio romano *Nulla res sua servit*. Los derechos reales sobre inmuebles (así servidumbre, usufructo) no se extinguen por posterior consolidación con la propiedad. El propietario los puede constituir también de antemano sobre su propia finca (a modo de reserva, con vistas a una futura enajenación o disposición)<sup>76</sup>. Ni siquiera la identidad inicial de acreedor y deudor impide la inscripción previa de una «prestación contra uno mismo», cuando se cuenta con una desaparición de la identidad<sup>77</sup>.

La comisión de reforma del Derecho de obligaciones quiso suprimir las reglas sobre imposibilidad de los § 306-309 del B.G.B. y sustituirlas por las normas generales sobre incumplimiento<sup>78</sup>. A mi parecer, la supresión del § 308 B.G.B. debe ser criticada. Sería una pérdida lamentable, si esta norma excepcional «muy importan-

<sup>74</sup> Motive del § 308 B.G.B., en Haidlen, B.G.B. (1897) I pág. 368.

<sup>75</sup> Motive del § 2171 B.G.B., en Haidlen IV pág. 212.

<sup>76</sup> Supuesto típico es la deuda inmobiliaria del propietario, § 1196 B.G.B. Knöchlein, *Das Recht an eigener Sache* (1991); Wacke, in *Münchener Kommentar zum B.G.B.* (3.<sup>a</sup> ed. 1997) § 889.

<sup>77</sup> Wacke, *Münchener Kommentar* § 883 núm. marg. 18, § 886 núm. marg. 9. Sobre ello especialmente el artículo del que entonces era mi asistente (hoy rector de la Universidad de Greifswald) Jürgen Kohler, *Die anfängliche Einheit von Gläubiger und Schuldner*, *Juristenzeitung* 1983, 13-18.

<sup>78</sup> *Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, herausgegeben vom Bundesminister der Justiz* [Informe final de la comisión para la revisión del Derecho de obligaciones, publicado por el Ministerio de Justicia] (1992) 145 s.; Medicus, *Neue Juristische Wochenschrift* 1992, 2384 ss., 2386 s.

te y justificada»<sup>79</sup>, sobre la imposibilidad subsanable, en cuanto que norma anexa, cayese víctima de una supresión del § 306 B.G.B.

## VI. CONFIRMACIÓN Y RATIFICACIÓN («RATI HABITIO»)

1. Los negocios inválidos pueden ser también convalidados por medio de confirmación o ratificación. Objeto de una *rati habitio* es la aprobación de algún negocio anterior. Según el § 141 B.G.B., la confirmación requiere de suyo una nueva celebración del negocio jurídico (*vid.* nota 16). Pero también se puede exteriorizar la voluntad confirmatoria por medio de una actuación concluyente. Una *rati habitio* puede consistir también en la ulterior obtención de la requerida aprobación de un tercero<sup>80</sup>. Pero objeto de una *rati habitio* no son sólo los negocios inválidos. A veces la persona que ratifica declara solamente que quiere convalidar una gestión ajena o una actuación judicial en su nombre, de acuerdo con la regla *Rati habitio mandato comparatur*<sup>81</sup> o con la *cautio de rato*<sup>82</sup>.

2. El testador puede también confirmar en un codicilo posterior un legado dispuesto de forma inválida, incluso haciendo referencia incidental a él, como por ejemplo diciendo «Además debe mi heredero también darle...»<sup>83</sup>. Lo mismo sucede con una donación inválidamente efectuada.

3. Un préstamo a un hijo de familia contrario al senadoconsulto Macedoniano será válido bien cuando el padre posteriormente lo apruebe<sup>84</sup> o bien cuando el hijo mismo que recibió el dinero convalide su deuda después de haber salido de la patria potestad<sup>85</sup>.

4. El tutor debía consentir el contrato del sometido a tutela en el momento de su conclusión, estando presente y declarándolo verbalmente. Una ratificación posterior es tan inútil como una autorización otorgada por escrito anticipadamente (*nihil agit*:

<sup>79</sup> Así THODE, en *Münchener Kommentar zum B.G.B.* (3.ª ed.) § 308, núm. marginal 1.

<sup>80</sup> Así distingue BERTOLINI (citado en nota 1) II, 3 ss. y 29 ss., la «ratifica per parte di un terzo» de la «ratifica di atti proprii».

<sup>81</sup> BERTOLINI I 23 ss.; KASER, *Das römische Privatrecht*, I (2.ª) 579 nt. 25; LIEBS núm. R 2.

<sup>82</sup> Sobre ello BERTOLINI II 57 ss.

<sup>83</sup> '*Hoc amplius ei heres meus dato*': D. 30,19, pr.; M. MÜLLER 193 ss. Un caso semejante con *hoc amplius* in D. 32,33,2; WACKE, ZSS 91 (1974) 255 s.

<sup>84</sup> C. 4,28,7 (año 530); WACKE, ZSS 112 (1995) 287s. Si el padre conoce de la recepción del préstamo, debe declarar cuanto antes su posible oposición: WACKE, 277 s.; comp. WACKE, Estudios (cit. nt. 49) 196 ss., 200 s. nt. 18.

<sup>85</sup> Por medio de pago o novación, p. ej. C. 4,28,2 (año 198). El pago parcial, con todo, no implica una ratificación de la cantidad total. Opina contrariamente M. Müller, 172 ss.

D. 26,8,9,5). La exclusión de la posibilidad de autorizar posteriormente evita (a diferencia del § 108 B.G.B.) una situación de pendencia referente a la obligación del pupilo<sup>86</sup>. Si el pupilo repite la venta con *auctoritas tutoris*, entonces la *renovata venditio* consigue, según D. 18,5,7,1, que las partes del contrato queden ligadas mutuamente<sup>87</sup>.

5. Nerva resuelve un caso curioso de confirmación por nueva celebración en D. 24,1,36,1: después de la boda se descubre que el novio ha regalado a la novia un anillo de bodas que no le pertenecía. Para remediarlo, le regala ahora un anillo propio. La validez de esa donación posterior se ve amenazada por la prohibición de las donaciones entre cónyuges. Sin embargo, para salvarla Nerva no ve en esa prestación sustitutoria una nueva donación, sino sólo una convalidación del regalo de bodas hecho anteriormente, pero frustrado por la falta de la propiedad del donante. A fin de otorgar validez a la transmisión posterior, Nerva refiere el momento, de forma excepcional, a la primera donación<sup>88</sup>: una salida elegante a un problema algo lamentable.

6. El efecto retroactivo de una *ratihabitio* era una cuestión muy debatida en el Derecho común<sup>89</sup>. La controversia se suscitó a raíz de dos constituciones de Justiniano, que estaban previstas para supuestos especiales pero que ofrecieron la oportunidad de caracterizar la retroactividad como principio general<sup>90</sup>. Sin embargo, se debe negar que el efecto retroactivo fuese el principio general para el Derecho clásico.

## VII. LA PERSISTENCIA DE LA VOLUNTAD («PERSEVERANTIA VOLUNTATIS»)

A veces basta para la convalidación simplemente la *perseverantia voluntatis*<sup>91</sup>, como ocurre en las donaciones entre cónyuges, en principio ineficaces, pero que según la *oratio Severi* del año 206 d. C. se convalidan en caso de que la revocación no se haya reali-

<sup>86</sup> El mayor de edad que contrataba con el pupilo estaba siempre ligado por el *negotium claudicans*. Sobre ese problema WACKE, TRG 84 (1980) 216 ss.

<sup>87</sup> Aquí no vale la regla *qui bis idem eidem promittit, nihil agit*; la segunda venta contiene *aliquid novi*, de modo que es novación (a diverencia del caso contrario): GIUFFRÉ, *Conversione* (cit. nota 45) 59 nt. Para la continuación del texto BÜRGE, *Retentio im römischen Recht* (Diss. Zürich 1979) 199 s.

<sup>88</sup> *Quia tunc* (entonces) *factam donationem confirmare videtur, non novam incohare*: M. MÜLLER 192 s.

<sup>89</sup> Sobre ello BERTOLINI I, 68 ss.; M. MÜLLER 81 ss.

<sup>90</sup> C. 5,16,25 (año 528) para donaciones entre cónyuges y C. 4,28,7 pr. (año 530) para negocios del hijo de familia confirmados por el padre; sobre ello M. MÜLLER 153 ss.

<sup>91</sup> Sobre ello (aplicado especialmente a donaciones ineficaces) GAUDEMET, *Mélanges Meylan I* (1963) 139-157.

zado antes de la muerte del testador<sup>92</sup>. Según las mismas consideraciones, promesas de donaciones excesivas convalecerán con la muerte del testador, de acuerdo con la regla *morte Cincia removetur*<sup>93</sup>.

Las donaciones nulas de un *pater familias* a favor de sus hijos bajo potestad alcanzan validez si en el momento de la emancipación les concede continuar con esos bienes<sup>94</sup>. El padre puede retirar (*adimere*) el *peculium* a sus hijos hasta el momento en que se produce la salida de su potestad (a sus esclavos, hasta la manumisión). En cambio, en los dos casos anteriormente citados, el donante puede declarar su voluntad revocatoria hasta el momento de su fallecimiento.

2. El matrimonio contraído contrariamente a un impedimento matrimonial se convalida con la desaparición de ese impedimento, si los cónyuges mantienen su voluntad: el matrimonio de una mujer todavía incapaz para el matrimonio será eficaz tan pronto como alcance la edad exigida para contraer<sup>95</sup>. No se puede exigir la devolución de una dote que ha sido así otorgada previamente mientras se pueda prever una convalidación<sup>96</sup>. Como ya vimos, los contratos y testamentos de uno que no posee la capacidad de concluirlos no se convalidan con la adquisición posterior de la capacidad (*supra* II, III 4). El matrimonio, en cambio, como relación jurídica duradera que es, se convalidará con la desaparición del impedimento inicial. Cada día de vida en común confirman los esposos su voluntad de mantener ese matrimonio<sup>97</sup>.

<sup>92</sup> KASER, RP I (2.<sup>a</sup> ed.) 332 nt. 34; H. SCHLEI, *Schenkungen unter Ehegatten* (Göttingen 1993) 80 ss.

<sup>93</sup> KASER 604 nt. 42 s. La invocación de la *exceptio legis Cincia* se le deniega al heredero.

<sup>94</sup> D. 39,5,31,2: (*si*) *peculium... non ademit, ex post facto donationem videbatur perfectisse*; comp. fragm. vat. 260, 261 etc.; M. MÜLLER 183 ss.; WACKE, *Peculium non ademptum videtur tacite donatum, Iura* 42 («1991», 1994) 43 ss., 75 ss., 85 ss. Con la muerte del *pater familias* adquieren sus hijos sus bienes particulares sólo en caso de ordenación testamentaria expresa. Pero en vez de ésta, basta también la *ratihabito* del heredero: D. 41,6,4; MÜLLER 150 s.

<sup>95</sup> D. 23,2,4; 23,3,86; 24,1,32,27. Los matrimonios prematuros eran frecuentes en la Antigüedad, de acuerdo con los abundantes hallazgos arqueológicos (a diferencia de lo que sucedía entre los germanos según Tácito, *Germania* 20,6: *nec virgines festinantur*); *vid.* TAFARO, *Pubes e viripotens* (Bari 1988) 143 ss., 158 s.

<sup>96</sup> D. 12,8,4; también D. 27,6,11,3-4; TAFARO 159 ss., 165 ss.

<sup>97</sup> J. HUBER, *Der Ehekonsens im römischen Recht* (1977), quien quiere de acuerdo con ROBLEDA y en oposición a VOLTERRA, dar por suficiente el consentimiento inicial (*Anfangskonsens*) para el matrimonio. Pero los casos de convalidación aquí tratados hablan más bien a favor de un consentimiento permanente (*Dauerkonsens*) mantenido durante el matrimonio. Críticos contra Huber: LONGO, *SDHI* 43 (1977) 459-480; GAUDEMET, *TRG* 47 (1979) 171ss; KRAMPE, *ZSS* 97 (1980) 410ss.; VOLTERRA, *Festgabe v. Lübtow* (1980) 147-153; WACKE, *Familienrecht eitschrift* 1979, 546 s. = *Index* 10 (1981) 331 ss.

Un miembro del *ordo* senatorial no puede tomar por esposa a una liberta (D. 23,2,44,1); pero con la eventual pérdida de su dignidad, sí que se convalidará ese matrimonio que era impropio de su dignidad (D. 23,2,27: *si amiserit dignitatem, uxor esse incipiat*). Una orden del emperador prohibía a los funcionarios y oficiales empleados en provincias el matrimonio con mujeres de esa misma provincia. Los matrimonios contrarios a la prohibición eran nulos<sup>98</sup>; los hijos nacidos de él, no matrimoniales. Pero, si el consentimiento perdura, el matrimonio se convalidará con la separación del funcionario de ese cargo; los hijos nacido después serán matrimoniales: *post depositum officium, si in eadem voluntate perseverat, iustas nuptias effici, et ideo postea liberos natos ex iusto matrimonio legitimos esse*<sup>99</sup>. Sin embargo, los hijos nacidos antes de la remoción de ese obstáculo permanecen en ese caso como no matrimoniales (sin posible convalidación)<sup>100</sup>. Tampoco por analogía con la *legitimatio per subsequens matrimonium* pueden considerarse matrimoniales<sup>101</sup>, porque esa legitimación fue introducida sólo por Constantino<sup>102</sup>. La necesidad de la legitimación posterior de los hijos nacidos como extramatrimoniales durante el tiempo en que el padre todavía actuaba como funcionario se sentiría como especialmente acuciante. Para nuestros sentimientos de hoy resulta difícilmente tolerable que los hijos nacidos de los mismos padres y en la misma familia crezcan juntos unos como extramatrimoniales y otros como matrimoniales. La diferencia de estado familiar en función del nacimiento anterior o posterior a un día marcado por la ley nos resulta sorprendente. El mismo fenómeno, significativo desde el punto de vista histórico y social, se da en el caso de los hijos de padres que primero han convivido como esclavos en un *contubernium* y después de su manumisión continúan su matrimonio como libres<sup>103</sup>. Los hijos nacidos antes del comienzo de las *iustae nuptiae* no estaban bajo patria potestad; como *spurii* o *filii naturales* no tenían ningún derecho o legítima en la herencia de su padre. Aunque eran realmente hijos de su padre, en cuya familia crecían, tenían solamen-

<sup>98</sup> WACKE, *Actio rerum amotarum* (1963) 39 s.

<sup>99</sup> Paulo D. 23,2,65,1; citado literalmente por Gordiano, C. 5,4,6 (año 239). Sobre ambos textos, M. MÜLLER 174 ss.; también JUNG, ANRW II 14 (1982) 341.

<sup>100</sup> Arg. «*postea liberos natos*» (*e contrario*); BERTOLINI II 37, comp. 51.

<sup>101</sup> BERTOLINI II 49, nt. 11.

<sup>102</sup> KASER, *Das römische Privatrecht II* (2.<sup>a</sup> ed. 1975) 220 s., § 230 II; LUCHETTI, *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali etc.* (1990).

<sup>103</sup> Atestiguado epigráficamente se encuentra un caso semejante (hermanos de diferente estatus pese a ser de padres idénticos) del comienzo del siglo III d.C.; véase STIEGLER en *Festschrift Kränzlein* (1986) 109-122; también LAMBERTI, *Studi sui postumi I* (1996) 385 s., nt. 55.

te la posición de hijos acogidos (*alumni*)<sup>104</sup>. Un funcionario que actuaba en provincias se encontraba por ello con la alternativa «o funcionario-o hijos matrimoniales». Para que sus hijos fuesen matrimoniales tenía que renunciar a su puesto de funcionario. Cierto es que siempre le quedaba la salida de adoptar a los hijos nacidos antes del día en que podía casarse. La diferencia de estatus de los hermanos, a pesar de la procedencia de idénticos padres, es una consecuencia, aun cuando dura, del defectuoso efecto retroactivo de la convalidación del matrimonio. Nuestro Derecho moderno afirma la eficacia retroactiva de la convalidación<sup>105</sup>, mientras que los romanos la negaban<sup>106</sup>. Los bienes entregados como «*dos*»<sup>107</sup> en un «matrimonio» de esclavos (sin efecto) convalecen —en la medida en que subsistan— al estado de dote, sólo después de que ambas partes lleguen a la libertad, si mantienen su unión (*si in eadem coniunctione permanserint*).

3. Tampoco tiene efecto retroactivo la convalidación de un nombramiento como funcionario judicial realizado prematuramente, según D. 1,16,4,6: un procónsul sólo puede delegar su potestad judicial a sus legados después de instalado en su provincia y una vez que ha tomado posesión de esa potestad. La validez de una delegación anticipada que fuese aceptada sería contraria a toda regla (*perquam absurdum*; comp. nota 30). Pero la delegación anticipada conserva su validez ante el Derecho si el procónsul mantiene su voluntad después de instalado en el cargo (*si in eadem voluntate fuerit*); sin embargo, esta voluntad valdrá sólo a partir de ese momento, no para lo anterior<sup>108</sup>.

4. Finalmente, también se da lugar a una confirmación cuando se deja correr, sin ejercitar la acción, el plazo preclusivo prescrito para la reclamación por un vicio de la voluntad u otra particular causa de nulidad. La voluntad de conservar el negocio se supone entonces irrefutable. En caso de dolo o de amenazas, las *actiones*

<sup>104</sup> Comparar en general, TIREY, *Das Pflegekind in der Rechtsgeschichte* (1996).

<sup>105</sup> Vid. el párrafo 2 de los §§ 17,21,22 Ehegesetz (Ley de matrimonio: «El matrimonio será considerado válido desde su inicio...»), válidos hasta 1998, eran al efecto más claros que la nueva norma del § 1315 B.G.B. Los matrimonios defectuosos pueden ser anulados con efectos sólo *ex nunc*; las consecuencias jurídicas corresponden a un divorcio según los §§ 1313 ss., 1318 B.G.B.. Existe también confirmación cuando un cónyuge después de la supresión del obstáculo da a conocer que el quiere continuar el matrimonio.

<sup>106</sup> Comp. *uxor esse incipiat* en D. 27,2,23.

<sup>107</sup> Papiniano D. 23,3,39 pr.: *quasi, velut in dotem (datum)*; WACKE, *Iura* 42 («1991», 1994) 87 ss.

<sup>108</sup> *Non exinde ex quo (iurisdictio) mandata est, sed ex quo provinciam proconsul ingressus est*. Sobre ello, M. MÜLLER 163 ss. Los actos de jurisdicción voluntaria los puede atender previamente el procónsul, después de que él ha salido de Roma, vid. WACKE, *Iurisdictio voluntaria*, ZSS 106 (1989) 188 s.; comp. KASER/HACKL (*supra* nt. 27) 181 nt. 71, 187 nt. 29.



de dolo<sup>109</sup> o *quod metus causa*<sup>110</sup> estaban limitadas al plazo de un año desde el descubrimiento del engaño o la cesación de las amenazas, según el Derecho clásico (*annus utilis*; lo mismo § 124 B.G.B.)<sup>111</sup>.

Los *minores* no podrán pedir la *restitutio in integrum* si después de alcanzada la mayoría de edad confirman el contrato que habían celebrado<sup>112</sup>. Según Justiniano las enajenaciones o pignoraciones sin la pertinente autorización pueden ser impugnadas hasta un plazo de cinco años después de alcanzada la mayoría de edad<sup>113</sup>.

## VIII. LA UNIDAD DEL ACTO DE CONSTITUCIÓN («UNITAS ACTUS»)

1. Si un negocio jurídico exige unidad de acto, no es posible una repetición sanatoria de una parte del acto que fuese defectuosa. Como ya se ha visto (*vid. supra* VI 4) no es sanable, según el Derecho romano, el otorgamiento de la *auctoritas* del tutor a un contrato de su pupilo celebrado sin ella. Más benignos son los requisitos que se exigen para la comisión de un representante procesal (*cognitor*)<sup>114</sup>. La *mancipatio* y otros negocios *per aes et libram* de ella derivados exigen la presencia como testigos de al menos cinco ciudadanos romanos varones con capacidad negocial<sup>115</sup>. En el campo era difícil reunir un número tan elevado sino en los días de mercado. Si uno de los testigos carecía de la necesaria cualificación, llegó tarde o se ausentó antes del final (D. 28,1,20,8), debía repetirse todo el acto delante de los testigos. La presencia simultánea de tantos testigos constituía un fuerte impedimento para el tráfico jurídico.

<sup>109</sup> *Intra annum, cum primum experiundi potestas fuit*: LENEL, *Edictum perpetuum* 114. Constantino substituyó el *tempus utile* por un *tempus continuum* de dos años (por causa de los muchos días sin actuación judicial más fácilmente calculable); KASER/HACKL (nota 27) 555 nt. 10. - D. 39,3,14 pr. *if. quod si annus praeterierit, de dolo iudicium dandum* significa sólo que el año de plazo de la *actio de dolo* será contado de forma diferente a como se hacía en el antes citado interdicto, *vid.* WACKE, ANRW II 13 (1980) 598 s., nt. 180.

<sup>110</sup> La *actio quod metus causa* que se estimaba al cuádruplo podrá darse, eso sí, *post annum* estimada al *simplum*, D. 4,2,14,1.

<sup>111</sup> El plazo preclusivo en estos casos se justifica en interés de la seguridad jurídica, *vid.* HAIDLEN (*supra* nt. 74) I pág. 145.

<sup>112</sup> *Comprobare*: D. 4,4,3,1-2; *pacto vel silentio comprobare*: Pauli sent. 1,9,3; *ratum habere*: C. 2,45,2 (año 294); M. MÜLLER 166 ss.

<sup>113</sup> En las donaciones es el plazo más largo: C. 5,74,3 etc.; M. MÜLLER 151 ss.

<sup>114</sup> La comisión del *cognitor* exige la presencia de la otra parte (*coram adversario*) pero no la del *cognitor*. Si este está ausente basta, según Gaius 4,83, su declaración posterior de aceptación. Las cuestiones de detalle se discuten todavía, *vid.* KASER/HACKL (nota 27) 211 con nt. 13.

<sup>115</sup> Gayo 1,119; 3,174; Ulpiani epit. 20,2; Gai. epit. 1,6,4 etc. Los testigos testamentarios deben estar presentes al mismo tiempo, dice todavía el § 585 del A.B.G.B. austriaco.

2. Para el otorgamiento del testamento había que convocar a los testigos especialmente para ese fin. La declaración del testador debía constituir un acto sin interrupciones (*uno contextu actus testari oportet*). Se quebrantaba esa unidad de acto cuando se ejecutaba otro acto que no era inherente al primero (D. 28,1,21,2-3; comp. D. 45,2,6,3). Según Teodosio podía el testador dictar su testamento por escrito durante varios días, pero entonces debía convocar a los testigos conjuntamente para un cierto día y éstos debían sellar el testamento uno después de otro en su presencia (*nulla actu interveniente*)<sup>116</sup>. Para un testamento verbal se debía convocar a los testigos dentro del plazo máximo de una hora<sup>117</sup>. En el Derecho común se mantenía para el testamento notarial el requisito de la unidad de acto<sup>118</sup>. Sin embargo, una momentánea ausencia del testador o de uno de los testigos con el fin de hacer sus necesidades era inocua; esto declara el ordenamiento imperial relativo a los notarios del año 1512 (Reichsnotariatsordnung) en su § 7: una pequeña pausa no significaba la interrupción del acto (literalmente: «no hace agujero en el tambor»)<sup>119</sup>. Además, el testador podía reservarse el complementar luego su declaración con un codicilo.

3. Una continuidad del acto entre pregunta y respuesta se exigía también en la estipulación romana. A la pregunta del acreedor debía el deudor *comminus respondere*. Si se ocupaba entre tanto de otros asuntos, su promesa no tenía efecto, aunque la diese en el mismo día (D. 45,1,137 pr.). Naturalmente, sí que cabía que transcurriesen unos momentos, especialmente para meditar la respuesta, o para traducir la pregunta a otro idioma con la ayuda de un intérprete<sup>120</sup>. Según D. 45,1,1,1 tampoco se interrumpe el acto porque entre tanto el acreedor se ausente un momento. Del mismo modo, cabe un *modicum intervallum* entre la contestación que dan dos deudores conjuntamente; especialmente cabe que entre tanto se otorgue una promesa de fianza, dado que ésta forma parte del negocio principal y no contradice el sentido y fin de éste<sup>121</sup>.

<sup>116</sup> C. 6,23,21,2 (año 439) = Nov. Theod. 16; KASER, RP II<sup>2</sup> 480 s. En general, sobre los cambios en los requisitos del testamento postclásico ALBANESE, *Sodalitas Guarino II* (1984) 777 ss. = ALBANESE, *Scritti Giuridici II* (1991) 1639 ss.

<sup>117</sup> Así Nov. Theod. 16. *Simul uno eodem tempore collecti* según C. 6,23,21,4; Inst. 2,10,3.

<sup>118</sup> SCHMELZEISEN, *Polizeiordnungen und Privatrecht* (1955) 163 con. nt. 75; SCHMELZEISEN, *Polizei- und Landesordnungen I* (Quellen zur Neueren Privatrechtsgeschichte II 1, 1968) 102, 115 nt. 71; WESENER, *Geschichte des Erbrechts in Österreich* (1957) 137 s.; COING, *Europäisches Privatrecht I* (1985) 569 nt. 31.

<sup>119</sup> Así KREITTMAYR, *Anmerkungen über den Codicem Maximilianum Bavaricum Civilem* (1821) III 3,10; citado según SCHMELZEISEN (nota anterior, 1968) 115 nt. 71.

<sup>120</sup> D. 45,1,1,5 *if.*; sobre ello WACKE, ZSS 110 (1993) 26,28 ss.

<sup>121</sup> *Quia nec longum spatium interponitur nec is actus, qui contrarius sit obligationi*: Juliano D. 45,2,6,3. En todo caso, una contestación al día siguiente es ineficaz: D. 45,2,12 pr.; también D. 45,2,3.

Esa exigencia de la continuidad del acto es algo bueno. Conduce a un orden, a concluir los negocios «uno detrás de otro». Antes de terminar uno, no se debe empezar otro (D. 45,2,12, pr.); lo contrario conduciría a confusión. El que contrata un negocio jurídico no debe jugar como un campeón de ajedrez, simultáneamente contra muchos rivales. Por ello, un contrato comenzado pero no terminado perderá toda eficacia con el comienzo de otra actividad que no tenga relación con él. Claro está que no supone ninguna interrupción la producida por un ataque de tos o un estornudo. Venuleyo, en D. 45,1,65 pr., incluso cita como ejemplo académico de interrupción tolerable, que no se le debe negar al deudor, que antes de contestar *spondeo* recite el verso inicial de la Eneida de Virgilio. Pero una digresión semejante puede distraer la atención tanto como el contar un chiste de por medio <sup>122</sup>; por ello no resulta tan inofensiva esta opinión de Venuleyo.

4. También en el Derecho actual la conclusión de un contrato entre presentes requiere un *continuus actus*. Según el § 147 B.G.B. una oferta de presente sólo se puede aceptar inmediatamente. Pero «inmediatamente» no significa una velocidad de segundos. Cabe también aquí un tiempo razonable de reflexión <sup>123</sup>. Acuerdos en sociedades pueden llevarse a cabo en sucesivas votaciones de los socios presentes <sup>124</sup>.

Un terreno que se encuentra en copropiedad podía también ya en Derecho romano, de forma excepcional, ser gravado con una servidumbre acordada por cada uno de los copropietarios sucesivamente. La servidumbre queda constituida con el último acto (*ex nunc*). Pero ya antes se encuentra vinculado cada copropietario por su acto de disposición;<sup>125</sup> no puede disponer de otra manera durante ese tiempo, y su fallecimiento no perjudica al derecho que se halla en formación (comp. §§ 130 II, 153 B.G.B.) <sup>126</sup>.

<sup>122</sup> Otro ejemplo alegado por RICCOBONO/KERR WYLIE/BEINART, *Stipulation and the Theory of Contract* (1957) 35 ss.; ZIMMERMANN, *Obligations* 73. Por lo demás, estos autores tienen una tendencia a sospechar de la veracidad de los textos. De modo especialmente rigorista, pero poco realista, se muestra RICCOBONO al negar incluso la posibilidad de colaboración de un traductor; en contra WACKE citado en nota 120.

<sup>123</sup> KRAMER, en *Münchener Kommentar zum B.G.B.*, § 147 núm. marg. 5. La casuística de las fuentes romanas sobre este punto parece mucho más amplia que en Derecho moderno.

<sup>124</sup> El proponente se encuentra vinculado mientras los miembros deliberan sobre el acuerdo que deben tomar. En cambio sólo se haya vinculado al voto que se ha dado hasta que finaliza el proceso de votación que está teniendo lugar: ULMER, *Münchener Kommentar cit.* § 709 B.G.B., núm. marginal 67a.

<sup>125</sup> Semejante al caso de constitución de una dote para un matrimonio todavía no celebrado: D. 12,4,8 (*supra* nota 96).

<sup>126</sup> D. 8,3,11; sobre ello, KOUWENBERG, RIDA 24 (1977) 273 ss.; SCARANO USSANI, *Valori e storia nella cultura giuridica etc.* (1979) 195 s.; HAUSMANINGER, *Iuris professio, Festgabe Kaser* (1986) 54 ss. (*subtili ratione ... benignius tamen*); más literatura sobre

## IX. RESUMEN

Los casos de convalidación de la nulidad eran en Derecho romano más raros que hoy. La arcaica *regula Catoniana* está hoy superada. Contrariamente a lo que declara Gayo 2,244, hoy no tiene nada de absurdo considerar válido un legado ejecutable en el momento de la sucesión, aunque en el momento en que se otorgó el testamento fuese ineficaz. El sistema establecido por la *regula Catoniana*, según el cual se examinaba la validez primeramente en el momento del otorgamiento del testamento, es posiblemente un efecto derivado del testamento nuncupatorio; éste exigía que las disposiciones del testador fuesen ejecutables al instante (*certam legem dicere*: D. 28,1,14; *supra* III 5 i.f.). La *regula Catoniana*, que en su origen fue establecida sólo para los legados (D. 34,7,3), fue aplicada a las instituciones de heredero (D. 50,17,210). La falta de posible convalidación de esas disposiciones ineficaces era en parte aliviada por la posibilidad de ratificación posterior por medio de codicilo. De todos modos, se excluía de la aplicación de la *regula* las disposiciones testamentarias condicionadas (D. 34,7,4). Este fue un paso en la dirección adecuada; pero, en cuanto tal, no fue suficiente. Los juristas romanos, con un estilo de pensamiento excesivamente formal, no hicieron apenas uso de la posible vía de convalidación que entraña el suponer la existencia de una *tacita condicio*. Ese uso habría supuesto un paso a favor del *favor testamenti* y hubiese conducido al abandono de la *regula Catoniana*. A veces, sí que se sirvieron de la interpretación de un aplazamiento en la delación del legado (*dies cedens*)<sup>127</sup>.

En el B.G.B. se produce la renuncia a la *regula Catoniana* en el § 2171 y la norma correspondiente, aunque pueda parecer sin excesiva relación, del § 308. El momento para examinar la validez de un legado no será ya otro que el de su propia delación; además no tendrá ya importancia que la prestación sea imposible cuando se pueda esperar que esa imposibilidad desaparezca. Carece especialmente de importancia esa imposibilidad transitoria de la prestación cuando se trata de un negocio obligacional. Hay que criticar la propuesta hecha oficial por la comisión de reforma del B.G.B. de suprimir el § 308 (*supra* V). Los puros negocios obligatorios sobrellevan la incertidumbre sobre su eficacia mejor que los negocios de disposición y especialmente que las declaraciones de voluntad uni-

*benignitas* en BALDUS (*supra* nota 34) II 501 ss. Asimismo D. 8,4,18; sobre ello, GIOFFREDI, *In pendenti esse*, SDHI 22 (1956) 113 ss.

<sup>127</sup> Casos así se encuentran en D. 36,2,8; sobre ello, HAUSMANINGER, TRG 36 (1968) 476 s.; D. 36,2,17; sobre ello SCHMIDLIN, *Rechtsregeln* 31 s.

laterales. De manera inconsciente y sin fundamento se mantiene todavía entre la doctrina alemana la *regula Catoniana* para el testamento mancomunado de los novios, negándose así la convalidación a pesar del matrimonio posterior (*supra* III).

Como conclusión inversa al § 308 B.G.B., hemos puesto de manifiesto como contenido de la *regula* que sí encuentra justificación que un acontecimiento posterior puramente casual, con el que el disponente no podía contar, no puede tener fuerza convalidatoria (*ne eventu confirmetur: supra* IV). La norma del § 185.2 caso tercero del B.G.B., según la cual la disposición hecha por un no legitimado resulta convalidada cuando da la casualidad de que le hereda el sí legitimado, se muestra como una decisión legislativa que parece equivocada (*supra* IV 3).

La llegada de la mayoría de edad es ciertamente un *dies certus*. Pero los negocios concluidos antes de la llegada de esa fecha no se convalidan por el mero mantenimiento de la voluntad (*tractu temporis non conualescunt: supra* II). Los negocios formales como el testamento requieren una nueva celebración tras la adquisición de la edad para testar, o al menos una confirmación en forma adecuada (*supra* III 4). En cambio, las relaciones jurídicas duraderas, por ejemplo el matrimonio, se convalidan con la permanencia de la voluntad; según el Derecho romano con mero efecto *ex nunc*, hoy *ex tunc* (*supra* VII 2).

En conjunto, se pueden encontrar más casos de convalidación *ex post facto* que puro por *tractu temporis*. El acaecimiento de un hecho posterior que no sea simplemente casual debe ser más tenido en cuenta que el mero transcurso del tiempo. Este sólo debe tener efecto convalidante cuando va acompañado de la voluntad de mantenimiento de una relación jurídica duradera.

La unidad del acto constitutivo (*continuus actus*), prescrito para algunos negocios —especialmente, para aquellos que requieren de una determinada forma— es un principio plausible y saludable; obliga a una nueva celebración *ab initio* de los negocios empezados pero no culminados (*supra* VIII).

# El apartamiento sucesorio en el Derecho civil gallego

**M.ª PAZ GARCÍA RUBIO**  
Catedrática de Derecho civil  
Universidad de Santiago de Compostela

SUMARIO: I. *La introducción de la apartación o apartamiento en la Ley de derecho civil de Galicia. Perfil funcional.*—II. *Naturaleza jurídica de la apartación o apartamiento.*—III. *Concepto y notas características:* 1. El apartamiento es un pacto sucesorio. 2. El apartamiento implica una atribución de bienes en pago de una legítima futura. 3. El apartamiento no es una partición anticipada de la herencia. IV. *Sujetos del apartamiento:* 1. Introducción. 2. El apartado ha de ser legitimario presunto del apartante en el momento de la adjudicación. 3. Apartante y apartado han de tener plena capacidad de disposición. 4. Carácter personalísimo del acto. 5. ¿Pueden intervenir otros sujetos? 6. Vecindad civil gallega del apartante. Los problemas suscitados por el cambio de vecindad.—V. *Objeto del apartamiento:* 1. Introducción. 2. Prestación del apartado. 3. Prestación del apartante.—VI. *La forma en el apartamiento.*—VII. *Condición y término en el apartamiento.* VIII. *Efectos del apartamiento:* 1. Planteamiento. 2. La transmisión de la titularidad de los bienes o derechos adjudicados al apartado. 3. Exclusión de la condición de legitimario con carácter definitivo. Vinculación de la stirpe. 4. Posibilidad del pacto de exclusión de otros derechos sucesorios. 5. Disposiciones del causante a favor del apartado. 6. Efectos del apartamiento en la determinación de las legítimas. A) *Computación de lo atribuido al apartado.* B) *Imputación de lo atribuido al apartado.* C) *Consecuencias del apartamiento en la determinación de la legítima individual.* D) *Consecuencias del apartamiento de todos los legitimarios.* 7. ¿Existe derecho de reversión de lo atribuido en caso de premoriencia del descendiente apartado?—IX. *Supuestos de ineficacia del apartamiento:* 1. Introducción. 2. Nulidad o anulabilidad del apartamiento. 3. Ineficacia sobrevenida en algunos casos en los que el apartado no consolida su posición legítimaria. 4. Revocación unilateral y mutuo disenso. 5. Rescisión por lesión. 6. Rescisión por fraude.

## I. LA INTRODUCCIÓN DE LA APARTACIÓN O APARTAMIENTO EN LA LEY DE DERECHO CIVIL DE GALICIA. PERFIL FUNCIONAL

La Ley 4/1995 de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia dedica la integridad de su Título VIII a las normas relativas al Derecho de Sucesiones. Se trata del Título que, con gran diferencia sobre los restantes, presenta una mayor extensión, acorde en una buena medida con el hecho de que gran parte de las costumbres enraizadas en la sociedad gallega que se distanciaban de los dictados del Código civil se referían precisamente a las cuestiones sucesorias. La nueva Ley trata de hacerse eco de esta realidad, introduciendo un interesante ramillete de instituciones que suponen una notable diferenciación del Derecho de Sucesiones del Código civil.

Entre las muchas notas que apuntan hacia ese distanciamiento destaca, según mi parecer, la admisión expresa de la validez de los pactos sucesorios en el artículo 117.1 de la LDCG. Es cierto que se trata de una admisión parcial, en la medida en que viene constreñida por la exigencia de tipicidad de los pactos, que sólo tendrán relevancia si son, precisamente, alguno de los expresamente regulados en la ley: esto es, el usufructo voluntario de viudedad, el pacto de mejora, el derecho de labrar y poseer y lo que el legislador llama «las apartaciones», a las que en principio —y sólo en principio como se verá— se dedican los artículos 134 y 135 de la LDCG<sup>1</sup>. Esta última figura supone un genuino pacto de *non succedendo*, que viene a significar una renuncia anticipada a la legítima futura por el apartado, a cambio de una atribución que recibe de presente del apartante. Es pues, un pacto que contradice abiertamente el principio prohibitivo de los negocios de disposición sobre la legítima futura del artículo 816 del CC, y que se sitúa en la línea de los actos de renuncia anticipada de los derechos legitimarios que, con una u otra extensión, se repiten en prácticamente todos los Derechos de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio.

Aunque sin plasmación en la Compilación de 1963, parece indudable que la apartación o apartamiento era una institución arraigada

<sup>1</sup> En sus comentarios a estos artículos, J. M. LOIS PUENTE señala la impropiedad que, desde el punto de vista semántico, se produce con la traducción del término gallego «Apartación», por el castellano «Apartaciones», que se ha hecho en la versión oficial, indicando que el término correcto en este último idioma sería, no el de apartación, sino el de apartamiento (*Derecho de Sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995*, La Coruña, 1996, p. 81; *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (M. ALBALADEJO/S. DÍAZ ALABART dir.) t. XXXII, vol. 2.º, Madrid, 1997, p. 946, nota 1). Sin dejar de indicar que estoy de acuerdo con el autor citado, en este trabajo se utilizarán indistintamente los dos términos (apartación y apartamiento) por ser, uno el que ha consagrado el legislador, y otro el semánticamente acertado.

en la costumbre de ciertas zonas de Galicia, que la relacionan tanto con la mejora, de la que era un complemento necesario, como con el conocido hábito migratorio de una parte importante de la población gallega. Así, cabe citar algún antecedente jurisprudencial que, a comienzos de siglo, se hizo eco de la existencia de legitimarios que eran apartados de la sucesión de sus mayores a cambio de recibir, en vida de éstos, una cierta cantidad de dinero que les permitía emigrar o establecerse al margen de lo que conformaba el patrimonio familiar<sup>2</sup>, circunstancia que también cuya toma de razón también realizó algún autor<sup>3</sup>. Este uso «*contra legem*» es recogido, entre otros, por E. Menéndez-Valdés Golpe quien, en el I Congreso de Derecho Gallego, planteaba la posibilidad de admitir en una futura regulación del Derecho civil de Galicia, «que un fillo se poda apartar en vida dos pais, xa co que lle dean ístes, xa co que lle dea o mellorado»; el autor citado recordaba que se trataba de una finalidad que muchas veces se pretendía conseguir, y que sin embargo no era legalmente posible, añadiendo «Os pais dotantes, queren apartar ao dotado; os pais ou o mellorado que lle dan unha cantidade ao que se quere establecer na cidade, ou poñer un negocio, tamén teñen tal pretensión (e o propio favorecido tamén), xa que lle entregan diñeiro equivalente á súa lexítima, ou tal vez máis. Pero como ise diñeiro sigue perdendo valor, resulta que cando chegue o tempo de facer a partixa ou liquidar as lexítimas, aínda hai que lle dar máis. Na práctica, acédese a trampas, como a de simular unha deuda por unha cantidade esaxerada, que o apartado se compromete a pagar ao mellorado o día que aquil perciba a súa lexítima idea que non está mal traída, pero que, como todas as trampas, está mui lonxe de proporcionar unha satisfactoria seguridade. Admitido o pacto sucesorio, como eiquí se propón, non parez haber obstáculos para que o principio de renunciabilidad dos derechos patrimoniais se estenda tamén á expectativa do presunto heredeiro, aínda en vida do causante»<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> STS de 6 de abril de 1915, *CLJC*, abril-septiembre, 1915, pp. 55-62; se trataba en el caso de enjuiciar la naturaleza y efectos de un acto celebrado en escritura pública entre dos hermanos, en vida de la madre de ambos, mediante el cual uno de ellos anticipó a otro, a cuenta de su legítima materna, una determinada cantidad de dinero, que fue recibida en varios plazos por éste; fallecida la madre, el hermano que había recibido la cantidad pactada sucedió asimismo en la herencia materna, y quien le pagó solicitó el reintegro de la cantidad entregada como anticipo de los derechos legitimarios.

<sup>3</sup> A. de FUENMAYOR CHAMPÍN, entre las obligaciones que menciona como típicamente impuestas por el causante al mejorado con la mejora de labrar y poseer, se refiere expresamente a la de «entregar a cada uno de sus hermanados cuando se casen o dejen de vivir en la casa la cantidad de ...por una sola vez», cantidad equivalente al importe de su legítima estricta («Derecho civil de Galicia», *NEJ Seix*, t. I, Barcelona, 1950, pp. 239-270, espec. p. 247).

<sup>4</sup> E. MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE, «Algunhas suxerencias ao Congreso de Dereito Galego», *I Congreso Derecho Gallego*, La Coruña, 1972, pp. 571-606, espec. p. 603.



Parece que la sugerencia, recogida en las Conclusiones del citado Congreso, prendió entre los juristas gallegos encargados de elaborar la Ley de Derecho civil de Galicia de 1995, puesto que los dos trabajos que actuaron como precedentes inmediatos de la ley, el elaborado por la Comisión No-Permante de Derecho Civil de Galicia, presentado al Parlamento en 1991, y el Informe presentado poco después por el Consello da Cultura Galega, contenían con algunas diferencias, una reglamentación de la figura<sup>5</sup>.

Finalmente, el tenor literal de los artículos 134 y 135 de la LDCG es el siguiente:

Art. 134. «1. *Podrá adjudicarse en vida la plena titularidad de determinados bienes de cualquier clase, sin ninguna excepción, a quien tenga la condición de legitimario del adjudicante en el momento de la adjudicación, quedando éste totalmente excluido de tal condición de legitimario con carácter definitivo, cualquiera que sea el valor de la herencia en el momento de deferirse.*

2. *La apartación vincula al apartado y a sus sucesores y legitimarios».*

Art. 135. «*La apartación precisa plena capacidad de disposición de los intervinientes y se hará constar en escritura pública».*

Tal y como se regula en la Ley gallega, la institución de la apartación ha suscitado ya la curiosidad y el interés de los estudiosos, justificado por los muchos problemas que plantea su más que deficiente regulación legal, y por las enormes posibilidades que, desde una perspectiva funcional, se abren ante esta nueva figura.

Las deficiencias técnicas se harán notar en las páginas que siguen pero, desde luego, sobresale la que deriva de la inexplicable repetición de los dos artículos con los que se quiere dar cobertura legal a la figura. Y es que, en efecto, por lo que sólo puede explicarse como resultado de la dejadez y falta de cuidado en el proceso de elaboración de la Ley, por razones que ya son conocidas<sup>6</sup>, el texto de los ya citados arts. 134 y 135 de la LDCG, situado en la sede de los pactos sucesorios, se repite exactamente en los artículos 155 y 156, que son los dos primeros artículos de los dedicados a las «partijas». Sin duda un «lapsus» imperdonable, que cabe espe-

---

<sup>5</sup> Los textos de ambos trabajos puede consultarse en *Foro Gallego*, 1992, pp. 13 y ss. J. M. LOIS PUENTE, *Derecho de Sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995*, Madrid, 1996, pp. 84-85, recoge también las vicisitudes parlamentarias que se produjeron desde el Proyecto de Ley de 22 de marzo de 1994, hasta la aprobación del texto definitivamente vigente.

<sup>6</sup> Expuestas, por ejemplo, por J. M. LETE DEL RÍO, *Manual de Derecho civil gallego*, Madrid, 1999, pp. 28-29; también, en esta misma obra, M. A. PÉREZ ALVAREZ, *op. cit.*, pp. 219-220.

rar que se corrija en la imperativa revisión de la Ley que ha de producirse de conformidad con la Disposición Adicional Segunda de la misma.

Desde el punto de vista funcional el apartamiento se presenta como una institución de gran interés práctico. Así a la tradicional función que liga las renunciaciones anticipadas de la legítima de los descendientes, con el móvil del mantenimiento de la unidad del patrimonio familiar en una sola mano, asegurando la continuidad de éste, o con el deseo de facilitar a uno de los hijos su independencia económica cuando lo precisa, sin tener que esperar a que se produzca el fallecimiento de sus progenitores, se unen algunas otras finalidades que ya han sido apreciadas singularmente por los Notarios, encargados de dar cauce a este tipo de instituciones, y que en muy poco tiempo de vigencia, muestran ya el extraordinario dinamismo de la apartación. Así, la posibilidad de apartar no sólo a los descendientes, sino también a los ascendientes o al cónyuge, hace que la figura sirva para eliminar *a priori* futuras fricciones sucesorias que pudieran existir, por ejemplo, entre los hijos de un primer matrimonio y el segundo cónyuge del padre de aquéllos, para lo que bastaría, bien con apartar al cónyuge con una cantidad de dinero o algún bien o, inversamente, con apartar a los hijos. Se ha utilizado también el apartamiento en situaciones en las que el apartante es una persona ya anciana, que no tiene descendientes pero sí tiene algún ascendiente vivo, por lo tanto aún más anciano que él, y que desea apartar a éste precisamente para recuperar su absoluta libertad de testar. Desde otra perspectiva, el apartamiento se ha manifestado también como un cauce idóneo para resolver determinadas situaciones de necesidad familiar, como sucede con el apartamiento de todos los hijos (excepto el incapaz) con institución de heredero en favor del incapaz y sustitución ejemplar (o fideicomisaria) en favor del hermano que lo cuide. Todo ello sin olvidar que la figura se utiliza a veces con fines puramente económicos, por el favorable trato fiscal que la apartación tiene en relación con otras figuras de transmisión *inter vivos* de bienes más conocidas, como la donación; así, por ejemplo, no es infrecuente que el deseo del padre de proporcionar de modo gratuito un bien inmueble al hijo en vida de ambos, se haga mediante una apartación, acompañándola de un simultáneo o posterior testamento en el que se instituye heredero al apartado<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Entiendo que entonces no hay fraude fiscal alguno, pues como señala P. SALVADOR CODERCH, «el uso fiscalmente favorable para el contribuyente de las posibilidades que le ofrece el derecho civil es fundamentalmente lícito; es indudable que el “realizador del hecho imponible” no puede abusar del derecho privado para rodear la aplicabilidad de las leyes fis-

Precisamente, el tratamiento fiscal del apartamiento ha sido objeto de atención en la Instrucción 1/1996, de 28 de febrero, de la Consellería de Economía e Facenda de la Xunta de Galicia, tras una Consulta elevada ante la Dirección General de Tributos del Ministerio de Economía y Hacienda. La Instrucción acepta que en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, el hecho imponible en el caso de apartación se corresponde con el tipo genérico de las adquisiciones *mortis causa*; tributa pues por sucesiones, con lo que le serán aplicables las reducciones personales contempladas en el artículo 20.1 de la ley reguladora del impuesto<sup>8</sup>. Pero, sin decirlo expresamente, parece dar a entender que el devengo se produce en el momento del otorgamiento de la escritura pública de apartamiento<sup>9</sup> lo que, a juicio de J. M. Lois Puente, contradice abiertamente el artículo 24.1 de la Ley del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, que señala que «*En las adquisiciones por causa de muerte... el impuesto se devengará el día del fallecimiento del causante*», por lo que lo correcto técnicamente sería, en la situación actual, la no sujeción del apartamiento<sup>10</sup>.

Sin duda este último resultado ni tiene posibilidades de prosperar, ni sería, problemente, materialmente correcto. Pero, con toda evidencia yo también creo que lo es desde la perspectiva meramente formal que imprime el principio de legalidad en materia tributaria. La Ley de 18 de diciembre de 1987 menciona como hechos imposables, además de la herencia y el legado «*cualquier otro título sucesorio*» y, posteriormente, el artículo 11 del Reglamento de

---

cales, pero todo dependerá del contenido de éstas, una vez hayan sido debidamente interpretadas y si el acto en cuestión cae bajo el supuesto de hecho, la ley se aplicará. Pero también lo es que el contribuyente no tiene por qué limitar el ámbito de su actuación en el ejercicio de su autonomía privada a aquellas posibilidades que le resulten fiscalmente más gravosas, es decir, si efectivamente hay varias soluciones posibles, no está obligado a adoptar la que le resulte más gravosa» («Simulación negocial, deberes de veracidad y autonomía privada» en P. SALVADOR CODERCH/J. M.<sup>a</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Simulación y deberes de veracidad. Derecho civil y Derecho penal: dos estudios de dogmática jurídica*, Madrid, 1999, pp. 13-74, espec. p. 67).

<sup>8</sup> Ley 29/1987, de 18 de diciembre.

<sup>9</sup> Después de señalar que el apartado puede recibir bienes de la herencia con cargo al tercio de libre disposición o al de mejora, dice literalmente la Instrucción citada «Ante tal circunstancia, debe mantenerse la progresividad del impuesto y, por tanto, debe acumularse la apartación a lo recibido por herencia o legado. Para proceder a tal acumulación se adicionará a la base imponible correspondiente a la sucesión, *el valor comprobado en su día para los bienes integrantes de la apartación*, aunque hubiese variado en el momento de la acumulación. Además, de la cuota de la liquidación correspondiente de tal acumulación, se deducirá el importe resultante de aplicar sobre *el valor comprobado en su día* para los bienes y derechos apartados el tipo medio efectivo de gravamen que corresponda a la nueva liquidación. Finalmente, las reducciones personales a practicar en la base imponible de esta última liquidación serán las vigentes *en el momento del devengo de la apartación*» (todos los énfasis son añadidos).

<sup>10</sup> J. M. LOIS PUENTE, *Derecho de Sucesiones...*, op. cit., pp. 109-110; cf. también artículo 10.2, en relación con el 11 b del Reglamento del Impuesto.

desarrollo<sup>11</sup>, señala que «entre otros» son títulos sucesorios a los efectos del impuesto «*Los contratos o pactos sucesorios*»; sin embargo, como tantas veces ocurre, la posterior regulación demuestra que se está pensando sólo en las situaciones de sucesión testamentaria o legal, ignorando completamente las peculiaridades que pueden derivarse de una modalidad de delación sucesoria que ya produce ciertos efectos (en ocasiones también atributivos de bienes) en vida del causante de la herencia. Cuando posteriormente el aplicador de la norma se encuentra con este tipo de realidades, la Administración Tributaria actúa con desconfianza y, desde luego, con fines prioritariamente recaudatorios. En este sentido, son muy expresivas las manifestaciones de J. Delgado Echeverría que, comentando la Disposición Adicional de la nueva Ley de Sucesiones por Causa de Muerte de Aragón señala «La normas fiscales y reglamentarias del Estado pocas veces han tenido en cuenta otras instituciones de Derecho civil que las contenidas en el Código, salvo, a veces, para contemplarlas con desconfianza y como presumibles instrumentos de fraude. Es obvio que no puede ser ésta la actitud de una Comunidad Autónoma respecto del Derecho civil que ella misma promulga, y parece también visible un cambio de talante en la Administración que admita, al menos, la necesaria «neutralidad» de los impuestos, en el sentido de que no han de resultar perjudicados quienes actúan por los cauces y con los instrumentos que las leyes civiles aragonesas les ofrecen, por muy distintos que sean de los del Código civil, o estén prohibidos por éste»<sup>12</sup>. La reflexión es perfectamente aplicable al caso que nos ocupa.

Creo que las consideraciones funcionales y fiscales que se acaban de hacer ponen en evidencia el interés del estudio del apartamiento y de los muchos y enjundiosos problemas estructurales que esta figura plantea y que a continuación trataré de analizar.

## II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA APARTACIÓN O APARTAMIENTO

En una primera aproximación a su naturaleza, el apartamiento es un negocio jurídico, ya que se trata de un acto de autonomía privada que reglamenta para sus autores una determinada relación o situación jurídica. Es además un negocio jurídico patrimonial, por-

<sup>11</sup> RD 1629/1991, de 8 de noviembre.

<sup>12</sup> J. DELGADO ECHEVERRÍA, *Ley de Sucesiones. Comentarios breves por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho civil*, Zaragoza, 1999, p. 163.

que versa sobre bienes o intereses de naturaleza económica<sup>13</sup> (atribución patrimonial a cargo del apartante, disposición patrimonial sin atribución –renuncia abdicativa de una expectativa con contenido económico– a cargo del apartado).

Aunque los términos literales del artículo 134.1 de la LDCG parecen conformar el apartamiento como un negocio unilateral del apartante («podrá adjudicarse»), no cabe duda que, como se verá, se trata de un negocio jurídico de carácter bilateral<sup>14</sup> para cuya validez y eficacia se necesita, cuando menos, del consentimiento de apartante y apartado.

En mi opinión es un negocio jurídico *inter vivos*, ya su función característica no es regular relaciones y situaciones originadas por la muerte de un sujeto<sup>15</sup>, sino situaciones entre personas vivas, por más que la expectativa de uno de ellos, de la que hace dejación, se funde en el fallecimiento del otro<sup>16</sup>. Además, aunque admitamos la posibilidad de negocios *inter vivos* «a causa de muerte», no creo que el apartamiento pueda insertarse en esta categoría. Incluso si partimos del concepto de negocio a causa de muerte que se desprende de los artículos 620 y 667 del CC, se ha de concluir que el apartamiento no pertenece a esta categoría, ya que la renuncia anticipada a la legítima no supone disposición alguna sobre el propio patrimonio para el caso de la propia muerte<sup>17</sup>. Por tanto, en principio y como regla general, no le serán aplicables al apartamiento las reglas de los negocios *mortis causa*, sino las de los negocios *inter vivos*, salvando evidentemente las normas singulares que por disposición de la ley sean aplicables a esta institución.

<sup>13</sup> L. Díez PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil. Introducción. Teoría General del contrato*, Madrid, Tecnos, 1993, 4.ª ed., pp. 80-81.

<sup>14</sup> Porque es obra común de dos (o más) personas que reglamentan sus recíprocas relaciones respecto de determinados bienes.

<sup>15</sup> *Vid.* respecto a la falta de homogeneidad de la contraposición acto *inter vivos*/acto *mortis causa*, y su propuesta de cambio por la más exacta, acto *inter vivos*/acto de última voluntad, G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954, pp. 36 y ss. La ideas del autor italiano fueron recogidas en nuestro país por J. B. JORDANO BAREA, «Teoría general del testamento», *Estudios de Derecho público y privado, t. I*, Valladolid, 1966, pp. 431-463.

<sup>16</sup> En el Derecho alemán la renuncia a la herencia no es un negocio a causa de muerte, sino que la doctrina lo considera como un negocio jurídico entre vivos sobre derechos a la herencia. Por la naturaleza *inter vivos* se manifiesta también J. L. LACRUZ BERDEJO, Notas a la traducción de la 2.ª ed. Alemana de *Derecho de Sucesiones* de J. BINDER, Barcelona, 1953, p. 351. En contra, J. GARCÍA-GRANERO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXXVI, vol. 2.º, Madrid, 1995, pp. 116 y 141, siguiendo de cerca el criterio de G. Vismara a la hora de diferenciar actos *inter vivos* y actos a causa de muerte (*vid.* de este último autor, *Storia dei patti successori*, Milano, 1986, p. 2).

<sup>17</sup> Como dice J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil, V. Derecho de sucesiones*, Barcelona, 1981, p. 398, el disponente, en la renuncia, no es quien va a causar la sucesión, ni la disposición se realiza para cuando se abra su sucesión.

Desde la perspectiva del apartado es además un negocio de disposición pues por medio de él un derecho subjetivo potencialmente existente (su expectativa legitimaria) es inmediatamente extinguido<sup>18</sup>. También es un negocio de disposición desde la perspectiva del apartante, ya que éste transmite de manera inmediata la plena titularidad de bienes o derechos a otra persona; es por ello además un negocio de enajenación o traslativo.

Desde este punto de vista es un negocio complejo que en realidad envuelve en su tipo negocial uno de tipo traslativo y una renuncia abdicativa. El primero de ellos (que realiza el apartante) constituye además una atribución patrimonial, entendida ésta como todo acto jurídico lícito por medio del cual una persona procura a otra una ventaja patrimonial de cualquier tipo; sin embargo en el segundo (obra del apartado) hay disposición pero no hay atribución en sentido estricto porque lo que consigue el apartante no es una ventaja patrimonial directa, sino una mayor libertad de disposición.

Lo que no es fácil de determinar es si el negocio de apartamiento es oneroso o gratuito. En sus acertados comentarios a la institución, J. M. Lois Puente niega la onerosidad, con criterios que a mi juicio no son enteramente convincentes<sup>19</sup>; para V. Gutiérrez Aller el apartamiento es un negocio de disposición a título gratuito, puesto que el efecto inmediato que produce es un empobrecimiento del apartante y el consiguiente enriquecimiento del apartado<sup>20</sup>. Otros autores, por el contrario, no tienen dudas sobre su onerosidad<sup>21</sup>.

El tema es, a mi juicio, particularmente espinoso. Es cierto que si se parte de la distinción de acto oneroso como aquél que impone sacrificios para ambas partes, y ambas partes pueden obtener ventajas del acto<sup>22</sup>, sin duda el apartamiento parece oneroso, mientras que si se considera que en los negocios gratuitos hay una sola atribución patrimonial y un solo desplazamiento, mientras que en los onerosos hay dos atribuciones o dos desplazamientos en sentido recíproco e inverso<sup>23</sup>, el negocio parece gratuito porque el apartan-

---

<sup>18</sup> Es una renuncia abdicativa por medio de la cual el titular de un derecho hace dejación de éste extinguiéndolo.

<sup>19</sup> *Derecho de Sucesiones de Galicia*, op. cit., pp. 81 y ss., espec. p. 87; *Comentarios al Código civil... t. XXXII*, vol. 2.º, op. cit., pp. 950-951.

<sup>20</sup> *Régime económico-familiar e sucesorio na Lei de Dereito Civil de Galicia*, Vigo, 1997, p. 91. A juicio de este autor, que el negocio no responda al puro ánimo de liberalidad no afecta al carácter gratuito del desplazamiento patrimonial.

<sup>21</sup> A. DÍAZ FUENTES, para quien el dato revelador está en el propio artículo 135 de la LDCG que requiere capacidad de disposición en ambos intervinientes, lo que implica el reconocimiento legal de que ambos ceden algo (*Dereito civil de Galicia. Comentarios á Lei 4/1995*, A Coruña, 1997, p. 254).

<sup>22</sup> Concepto que da L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos... I*, op. cit., p. 82.

<sup>23</sup> Concepto de L. DÍEZ-PICAZO, a continuación del anterior.

te no obtiene estrictamente una ventaja patrimonial, sino una mayor libertad de testar. Pero en contra de la gratuidad cabría argumentar que el apartante no se mueve por mera liberalidad ya que tiene un interés, aumentar su libertad de testar, por lo que si se estima que el «ánimo de liberalidad» es una característica esencial del acto gratuito, estaríamos sin duda en el marco de los onerosos. A éstos nos lleva también la consideración, que parece la propia de la doctrina más moderna, según la cual la onerosidad no exige estrictamente prestaciones recíprocas, ni mucho menos equivalentes, sino que las ventajas patrimoniales obtenidas pueden ser únicamente indirectas, y desde esta perspectiva la mayor libertad de testar puede considerarse tal vez una ventaja patrimonial indirecta. Con este planteamiento, podríamos considerar negocio oneroso a aquél que impone sacrificios para las partes intervinientes, pero procurándole también ventajas, y es indudable que el apartamiento cae en el tipo descrito. Sobremanera si, como hace un sector doctrinal, onerosidad y sinalagma prácticamente se identifican,<sup>24</sup> parece claro que el apartamiento implica, necesariamente, una relación de interconexidad o sinalagmática, pues se atribuye algo porque se abdica de la futura legítima, y se abdica porque se atribuye algo<sup>25</sup>. Es lo cierto, sin embargo, que la aplicación pura y simple al apartamiento de las normas relativas a los contratos onerosos y la correlativa exclusión *tout court* de las aplicables a los gratuitos produce resultados insatisfactorios y lo que es peor, muchas veces, profundamente injustos.

El apartamiento es, por lo demás, un negocio aleatorio, lo que tomando en consideración que la distinción entre conmutativos y aleatorios sólo tiene sentido en los negocios onerosos, sería un argumento más a favor de la onerosidad. Aleatorios son todos aquellos contratos en que cada una de las partes tiene en cuenta la adquisición de un equivalente de su prestación, pecuniariamente aprecia-

---

<sup>24</sup> J. L. LACRUZ BERDEJO y otros, *Derecho de obligaciones*, vol. 1.º, *Parte General. Teoría general del contrato*, nueva ed. revisada y puesta al día por F. RIVERO HERNÁNDEZ, Madrid, 1999, espec. p. 194, donde literalmente se dice «no hay diferencia notable entre onerosidad y sinalagma».

<sup>25</sup> Entiendo que es artificial la diferencia que, respecto a la onerosidad o no del apartamiento, hace J. M. LOIS PUENTE, sobre la base del apartante. Para el autor citado, «si un tercero (otro legitimario) pagara la renuncia a la expectativa legitimaria del apartado, sí habría un contrato aleatorio y oneroso. Daría algo para recibir algo: el incremento de su propia porción, una expectativa que podría valer más o menos en función, primero, de que tuviese efectividad (que el apartado llegase a ser legitimario) y, segundo, que la fortuna del causante fuese mayor o menor en ese momento». «Si es el propio apartante —continúa diciendo—, en cambio, quien paga la renuncia del apartado, no recibe nada *patrimonial* a cambio, sino únicamente mayor libertad. Se libera de un freno a su libertad dispositiva *inter vivos* (respecto a los actos a título gratuito) y *mortis causa* (en los términos que después veremos)» (*Derecho de Sucesiones...*, *op. cit.*, p. 87, y *Comentarios al Código civil...*, t. XXXII, vol. 2.º, *op. cit.*, p. 951).

ble, pero éste no está bien determinado en el momento del contrato y depende de un acontecimiento incierto, por lo que los contratantes corren el riesgo de ganancia o de pérdida. En el contrato aleatorio la posibilidad de ganancia o de pérdida ha sido contemplada por las partes, cosa que sucede en el apartamiento gallego, pues las partes «juegan» con el doble *alea* que representa la incertidumbre sobre si el renunciante llegará o no a ser efectivamente legitimario (piénsese en la posibilidad de premoriencia, o de que siendo el cónyuge se divorcie, o de que tratándose de un ascendiente, sobrevengan después descendientes del apartante) y la incertidumbre sobre si, en su caso, la cuantía de su legítima individual sería, en el momento del fallecimiento del causante-apartante, mayor o menor que lo atribuido en el negocio de apartación. Precisamente por este carácter aleatorio del apartamiento, entiende parte de la doctrina que en él no tiene cabida la rescisión por lesión, aún cuando en el momento de abrirse efectivamente la sucesión del apartante, la legítima que teóricamente habría de corresponder al apartado fuese considerablemente mayor que lo adjudicado en su día. Pero sobre este último aserto también he de volver.

### III. CONCEPTO Y NOTAS CARACTERÍSTICAS

#### 1. EL APARTAMIENTO ES UN PACTO SUCESORIO

Como ya se ha dicho, a pesar de que la dicción literal del artículo 134.1 de la LDCG en su formulación inicial («*Podrá adjudicarse en vida...*»), pudiera hacer pensar que es un negocio exclusivamente dependiente de la voluntad del apartante<sup>26</sup>, el apartamiento exige el concurso imprescindible de dos voluntades: la del apartante, por un lado, y la del apartado, por otro<sup>27</sup>. Así configurado su naturaleza sería estrictamente la de un «pacto sucesorio», lo que quedaría confirmado por la ubicación de los citados artículos 134 y 135 en el Capítulo II del Título VIII de la ley. Tal naturaleza sucesoria y paccionada es la más acorde, no sólo con la sistemática de la institución, sino también con los usos y costumbres gallegas que han de servir para interpretar e integrar el Derecho gallego, tal y como expresamente declara el artículo 2.2 de la propia LDCG.

<sup>26</sup> Cabalmente al contrario que el texto legal que recoge la definición mallorquina, donde se pone el acento en la voluntad del definido (cf. art. 50 de la Compilación balear).

<sup>27</sup> A. PILLADO MONTERO, «Los pactos sucesorios en la Ley de Derecho Civil de Galicia», RXG, 1996, pp. 17-68, espec. p. 64.



Dentro de la tipología de los pactos sucesorios se trataría de un pacto abdicativo, o de signo negativo o de renuncia<sup>28</sup>. Basándose en el necesario acuerdo de voluntades de apartante y apartado, se ha negado al apartamiento gallego su carácter de verdadera renuncia, por ser ésta, según J. M. Lois Ponte, un acto esencialmente unilateral y no recepticio. Sin embargo, yo no creo que la bilateralidad contradiga necesariamente la existencia de la renuncia, ya que ésta se puede integrar en un negocio de aquel tipo. Por otra parte, cuando el autor precitado dice que el apartamiento no es renuncia, sino pago anticipado de la legítima, parece incurrir en un sofisma; es como si dijera que la donación hecha al legitimario imputable a su legítima no es donación, sino pago anticipado de la misma.

Es el apartamiento «una especie de» desheredación bilateral convenida entre el causante y el renunciante, de hecho, en ese momento un legitimario, quien renuncia a sus derechos sucesorios futuros en calidad de tal. No es pues, ni una renuncia unilateral, ni una repudiación anticipada de la herencia, puesto que en el momento de producirse el apartamiento aún no hay delación (*cf. art. 991 CC*). Siendo pues el único supuesto de excepción a la prohibición de renunciar o transigir sobre la herencia futura (art. 146.3 LDCG) no cabe duda que en Derecho gallego no es lícita la renuncia unilateral a la legítima no deferida.

Se puede así definir la apartación, siguiendo a J. M. Lois Ponte, como un pacto sucesorio por el que el apartante entrega al apartado, de presente, unos determinados bienes a cambio de que éste renuncie a su eventual derecho legitimario<sup>29</sup>.

## 2. EL APARTAMIENTO IMPLICA UNA ATRIBUCIÓN DE BIENES EN PAGO DE UNA LEGÍTIMA FUTURA

Su condición de pacto sucesorio abdicativo no impide, sin embargo, considerar que la apartación es un negocio complejo que

<sup>28</sup> Un sector de la doctrina, siguiendo probablemente la definición de contrato sucesorio que da el § 1941 del BGB, parece limitar el ámbito de la sucesión contractual a los pactos sucesorios de institución. Sin embargo, como dice J. GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ en sus comentarios al Fuero Nuevo de Navarra, *Comentarios al Código civil, op. cit.*, p. 109, «los llamados pactos sucesorios renunciativos inciden en el llamamiento sucesorio (legal, testamentario o contractual), por lo que, necesariamente, implican una modificación o alteración de la sucesión; de ahí que no deban ser excluidos del concepto de sucesión contractual, pues, si bien no contienen directamente una institución de heredero, determinan una modificación del llamamiento hereditario existente».

<sup>29</sup> *Derecho de Sucesiones...*, *op. cit.*, p. 89; *Comentarios al Código civil...*, *op. cit.*, p. 956. Con imprecisión, entiende F. LORENZO MERINO que el apartamiento (sic) supone la entrega anticipada por el causante al heredero de su cuota hereditaria («Prologo» a *Ley de Derecho civil de Galicia*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 31).

envuelve en su tipo negocial uno de tipo translativo (del apartante) y una renuncia abdicativa (del apartado). El primero de ellos exige necesariamente una atribución patrimonial en «*plena titularidad*», por lo que en ningún caso sería válido un apartamiento de un eventual legitimario sin ningún tipo de contraprestación económica<sup>30</sup>. Ahora bien, la atribución patrimonial se da a cambio de algo, y precisamente a cambio de la dejación de un derecho sucesorio y futuro lo cual, como quedó dicho más arriba, da al mencionado pacto de apartación un indudable carácter aleatorio<sup>31</sup>.

Refiriéndose a esta característica, dice J. M. Lois Puente que el negocio de apartación tiene en principio carácter aleatorio en un doble sentido: a) desde la óptica del apartante, porque quien hoy tendría el carácter de legitimario podrá no serlo en el momento de la apertura de la sucesión (luego está dando algo actual en pago de la renuncia a una condición que el adjudicatario podrá tener o no). b) para el apartado, porque dando por hecho que la atribución que recibe fuese, en el momento del apartamiento, suficiente o incluso superior a lo que le correspondería recibir, si después cambia a mejor la situación patrimonial del apartante, haría un mal negocio, perdería, ya que no tendría derecho a suplemento<sup>32</sup>. Para este autor de estas dos notas sólo la primera hace aleatorio el contrato. Basándose en la definición del artículo 1790 del CC, estima que contrato aleatorio es aquél en que la prestación de una parte —o de ambas— viene determinada por un acontecimiento incierto. Aquí, la renuncia del apartado dependerá de que llegue o no a ser legitimario por lo que su expectativa de ganancia o pérdida no trasciende al contrato, mientras que la del apartante sí, pues si el apartado falleciera antes que él mismo, no llegará a tener la condición de legitimario y su renuncia no produciría efecto (el apartante habría perdido lo dado).

No estoy totalmente de acuerdo con la opinión citada. A mi juicio, en su configuración típica, el negocio de apartamiento puede ser calificado de aleatorio tanto desde la perspectiva del apartante, puesto que, como señala J. M. Lois Puente, el apartado puede llegar o no a ser efectivamente legitimario<sup>33</sup>, como desde la perspectiva del aparta-

<sup>30</sup> J. M. LOIS PUENTE, *Derecho de Sucesiones...*, op. cit., p. 90; *Comentarios al Código civil...*, op. cit., p. 960. En contra, se pronuncia, A. PILLADO MONTERO, loc. cit., p. 64.

<sup>31</sup> Contra lo que se manifiesta A. DÍAZ FUENTES, op. cit., p. 253.

<sup>32</sup> J. M. LOIS PUENTE, *Derecho de sucesiones...*, op. cit., p. 90.

<sup>33</sup> Por lo tanto estaríamos ante una modalidad de contrato aleatorio en la que se pone a cargo de una de las partes una prestación ya firme y de cuantía concreta —la atribución del apartante— frente a otra aleatoria en cuanto a su existencia —el derecho a la legítima del apartado— (sobre las posibles modalidades del contrato aleatorio, vid. J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil, II. Derecho de obligaciones*, vol. 3.º. *Contratos y cuasicontratos*, Barcelona, Bosch, 1986, p. 452).

do, ya que para él es imposible determinar al tiempo de su celebración si le es o no ventajoso<sup>34</sup>, en la medida en que el patrimonio del apartante puede incrementarse o disminuir en el tiempo que va desde la apartación al fallecimiento y, por lo tanto, al aceptar la atribución a cambio de su futura legítima el apartado está asumiendo un riesgo<sup>35</sup>.

En cualquier caso, no acierto a ver la trascendencia práctica de calificar o no como aleatorio al apartamiento. Parece que J. M. Lois Puente lo hace, sobre todo, a efectos de considerar la suficiencia o insuficiencia de lo atribuido al apartado en relación con la legítima que efectivamente le correspondería en el momento del apartamiento ya que la eventual suficiencia o insuficiencia que pueda darse en el momento de actualizarse la legítima, esto es, en el del fallecimiento del causante, es irrelevante por imperativo legal, como se deduce de lo establecido en el artículo 134.2 de la LDCG *in fine*, cuando expresamente señala «*cualquiera que sea el valor de la herencia en el momento de deferirse*». De ser ese el propósito, considero innecesario el recurso al carácter aleatorio del pacto de apartación para después, con fundamento en tal calificación y presupuesta la incompatibilidad entre aleatoriedad y rescisión por lesión<sup>36</sup>, terminar concluyendo que, sea cual sea el valor de lo atribuido al apartado en relación con lo que le correspondería como legitimario en el instante del apartamiento, no cabrá la rescisión por lesión. Y ello porque como es bien sabido, en el régimen del Código civil aplicable desde luego en este punto a Galicia, la rescisión por lesión en materia de contratos sólo cabe en los casos previstos en el artículo 1291 1.º y 2.º, referidos respectivamente al contrato del tutor sin autorización judicial y al celebrado en representación del ausente cuando la lesión supera la cuarta parte, supuestos ambos que nunca se van a dar en un apartamiento, negocio para el que el artículo 135 de la LDCG exige la plena capacidad de disposición.

---

<sup>34</sup> Señala V. GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (M. ALBALADEJO, dir.), t. XXII, vol. 1.º, Madrid, 1982, pp. 320-321 que generalmente, la idea que se toma como fundamental para la formulación del concepto de contrato aleatorio es la de la imposibilidad de determinar al tiempo de su celebración las ventajas o desventajas que, en definitiva, producirá para los interesados; hasta que el contrato no haya consumado la totalidad de sus efectos, se desconoce el resultado económico.

<sup>35</sup> Sería una modalidad de prestación firme –renuncia a la expectativa legitimaria–, a cambio de otra igualmente segura en cuanto a su existencia, pero dependiendo de la suerte en su cuantía –la atribución del apartante–.

<sup>36</sup> Presuposición más que discutible, porque como señala M. MARTÍN CASALS aleatoriedad y rescisión por lesión no son, ni lo han sido históricamente, figuras incompatibles, a pesar de que otra parezca ser la opinión jurisprudencial. Así, este autor muestra como la doctrina del *ius commune* aplicaba la institución a los tipos de contratos llamados hoy aleatorios y, en general, a todos aquellos contratos en los que la presencia de un *dubius eventus* caracteriza la posibilidad de pérdida y ganancia para ambos contratantes (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXX (M. ALBALADEJO, dir.), Madrid, 1987, p. 522).

Otra cosa es que, con independencia de la naturaleza aleatoria o no aleatoria del pacto de apartamiento, y sobre la base de la analogía o semejanza del mismo con una partición anticipada (parcial) de la herencia, nos cuestionemos si cabe o no aplicar el régimen de la rescisión por lesión en el ámbito del apartamiento. Si entendemos que la respuesta ha de ser positiva, el precepto de referencia sería el artículo 1075 del CC<sup>37</sup> puesto que, interviniendo el futuro causante en el presunto acto particional, el acto de apartamiento semeja más a la partición hecha por el difunto (en concreto a la llamada partición *inter vivos*) que a la partición convencional que está en el supuesto de hecho del artículo 1074 del CC. En consecuencia, el límite de la rescisión sería exclusivamente el perjuicio de las legítimas y por ello, de considerarse aplicable a la situación que nos ocupa, cualquier diferencia de valor (en menos) entre lo atribuido por al apartante y el importe de la legítima del apartado en el momento del apartamiento podría implicar la rescisión del negocio de apartamiento. No creo, sin embargo, que esta haya sido la intención del legislador.

### 3. EL APARTAMIENTO NO ES UNA PARTICIÓN ANTICIPADA DE LA HERENCIA

Lo que acabo de decir me lleva a preguntar por la posibilidad de configurar el apartamiento como una apertura parcial y anticipada de la sucesión del apartante, por la que éste adjudica en vida, pero a título sucesorio y por vía particional, a un legitimario su legítima. Sería una especie de donación-partición parcial similar a la regulada en los Códigos francés o portugués<sup>38</sup>.

Según este criterio, el apartamiento sería un pacto sucesorio que produciría un anticipo en la apertura de la sucesión del eventual futuro legitimario; sería una suerte de partición parcial por el propio causante, pactada con el futuro legitimario, naturaleza que se vería corroborada por la repetición de los dos preceptos relativos al apartamiento en sede de partición<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> Y no el 1074 como parece presumir J. M. LOIS PUENTE, *Derecho de Sucesiones...*, *op. cit.*, p. 93, nota 9, cuando afirma que de entenderse (el apartamiento) rescindible por lesión habría que hacerlo a todos los efectos y en consecuencia sostener que ha de ser superior a la cuarta parte del valor teórico de la legítima corta en el momento de producirse el apartamiento.

<sup>38</sup> Se trataría, respectivamente, de la *donation-partage* recogida en los artículos 1075 ss. del *Code* francés y de la *partilha em vida* acogida en el artículo 2029 del Código portugués.

<sup>39</sup> Es la tesis mantenida por N. RODICIO RODICIO, en un trabajo inédito que cita J. M. LOIS PUENTE, *Comentarios al Código civil...*, t. XXXII, vol. 2.º, pp. 954-955.

Yo creo que, mientras vive el apartante, la apartación no puede tener naturaleza de partición sucesoria, ni siquiera de carácter parcial, ya que una sucesión no se abre hasta que no fallece el causante de la misma; como dice A. Otero, «partir se puede la herencia, pero en el apartamiento no hay todavía herencia»<sup>40</sup>. Otra cosa es, y en realidad así se configuran tanto la *donation-partage* francesa, como la llamada *partilha em vida* del Derecho portugués, que por pacto sucesorio pueda procederse a la partición (total o parcial) de una masa de bienes que, una vez fallecido el ascendiente, puedan tener trascendencia en su sucesión<sup>41</sup>. Pero creo que ni tan siquiera eso se produce en la mayor parte de los apartamientos gallegos.

#### IV. SUJETOS DEL APARTAMIENTO

##### 1. INTRODUCCIÓN

La sistematización y análisis de los requisitos que han de cumplir las personas que intervienen en el pacto de apartamiento se deducen, unos por su contemplación expresa y otros por la lógica del sistema, de los dos preceptos que regulan la figura en la Ley de Derecho civil de Galicia. Así, según el artículo 134 «*Podrá adjudicarse en vida la plena titularidad de determinados bienes de cualquier clase, sin ninguna excepción, a quien tenga la condición de legitimario del adjudicante en el momento de la adjudicación...*», a la vez que a tenor del artículo siguiente «*La apartación precisa la plena capacidad de disposición de los intervinientes*». Con semejante tenor literal no cabe albergar muchas dudas sobre algunos puntos básicos de la institución. En primer lugar, la mención a los «intervinientes» confirma una vez más su naturaleza de pacto sucesorio, que exige –al menos– el acuerdo de voluntades entre el apartante y el apartado. Ello es así a pesar de que el texto del artículo 134 pone el acento de la decisión de apartar en la figura del apartante, con aparente imposición al apartado. Se trata sin embargo de un pacto sucesorio que exige el acuerdo de las dos voluntades; por consiguiente, en la medida en que el artículo 146.3 de la LDCG

---

<sup>40</sup> A. OTERO, «Jurisprudencia bromeando en serio», *Dereito*, vol. 7, 1998-1, pp. 155-163, espc. p. 159. Similar es el criterio de A. DÍAZ FUENTES, *op. cit.*, p. 254, quien dice que no se puede configurar el apartamiento como una operación solutiva de la comunidad hereditaria, porque la herencia aún no está causada.

<sup>41</sup> En realidad tampoco supone verdadera partición en sentido técnico la llamada «partición por el testador», como pone claramente de relieve J. L. LACRUZ BERDEJO, cuando rubrica esta institución como «Evitación de la comunidad. La llamada “partición por el testador”», (*Elementos... V. op. cit.*, p. 169).

excepciona únicamente la apartación de la regla general que prohíbe la renuncia o transacción sobre la legítima no deferida, sólo cabe concluir que en Derecho gallego, a diferencia de lo que sucede por ejemplo en el caso aragonés<sup>42</sup>, y al igual que en Cataluña o Baleares<sup>43</sup>, no es lícita una renuncia a la legítima futura estrictamente unilateral; ni por supuesto, se puede excluir a un presunto legitimario contando con la sola voluntad del futuro causante, salvo que se utilice el mecanismo de la desheredación.

En segundo lugar, el primero de los preceptos citados exige que el adjudicatario tuviera la condición de legitimario del adjudicante en el momento de la adjudicación, lo que a pesar del defecto de la formulación legal, otorga a la figura gallega una amplitud mucho mayor que la que tienen las renunciaciones anticipadas de legítima en los ordenamientos catalán y balear donde únicamente puede excluirse de la legítima a los eventuales legitimarios descendientes; lo mismo sucede en el caso aragonés, si bien en éste la eliminación de los ascendientes y del cónyuge viudo del círculo de posibles abdicantes de futuras legítimas no proviene de una restricción del pacto negativo, sino que es lógica consecuencia de su sistema legitimario, ya que como es sabido, en Aragón la legítima es colectiva y sólo a favor de los descendientes.

En tercer lugar, el artículo 135 de la LDCG exige que ambos sujetos en el pacto tenga plena capacidad de disposición, lo que además de excluir por ejemplo a los emancipados del círculo de intervinientes, plantea serias dudas sobre la virtualidad que en el negocio de apartamiento puede tener la figura de la representación legal; asimismo deja imprejuizada el tema de la representación voluntaria y su posible utilización para este caso concreto.

También entre los requisitos personales, nada dice la ley gallega sobre la vecindad civil que han de tener apartante o apartado, cuestión que sin embargo no es difícil deducir del conjunto del sistema pero sobre la que es preciso detenerse para tomar en consideración, sobre todo, los problemas que plantearía un hipotético y más que posible cambio de vecindad.

Por último, alejándose de lo que parecía ser la costumbre gallega recogida por algunos autores, guarda silencio la norma legal sobre la posible intervención en el acto de otros sujetos, distintos o que se vengan a sumar a los del apartante o apartado, como pudiera

---

<sup>42</sup> Cf. artículo 177.1 de la Ley de 24 de febrero de 1999, de Sucesión por Causa de Muerte de Aragón.

<sup>43</sup> Cf. artículos 377.2.º de la Ley de 30 de diciembre de 1991, Código de Sucesiones de Cataluña, y artículos 50 y 77 de la Compilación del Derecho civil de Baleares, Texto refundido aprobado por Decreto Legislativo de 6 de septiembre de 1990.

ser el caso del cónyuge del primero, o de los otros presuntos legitimarios (v. gr. hermanos del apartado).

Sobre todos estos temas me voy a detener a continuación.

## 2. EL APARTADO HA DE SER LEGITIMARIO PRESUNTO DEL APARTANTE EN EL MOMENTO DE LA ADJUDICACIÓN

Como ya se ha dicho, la ley gallega exige que concurra «*la condición de legitimario del adjudicante en el momento de la adjudicación*», lo cual técnicamente no es muy exacto ya que, por hipótesis, apartante-adjudicante y apartado-adjudicatario son personas vivas y, por lo tanto, éste no puede ser estrictamente legitimario de aquél al no haberse causado aún la sucesión. Es evidente que lo que el legislador quiso decir es que puede ser apartado quien tendría la condición de legitimario del apartante si, en el momento de otorgar el apartamiento, se abriera la sucesión<sup>44</sup>.

Para determinar, pues, quiénes pueden ser apartados es preciso recurrir al párrafo segundo del artículo 146 de la LDCG conforme al cual «*Son legitimarios los herederos forzosos determinados en el Código civil y en la cuantía y proporción que, en los distintos supuestos, establece dicho Cuerpo legal*»; la norma de remisión incorpora pues al Derecho gallego el contenido del artículo 807 que considera herederos forzosos a «*los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes*», «*a falta de los anteriores los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes*» y «*el viudo o viuda en la forma y medida que establece este Código*». En consecuencia, podrá apartarse a los hijos o a los ulteriores descendientes cuando falten los de grado preferente –tema sobre el que volveré–, a los padres cuando no haya descendientes<sup>45</sup> y en todo caso al cónyuge por tener éste siempre la condición de legitimario, cualquiera que sea el círculo de parientes con quien concurra. De esta suerte, como ya he dicho, el círculo de posibles apartados de la legítima es

<sup>44</sup> Para J. M. LOIS PUENTE esta exigencia de la condición actual de legitimario para la validez del pacto, implicaría la posibilidad de impugnarlo por falta de causa si tal condición faltase (*Derecho de Sucesiones...*, op. cit., p. 25, *Comentarios al Código civil...*, t. XXXII, vol. 2.º, p. 963).

<sup>45</sup> No procederá el apartamiento del padre en el caso previsto en el artículo 111 del CC, en el que el progenitor que hubiese sido condenado a causa de las relaciones a las que obedezca la generación o bien si la filiación hubiese sido judicialmente declarada contra su oposición, pierde los derechos que pudiera tener por ministerio de la ley o en sus herencias respecto del hijo, y por lo tanto no acredita derecho a la legítima de su hijo. No obstante, según el párrafo tercero de este mismo artículo 111 «*Dejarán de producir efecto estas restricciones por determinación del representante legal del hijo aprobada judicialmente, o por voluntad del propio hijo una vez alcanzada la plena capacidad*».

mucho más amplio que el de los otros Derechos civiles autonómicos que admiten la abdicación anticipada. Con ello se plantean además muchos asuntos de interés práctico.

Así por ejemplo, algún autor que se ha acercado a la figura se ha preguntado si cabe apartar el nieto si vive el hijo o hija, padre o madre de aquél, fundamentando la respuesta negativa con el dato de que, conforme al artículo 148 de la LDCG, el apartado no hace número y este efecto no se puede dar respecto del nieto si vive el padre o la madre, porque en tal caso, el nieto tampoco haría número aunque no hubiese apartación<sup>46</sup>. Frente a ello se podría argumentar que según el texto vigente del artículo 808.2 del CC, conforme al respecto con la doctrina tradicional, se puede mejorar al nieto en vida de los padres y, puesto que la mejora es legítima, cabe entender que en alguna medida, los nietos son legitimarios del abuelo aún en vida del padre. Con todo me parece más acertado considerar que no es posible apartar al nieto en vida de su padre. Ello es así, además de por la razón que ya ha sido expuesta, porque genuinamente entre descendientes la mejora se comporta como la parte de libre disposición y en realidad sólo es legítima fuera del grupo de los descendientes, luego el argumento señalado pierde su validez. Sobremanera, cabe considerar que el apartamiento de hijos y descendientes sólo tiene verdadero sentido en relación con la legítima estricta, que en realidad es la única parte de la herencia «intangibles» sobre la que el causante no tiene capacidad de disposición; salvo, por supuesto, que el descendiente sea legitimario único, en cuyo caso sólo hay legítima y tercio de libre disposición. En todo caso, como se verá al estudiar sus efectos, la apartación del hijo excluye de la legítima a su estirpe y, por lo que, tampoco es preciso apartar a los nietos en caso de que, previamente, hayan sido apartados sus padres.

Hay que considerar, en fin, que no existe ningún inconveniente en apartar a todos los posibles legitimarios, en cuya hipótesis no procede el llamamiento a los que serían legitimarios de grado u orden posterior, sino que la consecuencia sería, de no sobrevenir otros legitimarios eventuales no apartados, la extinción de la legítima global y la obtención, por el apartante, de la plena libertad de disposición<sup>47</sup>. Esto se deriva, en el caso de los descendientes, además de la referencia a la vinculación de sus sucesores y legitimarios que contiene el artículo 135 de la LDCG, del juego de las reglas que el Código civil, directamente aplicable en este punto en el ordenamiento gallego, tiene en materia de representación suce-

---

<sup>46</sup> V. GUTIÉRREZ ALLER, *Réxime...*, op. cit., p. 93.

<sup>47</sup> V. GUTIÉRREZ ALLER, *Réxime...*, op. cit., p. 93; A. DÍAZ FUENTES, op. cit., p. 260.



soria; en efecto, según resulta de los artículos 761 y 857 del CC, sólo cabe la entrada de los descendientes de grado ulterior en la legítima del ascendiente causante si el legitimario de grado preferente fallece antes que el causante o si el hijo es indigno o ha sido desheredado, lo que confirma también el artículo 929 cuando excluye la posibilidad de representar a una persona viva salvo en los casos de desheredación o incapacidad. En la misma línea se sitúa el artículo 766 del CC, de donde se desprende que el que renuncia a la herencia no transmite derecho alguno a sus herederos<sup>48</sup>. Por lo tanto, queda fuera del ámbito de la representación sucesoria el supuesto de apartamiento del descendiente de grado preferente. Cabría incluso aludir al artículo 985.2 del CC<sup>49</sup>, precepto que presupone que el *status* de legitimario del repudiante se extingue tanto para él como para su estirpe, puesto que «*por derecho propio*» es absorbido por los colegitimarios<sup>50</sup>. El único precepto que podría alegarse para mantener la tesis contraria, que admitiría el llamamiento a los legitimarios de grado u orden posterior en caso de apartamiento de todos los legitimarios de grado preferente, sería el artículo 923 del CC, según el cual «*Repudiando la herencia el pariente más próximo, si es solo, o, si fueren varios, todos los parientes más próximos llamados por la ley, heredarán los del grado siguiente por su propio derecho y sin que puedan representar al repudiante*»; sin embargo, esta norma, además de ser aplicable únicamente en el caso de que procediese la apertura de la sucesión intestada, no implica la entrada de nuevos legitimarios cuando se produzca la repudiación de todos los preferentes, ya que los descendientes que suceden de conformidad con ella no tienen la condición de legitimarios, y son únicamente herederos intestados<sup>51</sup>.

<sup>48</sup> Al menos en la interpretación tradicional que confirma incidentalmente la STS de 23 de septiembre de 1992, RJA, 1992, núm. 7.019. De esta interpretación se aparta A. GORDILLO CAÑAS, para quien cabría otra inteligencia del artículo 766 del CC que le daría mayor sentido, y conforme a la cual vendría a significar que cuando el heredero instituido no llega a heredar (por premoriencia, incapacidad o renuncia) se observará lo dispuesto para los casos de incapacidad o desheredación; esto es, que le representarán sus descendientes. La virtualidad del precepto estaría, según el autor citado, en extender la comunidad de efectos prevista en los artículos 761 y 857 a todos los casos en que el instituido heredero no llega a heredar; en independizar el derecho de los descendientes ulteriores del causante respecto de las circunstancias personales o los comportamientos reprobables o caprichosos del primer llamado; en definitiva, en reforzar la imperatividad e indisponibilidad de la legítima de los descendientes, en beneficio de los de grado ulterior (*Comentario del Código civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1880).

<sup>49</sup> Conforme a este precepto «*Si la parte repudiada fuere la legítima, sucederán en ella los coherederos por su derecho propio, y no por el derecho de acrecer*».

<sup>50</sup> J. VALLET DE GOYTISOLO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales dirigidos por M. ALBALADEJO*, t. XI, 2.ª ed., Madrid, 1982, p. 38.

<sup>51</sup> Por todos, M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, *La legítima en la sucesión intestada en el Código civil*, Madrid, 1996, p. 122, quien recoge la doctrina más significativa en el sentido

Sería pues ilógico que si el apartamiento no da entrada a los descendientes del apartado en la sucesión del apartante, a quienes el sistema llama con preferencia, se la de a los ascendientes, siempre llamados entre los eventuales legitimarios con carácter subsidiario, es decir, a falta de descendientes<sup>52</sup>.

Por su parte, si se apartan a todos los descendientes o, en su caso, a todos los ascendientes, entiendo que no ha de verse incrementada la legítima del cónyuge viudo como si aquéllos no existieran (art. 838 del CC), sino que su cuota en usufructo habra de ser, según corresponda, a la de los artículos 834 y 835 del CC. A ello no se opone a mi parecer la referencia a que el apartado «*no hace número*» del artículo 148 de la LDCG, que sólo tiene sentido en la determinación de la legítima individual entre varios legitimarios del mismo orden. Otra cosa será, y ello puede ser frecuente, que el apartante acuerde la apartación de sus descendientes o ascendientes, precisamente por la intención de ejercitar su recuperada libertad dispositiva en beneficio de su cónyuge (piénsese en la existencia de un segundo matrimonio con hijos del anterior), pero ello ocurrirá precisamente por el ejercicio de esa libertad y no porque se haya automáticamente incrementado la legítima viudal<sup>53</sup>.

### 3. APARTANTE Y APARTADO HAN DE TENER PLENA CAPACIDAD DE DISPOSICIÓN

La ley gallega exige expresamente la plena capacidad de disposición de los intervinientes en el apartamiento, lo que excluye la posibilidad de que puedan actuar como apartantes o apartados los menores, aunque estén emancipados<sup>54</sup> o los que hayan sido judicialmente incapacitados. Ello confirma la naturaleza dispositiva de

---

de que la repudiación de todos los legitimarios de orden y grado preferente extingue la legítima, y que ésta no pasa al grado u orden sucesivo.

<sup>52</sup> El supuesto es en buena medida similar al que se plantearía en el régimen del Código civil en el caso de que sean desheredados justamente el descendiente único o todos los descendientes y en el J. VALLET DE GOYTISOLO se plantea si la legítima desaparecerá o bien se producirá una especie de «*successio graduum et ordinum*» que situaría como legitimarios a los ascendientes supérstites; se decanta por la primera respuesta pues «la designación de los ascendientes como legitimarios es subsidiaria y tan sólo se previene para el supuesto de inexistencia de descendientes legítimos, pero no para los casos de repudiación y desheredación o indignidad de éstos» (*Comentarios al Código civil... t. XI, op. cit.*, p. 593).

<sup>53</sup> Puede incluso que el cónyuge concorra a la herencia con los legitimarios apartados; ello sucederá cuando se produzca la apertura de la sucesión intestada, en cuyo caso los descendientes o ascendientes apartados entrarán en la sucesión como herederos intestados, y no como legitimarios.

<sup>54</sup> A diferencia de lo que sucede, por ejemplo, con la definición mallorquina, en la que siguiendo la tradición histórica cabe que se defina el menor emancipado (*cf.* art. 50 de la Compilación balear).

los actos tanto del apartante-atribuyente, como del apartado que abdica de su expectativa legitimaria<sup>55</sup>.

La imposibilidad de que intervengan como apartante o apartado los menores emancipados, aún contando con el complemento de capacidad de los padres o del curador, supone una diferencia entre la renuncia *ex ante* que el apartamiento significa y la repudiación de la herencia una vez causada ésta, ya que según la opinión más común el menor emancipado puede, por sí sólo, repudiar la herencia o rechazar el legado<sup>56</sup>.

A pesar de que la reforma del Código civil de 1983 pretendió diferenciar la situación de prodigalidad de la incapacitación propiamente dicha, entiendo que la restricción a las facultades de actuación sobre el propio patrimonio que la prodigalidad significa implica que los declarados pródigos no puedan otorgar válidamente un pacto de apartamiento, salvo que la sentencia diga otra cosa<sup>57</sup>.

#### 4. CARÁCTER PERSONALÍSIMO DEL ACTO

Se ha planteado ya la doctrina la cuestión de si es necesaria la intervención personal de apartante y apartado en el negocio de apartamiento o si es posible la representación, o lo que es lo mismo, si el pacto de *non succedendo* que el apartamiento significa es, al igual que el testamento, un negocio personalísimo o si cabe su otorgamiento a través de representante. La cuestión queda limitada al ámbito de la representación voluntaria, puesto que la exigencia de plena capacidad de disposición impide, a mi juicio, que entre en juego la llamada representación legal.

En relación con la representación voluntaria los autores gallegos se pronuncian, en general, por la respuesta afirmativa, con menores o mayores restricciones. Así, mientras para V. Gutiérrez Aller ningún precepto consagra el carácter personalísimo del negocio, por lo que éste podrá formalizarse por medio de apoderado<sup>58</sup>, opinión muy similar a la sostenida por A. Díaz Fuentes<sup>59</sup>, la postura de J. M. Lois Puente es un poco más restrictiva al estimar que

<sup>55</sup> Vid. *supra*. También, A. DÍAZ FUENTES, *op. cit.*, p. 258.

<sup>56</sup> Por todos, J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos... V, op. cit.*, p. 98.

<sup>57</sup> Vid. ahora artículo 760.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil).

<sup>58</sup> *Réxime...*, *op. cit.*, p. 93.

<sup>59</sup> «La renuncia a la legítima no es un acto personalísimo y, por tanto, se puede dar poder a otro para realizarla» (A. DÍAZ FUENTES, *op. cit.*, p. 258).

sólo cabría la representación voluntaria cuando el poder contemple expresamente el concreto negocio de apartamiento<sup>60</sup>.

Aunque no niego que la admisión de la representación voluntaria pudiera tener sentido, por ejemplo, en el caso de que se quisiera apartar a un descendiente emigrado en lejanas tierras, lo que como es sabido no es infrecuente en Galicia, con el régimen actual debe proscribirse totalmente la posibilidad de representación en el apartamiento. Entiendo que ello es derivación necesaria de la trascendencia de cualquier pacto sucesorio que exige, salvo autorización expresa en contrario, al modo que sucede por ejemplo con la renuncia a la herencia en el BGB, la concurrencia personal de los intervinientes en el acto. Tal es la opinión de nuestra mejor doctrina<sup>61</sup> que se confirma, por ejemplo, en el artículo 64 de la reciente Ley de Sucesiones a Causa de Muerte de Aragón<sup>62</sup>. Que la Ley de Derecho Civil de Galicia sólo haga referencia expresa al carácter personalísimo en relación con uno de los pactos que recoge (precisamente el de mejora en el artículo 129), no es porque nos hallemos aquí ante una excepción a la regla general contraria, sino ante la previsión para un caso concreto de lo que ha de ser la regla general que hubiera debido ser recogida en una, inexistente, rúbrica referida a la doctrina común a todos los pactos sucesorios<sup>63</sup>. Además puede decirse que si al testamento se le impone la exigencia del personalismo, con mayor razón a una disposición como la paccionada que, en principio, resulta más gravosa para los disponentes dado su carácter generalmente irrevocable<sup>64</sup>.

Entiendo que, aún cuando se mantenga la distinción teórica entre las figuras del representante y el mero nuncio que actúa como

---

<sup>60</sup> *Derecho de Sucesiones...*, op. cit., p. 95; *Comentarios al Código civil... t. XXXII, vol. 2.º*, op. cit., p. 964.

<sup>61</sup> J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos... V*, op. cit., pp. 385-386, con cita de la STS de 30 de mayo de 1978, RJA, 1978, núm. 1953, que aparentemente sigue la postura contraria.

<sup>62</sup> Aunque es cierto que el artículo 67 del CSC admite el otorgamiento del pacto de heredamiento mediante poder especial, que la doctrina en general interpreta como alusivo a la figura del *nuntius* (J. J. LÓPEZ BURNIOL, *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña, t. I*, op. cit., p. 334); por su parte, la ley 173 del Fuero Nuevo navarro, en las normas generales sobre pactos sucesorios bajo la rúbrica «Carácter personalísimo. Delegación», se dice literalmente «*El otorgamiento del pacto sucesorio es personalísimo. No obstante, puede delegarse en otra persona su formalización, siempre que en el correspondiente instrumento de poder conste esencialmente el contenido de la voluntad*». En general, sobre el personalismo formal en los contratos sucesorios, C. I. ASÚA GONZÁLEZ, *Designación de sucesor a través de tercero*, Madrid, 1992, pp. 28 ss.

<sup>63</sup> El carácter personalísimo del acto no puede derivarse, como conclusión, de la exigencia de plena capacidad de disposición, como erróneamente hace D. BELLO JANEIRO, *El ejercicio de la competencia en materia civil por la Comunidad Autónoma de Galicia*, Madrid, 1999, p. 199; lo que no cabe, por esta razón, es la llamada representación legal, pero en absoluto impide la representación voluntaria.

<sup>64</sup> I. MONASTERIO ASPIRI, *Los pactos sucesorios en el Derecho vizcaíno*, Bilbao, 1994, p. 552, hablando en general del personalismo en los pactos sucesorios.

transmisor de la voluntad ya formada de una de las partes<sup>65</sup>, no cabría siquiera la utilización de esta última figura ya que, siendo el apartamiento un negocio formal, el autor de la declaración, que nunca puede ser el nuncio, es quien debe actuar formalmente, y por lo tanto ha de concurrir al otorgamiento del acto<sup>66</sup>; por ello a mi juicio no es posible la intervención del *nuntius*<sup>67</sup>.

## 5. ¿PUEDEN INTERVENIR OTROS SUJETOS?

La cicatera regulación legal del apartamiento deja sin respuesta la pregunta sobre la posible celebración de un negocio de apartamiento entre el apartado y otra persona distinta del causante de la legítima de cuya abdicación se trata. Aparentemente, el tenor literal del artículo 134 se pronuncia por la respuesta negativa al exigir que el apartado tenga «*la condición de legitimario del adjudicante en el momento de la adjudicación*», con lo que parece que adjudicante-apartante y adjudicatario-apartado son protagonistas imprescindibles del negocio. Por consiguiente, el futuro causante ha de ser, en todo caso, la parte contractual del apartado y la renuncia sólo afectan a las consecuencias hereditarias derivadas de la muerte de ese causante. Sin embargo, no creo que el texto de la ley impida cualquier intervención de otros posibles sujetos en el negocio de apartamiento, al menos cuando concurren también el titular de la expectativa legitimaria y el futuro causante<sup>68</sup>.

Así, por ejemplo, cumple cuestionarse si en un negocio de apartamiento celebrado entre apartante-futuro causante y apartado-eventual legitimario, deben otorgar su consentimiento los otros legitimarios presuntos que, obviamente, se van a ver afectados por el

<sup>65</sup> Distinción que, en lo sustancial, niega L. Díez-PICAZO, *La representación en el Derecho privado*, Madrid, 1992, Reimpresión de la ed. de 1979, p. 56.

<sup>66</sup> Como dice W. FLÜME, *El negocio jurídico. Parte general del Derecho civil, t. II*, 4.<sup>a</sup> ed., trad. J. M.<sup>a</sup> MIQUEL/E. GÓMEZ CALLE, Madrid, 1998, p. 882 «En un negocio que deba ser documentado formalmente, sólo puede intervenir otra persona, distinta de las partes, siempre que lo haga como representante, no como nuncio». Salvo que se admita la posibilidad de una aceptación posterior del apartamiento por el renunciante, lo que según mi criterio no es posible.

<sup>67</sup> En contra, J. I. IGLESIAS REDONDO, *Manual de Derecho civil gallego*, Madrid, 1999, p. 268.

<sup>68</sup> La definición mallorquina sólo cabe entre el futuro legitimario definido y el ascendiente del que reciba la donación, atribución o compensación, aunque parece que no excluye la posibilidad de que dos cónyuges definan conjuntamente a uno de sus hijos o descendientes (cf. art. 50 CB); en cambio, según el artículo 70 de la misma CB, en el pacto de finiquito de legítima la donación, atribución o compensación puede ser hecha tanto por el ascendiente como por «su heredero contractual» en vida de aquél. En la LSCM de Aragón, todos los pactos sucesorios necesitan de la concurrencia del causante de la sucesión, lo que se confirma respecto de la renuncia de la herencia futura en el artículo 84; sin embargo, no queda excluida la intervención de terceros (cf. art. 62).

negocio. Cabalmente, la respuesta es negativa si este último consentimiento se plantea en términos de concurrencia necesaria ya que, a diferencia de lo que sucedía en el artículo 88 del texto propuesto por la Comisión no Permanente de Derecho civil de Galicia, la ley vigente no exige dicho consentimiento. Los otros legitimarios habrán de pasar pues por el resultado del apartamiento, sin perjuicio de que, como después se verá, lo atribuido haya de ser objeto de computación e imputación en la herencia del apartante y pueda ser objeto de reducción si perjudica las legítimas de los otros legitimarios con quienes no se contó. A mi juicio, la no exigencia del consentimiento de los otros posibles afectados es un argumento más para excluir la naturaleza particional del negocio de apartación. Otra cosa es que dicho consentimiento se otorgue efectivamente, si bien ha de tomarse en consideración que dicho consentimiento nunca podrá ser interpretado como una renuncia o transacción sobre sus propias legítimas o sobre las acciones protectoras de las mismas, ya que la regla general es que se prohíben estos negocios abdicativos, salvo el supuesto del propio apartamiento (art. 146.3 LDCG).

Otro tema interesante en relación con los posibles intervinientes en el negocio es el de la virtualidad de que los dos padres conjuntamente puedan proceder al apartamiento de un hijo común, obviamente legitimario de ambos, recibiendo bienes de uno sólo de ellos. Algunos antecedentes de la institución a los que ya se ha hecho referencia apostaban claramente por esta posibilidad, como era el caso del texto propuesto en las conclusiones del I Congreso de Derecho gallego, en el que se decía «O pai ou a nai no seu respectivo haber, ou entrambos os dous conxuntamente para os bens gananciáis, poderán «apartar» en vida, total ou parcialmente, a calquera dos seus presuntos herdeiros forzosos, mediante a entrega de diñeiro ou doutros bens. Este pacto obriga aos contratantes e máis aos seus herdeiros». Con el texto legal vigente la solución, sin embargo, es menos clara. A primera vista el artículo 134 de la LDCG exige que los bienes con los que se aparta sean del «adjudicante», lo que como mucho posibilitaría que un progenitor apartase con bienes propios y con la mitad de los bienes gananciales<sup>69</sup>, pero nunca con bienes privativos del otro progenitor. Sin embargo, existen razones más que convincentes para llegar a la conclusión cabalmente contraria<sup>70</sup>. Así, en primer

<sup>69</sup> Lo que plantearía nuevas cuestiones en relación con la eficacia de dicha disposición (cf. arts. 1379 y 1380 del CC, pero referido a las disposiciones testamentarias de bienes gananciales).

<sup>70</sup> En el caso de la definición mallorquina, la SAP de Baleares de 29 de noviembre de 1991, AC 199/1992, marginal 488, contemplaba un supuesto en el que el definido había aceptado la donación de un bien propiedad de su madre, pero en pago de los derechos legitimarios que pudieran corresponderle en la herencia de sus dos progenitores, por lo que dio

lugar, la propia configuración de la legítima gallega que admite numerosas excepciones al principio de intangibilidad cualitativa en el punto que se refiere a la necesidad de que sea pagadera precisamente con bienes del causante, pudiendo satisfacerse en muchos casos en dinero extraherencial<sup>71</sup>, lo que con mayor razón, dada su mayor debilidad como derecho subjetivo, podría ser aplicado a la mera expectativa legitimaria. Pero además juega de modo definitivo a favor de la licitud de un pacto a tres bandas como el descrito la analogía con la figura introducida por el legislador gallego en el artículo 158.2 de la propia LDCG, merced a la cual en la partija conjunta por ambos cónyuges, el haber correspondiente a cualquier sucesor de una o de ambas herencias, sea o no legitimario, puede ser satisfecho con bienes de un solo cónyuge, pudiendo quedar excluido de los bienes del otro. Sin duda se trata de un precepto pensado para la satisfacción de las legítimas (y de las herencias) cuando éstas sean causadas, pero que creo que con mayor razón puede ser aplicado analógicamente al pago de expectativas legitimarias pues, con toda certeza, en su filosofía subyace, sobre todo, el deseo de los cónyuges de regular conjuntamente y de manera unitaria sus respectivas sucesiones, lo que probablemente tratándose de patrimonios pequeños y con mayoría de bienes comunes, como ocurrirá en los casos más numerosos, subyace también en muchos negocios de apartación. Además, los problemas más enjundiosos que plantea la partición conjunta del artículo 158.2 de la ley gallega derivan, precisamente, de la fase de pendencia que se da entre el fallecimiento de ambos cónyuges, durante el cual un legitimario puede haber recibido íntegramente su legítima o, por el contrario, no haberla recibido en absoluto<sup>72</sup>, pudiendo producirse variaciones en la cuantía de la mentada legítima derivadas, por ejemplo, de los incrementos o dis-

---

carta de pago por «definición» de tales derechos respecto de la herencia, no sólo de la madre donante, sino también del padre. La sentencia afirma respecto a la validez de un pacto de definición como el descrito que «Esta posibilidad de que la renuncia a no reclamar derechos en la futura sucesión de su progenitor se preste en consideración a una atribución lucrativa que proviene del patrimonio de otro, no está prevista en la Compilación, aunque tampoco puede estimarse prohibida y, menos, a partir de la entrada en vigor de la reforma practicada en el texto por la Ley de 28 de junio de 1990, puesto que ahora el nuevo párrafo 1.º del artículo 48 facilita que la legítima se abone en bienes que no sean de la herencia. Además y habida cuenta del carácter global que revistió la más arriba aludida distribución familiar de bienes, cabe comprender, dentro del amplio concepto de ventaja que utilizaba el artículo 50 de la redacción aplicable para la resolución del litigio, la indirecta de recibir un determinado bien, de mayor valor o de particular predilección, existente en el patrimonio de la madre a cambio, cabalmente, de no obtener nada material del padre».

<sup>71</sup> Vid. el estudio de los mismos en M. P. GARCÍA RUBIO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXXII, vol. 2.º, op. cit., pp. 1177 ss.

<sup>72</sup> Vid. los problemas prácticos suscitados por la figura, expuestos por F. ALBA PUENTE, *Derecho de sucesiones de Galicia, Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995*, op. cit., pp. 242 y ss.

minuciones en el patrimonio del cónyuge sobreviviente. Pues bien, todos estos problemas están obviados en el caso del apartamiento conjunto de ambos cónyuges, en los que puede liquidarse con carácter definitivo las legítimas paterna y materna del apartado con bienes de uno sólo de los progenitores o con bienes comunes de ambos; esta última opción puede hacerse además sin liquidación alguna de la sociedad de gananciales, facilitándose con ello el proceso de manera muy significativa.

Asimismo plantea notable interés práctico la cuestión de decidir si un colegitimario de quien abdica de su legítima puede ser quien satisfaga anticipadamente ésta, en lugar de futuro causante. El principio general que deriva del artículo 146.3 de la LDCG que impide la renuncia o transacción sobre la legítima futura excepción hecha de las excepciones «previstas» en la ley, obliga a interpretar el negocio de apartamiento en su sentido literal, lo cual impide la validez de un pacto de renuncia a la legítima entre colegitimarios, sin la concurrencia –parafraseando la frase histórica– de la persona de cuya sucesión se trate. Este pacto de *hereditate tertii* está, como todos los de esta índole, proscrito en el sistema<sup>73</sup>. Mayores dificultades plantea la admisibilidad o no de un negocio celebrado efectivamente entre apartante-futuro causante, apartado-futuro legitimario y otro y otros colegitimarios (o heredero extraño), en el que precisamente estos terceros aporten los bienes o el dinero con el que el padre procede al apartamiento del abdicante. Se trataría de un acto complejo en el que coexistiría algo así como un negocio de apartamiento acompañado de un pago por tercero con consentimiento del deudor. Planteándose esta situación J. M. Lois Puente señala que el tenor literal del artículo 134 parecería excluir esta posibilidad, pero que el argumento sistemático, en cambio, favorece la respuesta afirmativa al permitir el pago de la legítima (y aquí hablamos de una expectativa legitimaria que es algo cualitativamente de menor entidad) con dinero extraherencial «*cuando se convenga así entre el legitimario y el obligado al pago de la legítima*» y en el pacto de mejora<sup>74</sup>. A ello cabría oponer que por mucho que la expectativa legitimaria sea algo de menor entidad que la legítima, el pacto entre heredero y legitimario al que se refiere el artícu-

---

<sup>73</sup> En el mismo sentido, J. M. LOIS PUENTE, *Derecho de Sucesiones...op. cit.*, p. 96; *Comentarios al Código civil... t. XXXII, vol. 2.º, op. cit.*, p. 966. En cambio era admisible en el texto propuesto en el I Congreso de Derecho gallego en el que se decía «*Entenderáse o mesmo cando a «apartación» a faga da súa conta outro presunto herdeiro en vida dos seus pais*». Aunque F. LORENZO MERINO entiende que el caso tradicional ha sido, precisamente, el del mejorado que aparta por su cuenta a sus hermanos (*El Derecho civil de Galicia y la Propuesta de Compilación de 22 de marzo de 1991*, Santiago de Compostela, 1992, p. 56).

<sup>74</sup> J. M. LOIS PUENTE, *ibid.*



lo 149 en su letra b) sólo se puede referir a una legítima ya causada y es una mera aplicación del principio general de autonomía de la voluntad<sup>75</sup>, que excluye absolutamente la intervención del causante de la sucesión y, por lo tanto, no guarda similitud con lo que ahora se plantea. Sin embargo, yo también creo que un pacto trilateral como el descrito ha que tener cabida en la ley gallega. Abogan por ello, además de los principios generales del Derecho de Obligaciones que admiten la validez y plena eficacia del pago por tercero como mecanismo de extinción de la deuda, las razones prácticas que expone J. M. Lois Puente en el sentido de que en la realidad un acuerdo de este tipo permitirá por ejemplo, que cuando se trate de apartar a uno o varios hijos para que otro reciba la totalidad de la explotación familiar, si los padres no tienen liquidez, el hijo favorecido pueda pagar ahora en lugar de tener que esperar al momento de apertura de la sucesión<sup>76</sup>. La concurrencia de las tres voluntades evita (o al menos minora ostensiblemente) la posibilidad de abusos y fraudes.

Parcialmente distinto sería el caso de apartamiento realizado a través del pago de un tercero (heredero del causante o colegitimario del apartado) en el que las voluntades del causante, del apartado y del tercero pudiesen no coincidir en el mismo acto. Me refiero al supuesto que, según demuestran algunos antecedentes bibliográficos y jurisprudenciales, gozó de cierta tradición en Galicia<sup>77</sup> por el cual es el causante quien pacta con el tercero (a quien instituye heredero o a quien mejora) la obligación de que satisfaga anticipadamente la legítima de sus colegimarios. Así, parece que era relativamente común incluir en la mejora de labrar y poseer la cláusula por la que el mejorado se obligaba a entregar a sus hermanos, cuando se casasen o dejasen de vivir en la casa una cantidad equivalente al importe de su legítima estricta<sup>78</sup>, aunque no quedaban muy claros los efectos del cumplimiento de tal obligación. La parquedad de la ley gallega en los preceptos relativos al pacto de mejora y a la mejora de labrar y poseer explica que no se mencionen cláusulas que tradicionalmente aparecían en este tipo de instituciones, a modo de cargas que gravarían al mejorado a favor del mejorante o de su cónyuge, o de los otros hijos<sup>79</sup>, lo que no impide que su licitud haya sido considerada por los comentaristas de la

---

<sup>75</sup> M. P. GARCÍA RUBIO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, dirigidos por M. ALBALADEJO/S. DÍAZ ALABART*, t. XXXII, vol. 2.º, Madrid, 1997, p. 1178.

<sup>76</sup> J. M. LOIS PUENTE, *ibid.*

<sup>77</sup> Cf. la STS de 6 de abril de 1915, ya citada.

<sup>78</sup> A. DE FUENMAYOR CHAMPÍN, «Derecho civil de Galicia...», *op. cit.*, p. 247.

<sup>79</sup> No se refiere a ello la letra c) del artículo 149 de la LDCG, que presupone una legítima ya causada.

ley<sup>80</sup>. Ahora bien, ¿es lícito que una de estas cargas consista precisamente en satisfacer anticipadamente la legítima, por ejemplo, del hermano del mejorado cuando éste abandona la casa familiar?; y en su caso, ¿una cláusula de este tipo puede presuponer —con el consentimiento del renunciante— el finiquito definitivo de los derechos legitimarios de quien resulta pagado? A situaciones similares a ésta parece referirse A. Díaz Fuentes cuando entiende que nada se ha de objetar a que el resultado atributivo a favor del legitimario no venga directamente del potencial causante, sino que se pudiese realizar por medio de un contrato con otra persona como estipulación a favor del legitimario, con tal de que se plasmasen los elementos del negocio dispuesto en el artículo 134 y fuese efectivamente cumplida la atribución<sup>81</sup>. El autor encauza la posibilidad a través de la figura del contrato a favor de tercero acompañado de la renuncia a la legítima del estipulante por el beneficiario; así señala que el estipulante concierta con el promitente una atribución patrimonial para el beneficiario (futuro legitimario) y éste otorga la renuncia a la legítima del estipulante. Perfeccionado el negocio con el promitente para que entregue al legitimario lo que se conviniese que éste reciba, bien podría reputarse a aquél como un ejecutor de la disposición del estipulante y en todo caso con la efectividad de la entrega se produciría la ratificación<sup>82</sup>. A mi juicio la licitud de un negocio de este tipo pasa por algunas matizaciones. Entiendo que la configuración que la ley gallega hace del pacto de apartamiento exige necesariamente la concurrencia imprescindible de las voluntades conjuntas y cruzadas, como si de una oferta y una aceptación se tratase, del apartante y del apartado, por lo que en todo caso sería imprescindible que ese contrato a favor de tercero entre el causante-estipulante y el promitente concurriese el presunto legitimario prestando su consentimiento. Es posible, desde luego, que ese consentimiento no se prestase en el mismo momento en el que, por ejemplo, el futuro causante (estipulante) y el mejorado (promitente), otorgan el pacto de mejora, y que pueda ser otorgado en un tiempo posterior, tal vez, cuando el favorecido contrae matrimonio o abandona la casa paterna, en cuyo caso la unidad de acto que predico para el apartamiento exige el mantenimiento del futuro causante en su voluntad en ese preciso momento; siempre, por supuesto, en vida del futuro causante, pues en otra circunstancia se trataría

---

<sup>80</sup> Vid. la mención de la posibilidad de incluir estas cargas o gravámenes, M. A. PÉREZ ÁLVAREZ, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXXII, vol. 2.º, op. cit., p. 895-905.

<sup>81</sup> A. DÍAZ FUENTES, ... op. cit., p. 261.

<sup>82</sup> A. DÍAZ FUENTES, ... op. cit., pp. 261-262.

de una legítima ya deferida a cuyo pago por un colegitimario nada cabría objetar. La prestación del promitente ha de cumplir, por otro lado, los requisitos objetivos que exige la figura del apartamiento a los que tendremos ocasión de aludir posteriormente («*plena titularidad de determinados bienes de cualquier clase*»). La dificultad en orden a la admisión de estos acuerdos trilaterales que implica la referencia a que los bienes han de ser precisamente del «adjudicante», debe de ser salvada por las razones prácticas antedichas, además de que la interpretación de la institución de conformidad con la tradición jurídica gallega, o al menos con la doctrina que la encarna (art. 2.º.2 LDCG), ha de derivar en la admisibilidad el pactos a tres bandas que pretenden disciplinar de manera unitaria y coordinada una determinada sucesión, en salvaguarda de la integridad y continuidad de los patrimonios familiares.

## 6. VECINDAD CIVIL GALLEGA DEL APARTANTE. LOS PROBLEMAS SUSCITADOS POR EL CAMBIO DE VECINDAD

El pacto de apartamiento supone la extinción, en principio, con carácter definitivo de los derechos legitimarios del apartado en la sucesión del apartante. Por lo tanto, sus implicaciones se producen exclusivamente en la sucesión de este último. De conformidad con el artículo 16 del CC, en los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional, se aplicarán las normas de DIPr., que en punto a la sucesión *mortis causa*, se recogen en el artículo 9.8.º del CC que comienza diciendo que «*La sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento....*», añadiendo poco después «*Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la Ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, aunque sea otra la ley que rija la sucesión*», introduciendo a continuación «*si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última*».

De una primera lectura de los términos transcritos de este precepto parecen derivarse varias conclusiones. En primer lugar, que la única vecindad civil relevante a efectos de determinar la aplicación o no de la ley gallega a un negocio de apartamiento es la del apartante, causante de la sucesión, y en ningún caso la del apartado. En segundo término, que dicha aplicación resultará incontrovertida y el pacto de apartamiento desplegará todos sus efectos en el caso

de que tanto en el momento del otorgamiento del mismo, como en el de su fallecimiento, el apartante causante ostentase la vecindad civil gallega, aunque hubiesen tenido otra en un tiempo intermedio. En tercer lugar, que las situaciones verdaderamente problemáticas se producirán en caso de que entre el momento de celebración del pacto y el del fallecimiento del apartante se hubiese operado un cambio de vecindad que la muerte del apartante transforma en definitivo. Esto último puede ocurrir porque una persona de vecindad gallega otorgue con uno de sus futuros legitimarios un pacto de apartación y posteriormente cambie su vecindad, con la que fallece. Si muere sometido a un ordenamiento en el que el sistema legitimario es más flexible que el gallego y en el que además se permite la renuncia a la legítima con cierta amplitud, no parece que el imperativo respeto a las legítimas de la ley que rige la sucesión, impuesto por el artículo 9.8.º, pueda significar merma alguna de la regla que, como excepción a la más general con la que se inicia el precepto, sanciona la validez de los pactos sucesorios hechos de conformidad con la ley del disponente en el momento del otorgamiento; esto ocurrirá, por ejemplo, en el caso del apartamiento de un hijo, cuando el apartante gallego fallece después con vecindad civil navarra, o aragonesa, o balear o catalana<sup>83</sup>. Mucho más enjundiosa será la situación en la que quien actuó como apartante gallego, adquiera posteriormente la vecindad civil común, donde como ha sido reiterado en este trabajo, se prohíbe sin aparente excepción la renuncia anticipada a la legítima en el artículo 816 del CC, y donde el necesario respeto a las legítimas del Código civil que impone en este tipo de casos la excepción a la excepción del artículo 9.8.º de este cuerpo legal, vendría a derivar en la plena eficacia de los pactos sucesorios válidos según la vecindad del disponente en el momento del otorgamiento, salvo que se tratase de pactos relativos a la legítima, en cuya situación se aplicarán las normas de protección de ésta; lo que es lo mismo, el pacto de apartamiento no sería válido ni produciría sus efectos extintivos de la legítima del apartado<sup>84</sup>.

---

<sup>83</sup> Más discutibles serían los casos de apartamiento de ascendientes o del cónyuges, cuando el otorgante gallego fallezca con vecindad civil balear, pues según la CB serán legitimarios y no pueden renunciar anticipadamente a ese derecho. Similar es la situación en Cataluña, donde los ascendientes son legitimarios y el cónyuge posee el derecho a la cuarta viudal, aunque sobre esta última institución he de volver.

<sup>84</sup> Justamente la conclusión contraria a la que parece querer llegar D. BELLO JANEIRO, *op. cit.*, p. 200, para quien de la disposición contenida en el 9.8 del CC se debe derivar la validez del apartamiento en caso de cambio de vecindad. Por cierto, que al autor antecitado se le debe recordar que efectivamente el artículo 9.8 del CC es de aplicación en Galicia, pero no por el carácter supletorio del Derecho estatal en esta Comunidad, sino porque en la materia que regula (DIPr. y Derecho interregional) el estatal es, precisamente, el único ordenamiento aplicable porque así lo determina el artículo 149.1.8.ª de la Constitución.

Precisamente por el temor a esta pérdida sobrevenida de la eficacia del pacto de definición, el legislador balear de 1990 introdujo un párrafo en el artículo 50 de la Compilación de Baleares donde se dice «*El cambio de vecindad civil no afectará a la validez de la definición*»; se trata de una norma unilateral que pretende asegurar la eficacia de la definición y que aparentemente resolvería el tema, si no fuera porque, a pesar de haber quedado al margen del recurso de inconstitucionalidad que el Gobierno interpuso en su día frente a la ley de modificación del CB y, en buena lógica, no haber sido afectado por la STC de 6 de mayo de 1993, que lo resolvió, sobre este párrafo del artículo 50 transcrito recaen serias sospechas de inconstitucionalidad. Si, a pesar de su farragosa redacción y de las múltiples interpretaciones a las que a dado lugar en las que no es momento de entrar, no se puede dudar de que el artículo 149.1.8.<sup>a</sup> de la CE otorga al Estado competencia exclusiva para legislar en materia de «conflictos de leyes», parece que sólo el Estado, y no una Comunidad Autónoma de modo unilateral, podría dictar una norma como la contenida en el artículo 50.3 de la CB; es decir, a día de hoy, los problemas planteados por el cambio de vecindad, para la definición, como para el apartamiento, sólo podrán ser resueltos a la luz del artículo 9.8.º del CC, que sí es una norma estatal.

Sin embargo, todo es mucho más complejo. Primero, porque cabría otra interpretación del artículo 50.3 de la CB, que pudiera salvar su legitimidad, viéndolo como una mera reiteración de la norma de conflicto estatal<sup>85</sup>. Segundo, porque tal vez quepa deducir que del artículo 9.8.º del CC no se desprende necesariamente que el apartamiento otorgado por un gallego que después fallece sometido al Código civil no pueda desplegar sus efectos. Voy a detenerme en esto segundo.

En un artículo doctrinal en el que L.I. Arechederra estudiaba la problemática del artículo 9.8.º en relación con las legítimas<sup>86</sup>, el autor puso de relieve la incoherencia que suponía en el seno de la sucesión voluntaria, tanto testamentaria como pactada, la salvedad que ese precepto hacía de las legítimas. Tal incoherencia deriva de varias consideraciones; así, la disciplina relativa a la legítima no constituye únicamente un conjunto de normas imperativas, sino también una norma limitativa de la facultad de disponer, un límite a la autonomía privada, por lo que su lógica incardinación está en la

---

<sup>85</sup> A. FONT SEGURA, «La sucesión hereditaria en el Derecho interregional», *ADC*, 2000, pp. 23-81, espec. 65. Esto explicaría, según este autor, que quedase al margen del recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno.

<sup>86</sup> L. I. ARECHEDERRA ARANZADI, «Los sistemas legitimarios ante el Derecho interregional», *RDP*, 1976, pp. 503-515.

fase de otorgamiento<sup>87</sup>. El término «legítima» del artículo 9.8.º, del Código civil no maneja términos homogéneos, ya que el significado que el mismo tiene en los sistemas de Derecho foral y en el Código civil, es muy distinto, presididos aquéllos por el principio de libertad de testar, y éste por el de la restricción que supone la legítima castellana. Por ello, entendido en su tenor literal, el ajuste que pretende el artículo 9.8.º destrozaría situaciones y derechos contemplados por el otorgante del testamento o del pacto e incluso conculcaría derechos adquiridos. Esto es especialmente claro en el caso de los pactos sucesorios, cuya eficacia no tiene porqué quedar deferida al momento de la muerte del causante, por lo que, como dice el autor citado «El posterior cambio de vecindad de éste no puede —no debe— alterar el régimen ya establecido. La solución opuesta iría contra la más elemental consideración del alcance de la vigencia de una ley nueva y ofrecería al instituyente una forma de desentenderse de lo que con carácter irrevocable estableció»<sup>88</sup>. Además tendría importantes repercusiones en la propia validez y eficacia de los testamentos, ocasionando por ejemplo, situaciones de preterición sobrevenida. Pone además de relieve que ese «se ajustarán» del artículo 9.8.º opera en toda su radicalidad únicamente cuando el tránsito lo es de una región foral con legítima flexible, a la región castellana o común, con legítima fuerte, porque el ejercicio de la libertad de testar nunca tendrá eficacia en el Derecho común, a pesar de que el testamento otorgado en Castilla siempre valdrá en las regiones forales. En definitiva, que detrás de una norma de conflicto como la señalada se halla el establecimiento a nivel legal de un claro predominio del sistema castellano (mejor sería decir, creo yo, del sistema del Código civil)<sup>89</sup>.

Pues bien, si esa discriminación a favor del Derecho del Código se produce, y creo que así es, la situación deviene mucho más grave tras la entrada en vigor de la CE de 1978, que impone un principio de igualdad entre los distintos ordenamientos civiles existentes en el Estado español cuya concreción, como señala A. Font, comporta la exigencia de un trato neutro en la determinación del Derecho aplicable en los supuestos interregionales<sup>90</sup>. Sin embargo, como este mismo autor reconoce, es difícil considerar con la actual juris-

<sup>87</sup> *Loc. cit.*, p. 505.

<sup>88</sup> *Loc. cit.*, p. 509.

<sup>89</sup> *Loc. cit.*, p. 513.

<sup>90</sup> A. FONT SEGURA, *loc. cit.*, p. 49; como dice este autor «El legislador estatal debe adoptar normas de Derecho interregional ejerciendo una competencia exclusiva que le ha sido encomendada en el marco del principio de lealtad autonómica, sin que su intervención pueda producir un trato preferente a favor de uno de los Derechos españoles».

prudencia constitucional, dimanada en este punto de la STC de 8 de julio de 1993, que el artículo 9.8.º en su formulación vigente sea una norma inconstitucional, a pesar de suponer un trato de favor para el sistema legitimario del Código civil. Ello es así, porque la aplicación de la ley correspondiente a la vecindad civil ostentada en el momento de fallecer a las legítimas, se fundamenta en una conexión que objetivamente guarda una estrecha relación con el supuesto regulado, aunque pueda esconder una opción de política legislativa discriminatoria, si bien como propuesta de *lege ferenda* sería muy conveniente un cambio de criterio.

¿Significa esto que tratándose de una sucesión de apartante gallego que fallece ostentando la vecindad común el apartamiento deviene un negocio nulo en los términos del artículo 9.8.º? ¿Será válida la atribución como anticipo de legítima, de suerte que el renunciante podrá pedir el suplemento? ¿Significa además, que si no hay mención del apartado en el testamento que otorgó en su día el apartante, existe preterición? Sinceramente no creo que esto pueda ser así, y que ni siquiera tengan excesivo sentido los intentos de atemperación de tan inicuos resultados que tratan de hacer, desde la interpretación estricta del 9.8.º, algunos autores<sup>91</sup>.

Estimo que resulta más acertado realizar una interpretación flexible del artículo 9.8.º que pueda conducir a sostener la validez del apartamiento a pesar del cambio de vecindad del apartante<sup>92</sup>. En esta línea adquieren mucho sentido los argumentos dados en su día por J. Ferrer Pons en relación con la definición mallorquina<sup>93</sup>. Así, si en una sucesión han sido apartados todos los legitimarios (o el único existente) extinguiéndose la legítima, parece lógico entender que en el momento de la apertura de la sucesión ya no hay legítima y no hay nada que respetar; apurando los términos, parece que si sólo uno o alguno de los legitimarios ha sido apartado, para él ya no hay legítima, ya nada podrá reclamar<sup>94</sup>. La lógica de la apartación como pacto

<sup>91</sup> J. M. LOIS PUENTE, *Comentarios al Código civil... t. XXXII, vol. 2.º, op. cit.*, p. 981, incurriendo a mi juicio en alguna contradicción: si sólo le cabe la acción de suplemento, ¿por qué pueden pedir los herederos del apartante la restitución de los bienes o su valor actualizado?

<sup>92</sup> No deja de ser absurdo que el apartado pueda o no tener derecho a una legítima en función del posterior cambio de vecindad del apartado, lo que en nada depende de él.

<sup>93</sup> J. FERRER PONS, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales dirigidos por M. Albaladejo, t. XXXI, vol. 1.º, Madrid, 1980, p. 777.*

<sup>94</sup> Como dice A. DÍAZ FUENTES, *op. cit.*, p. 261, no deberá entenderse que adquiriendo el causante, después del apartamiento de un legitimario, la vecindad civil en el territorio de derecho común, que no acoge la renuncia anticipada a la legítima, deba tenerse por anulada aquélla. La ley personal del causante al tiempo del fallecimiento deberá servir para fijar la legítima de quien la tenga, pero no para restablecer retroactivamente como legitimario a quien se excluyó por pacto sucesorio válido según la ley aplicable al tiempo de su otorgamiento. Los cambios de vecindad civil no deben desvirtuar la vida jurídica anterior del sujeto conforme a la ley personal que en cada momento le fuese propia, bajo pena de destruir la seguridad jurídica e incluso la libertad personal.

sucesorio bilateral y el necesario respeto por la voluntad de los intervinientes impondría además que ni la voluntad unilateral del apartante (en el caso de cambio de vecindad por declaración del interesado), ni la obra directa de la ley (en caso de residencia continuada durante diez años, sin ninguna declaración de voluntad del apartante en contrario) pudieran conllevar su ineficacia sobrevenida. Por añadidura, según mi consideración, el apartado que celebra un negocio de apartamiento perfectamente válido y eficaz, y con posterioridad en función de un avatar que le es absolutamente ajeno, cual es el cambio de vecindad del apartante, reclama su legítima, está yendo sin lugar a dudas contra sus propios actos, y debe ver rechazada su pretensión.

Desde el punto de vista contrario ¿Puede tener eficacia un apartamiento celebrado por un apartante de vecindad común que muere con vecindad gallega? En principio creo que no, porque el 9.8.º ordena estar al momento del otorgamiento para determinar la validez del pacto sucesorio, pero al igual que cabe dar *a posteriori* a una atribución anterior el carácter de adjudicación a título de apartamiento, creo que puede darse validez a este pacto en el caso de que, una vez adquirida la vecindad gallega, se produzca, de alguna manera, la sanación del negocio.

Problemas particulares pueden derivarse también de la aplicación, en caso de apartamiento, de la regla final del artículo 9.8 del CC, adicionada por la ley de 15 de octubre de 1990 cuando señala que «*Los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge superviviente se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes*»<sup>95</sup>. Considerando que los derechos a los que refiere este párrafo son precisamente los derechos sucesorios del viudo, lo que no es pacífico en la doctrina, aunque sí sea lo mayoritariamente aceptado<sup>96</sup>, cabe plantear situaciones conflictivas. Por ejemplo, piénsese en la situación de un matrimonio compuesto por un cónyuge gallego y otro de vecindad civil no gallega, siendo la ley que rige los efectos del matrimonio la catalana (*cf. art. 9.2.º del CC*); ambos cónyuges celebran un negocio de apartamiento, para lo que el apartante gallego entrega un determinado bien o cantidad a su consorte. Fallecido el apartante, la ley reguladora de su sucesión será la gallega, pero los derechos (sucesorios) del apartado serán regidos por la ley cata-

<sup>95</sup> Sobre el origen de la adición, M.ª E. ZABALO ESCUDERO, *La situación jurídica del cónyuge viudo. Estudio en el Derecho internacional privado y Derecho interregional*, Pamplona, 1993, pp. 33 y ss., quien en la obra analiza profusamente los problemas suscitados por el nuevo inciso.

<sup>96</sup> *Vid.* al efecto, M. E. GINEBRA MOLINS, «Els conflictes de Lleis derivats de la coexistència de diversos ordenaments jurídics civils a l'estat espanyol i l'últim incís de l'art. 9.8. Cc.», *La Notaría*, 1996-4, pp. 69-116, espec. pp. 91 y ss.



lana, que es por hipótesis la que rige los efectos del matrimonio. Si se dan los presupuestos objetivos y subjetivos que la acreditan (arts. 380 y 381 del CSC) ¿podrá el sobreviviente reclamar la cuarta viudal, o habrá de entenderse extinguida ésta como consecuencia del negocio de apartamiento? Aparentemente, la respuesta dependerá de la naturaleza que se le asigne a este derecho del viudo, de arraigada tradición catalana, de suerte que si se considera como un derecho legitimario (aunque sea condicionado), podría pensarse que queda afectado por el pacto sucesorio válidamente celebrado en su día y que debe considerarse extinguido; sin embargo, tal conclusión no resulta conforme ni con el texto legal, que sólo permite renunciar a la cuarta viudal «*después de la muerte del causante*» (cf. art. 384.1.º CSC), ni con la tesis mayoritaria que excluye su carácter legitimario, como queda corroborado por la propia ubicación de la figura en el seno del Código de Sucesiones de Cataluña<sup>97</sup>. Por eso parece que, si se cumplen los requisitos exigidos por la ley catalana como reguladora de los derechos que por ministerio de la ley corresponden al cónyuge sobreviviente en el ejemplo señalado, el viudo acreditará el derecho a la cuarta viudal a pesar del apartamiento, aunque deberá computar entre sus bienes propios los recibidos como contraprestación a la apartación, si es que los conserva en el momento del fallecimiento de su consorte<sup>98</sup>.

Cabría plantear aquí la posible utilización del cambio de vecindad con el propósito de eludir la aplicación del artículo 816 del CC. Por ejemplo, se adquiere la vecindad gallega para apartar a un legitimario y después se recupera la vecindad civil común. ¿Podrá entonces el legitimario apartado reclamar su legítima sobre la base del fraude a la ley que, supuestamente, subyacía en el cambio de vecindad? El supuesto puede parecer de laboratorio, pero es evidente que puede darse, sobre todo, en las zonas limítrofes con la Comunidad Autónoma gallega, sometidas al Derecho común, y en las que poco importa trasladar la residencia algunos kilómetros durante dos años, cambiando voluntariamente de vecindad.

---

<sup>97</sup> Tesis que confirma la STSJC de 4 de diciembre de 1989, comentada por J. EGEA FERNÁNDEZ, «Comentari a la sentència de 4 de desembre de 1989. Dret a la quarta viudal i any de plor», *RJC*, 1990, pp. 481-500.

<sup>98</sup> En el caso de que los haya gastado o consumido (si los ha enajenado operará, según creo, el principio de subrogación real), el problema se complica, porque para decidir si existe o no derecho a la cuarta se trata de valorar el patrimonio del cónyuge sobreviviente en el momento del fallecimiento del causante y su potencialidad para mantener al viudo con el mismo *status* que tenía en el momento final de su matrimonio (J. ALBERTO MARÍN SÁNCHEZ, *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña, Ley 40/1991, de 30 de diciembre*, Barcelona, 1994, p. 1277). Por tanto puede que tenga derecho a la cuarta quien gastó lo que recibió de su cónyuge al ser apartado, aunque en cierta medida ello signifique una acumulación de derechos a su favor.

La instrumentalización de los cambios de vecindad con fines de defraudación de las legítimas ha sido ya una cuestión abordada por la STS de 5 de abril de 1994<sup>99</sup>, en la que se resuelve un pleito promovido por el hijo de unos causantes, nacidos y casados en Logroño y residentes en Erandio, primero y en Sopelana posteriormente, que se ve apartado de la herencia —en el sentido que este término tiene en la Compilación del País Vasco— por la disposición testamentaria otorgada por sus padres al amparo de las normas relativas a su ley personal vizcaína, que acababan de adquirir, después de cinco años de residencia continuada en la última villa citada. En general, los comentaristas de esta sentencia, contra la tesis mantenida en ella, dudan de que en el caso se dieran los presupuestos del fraude a la ley, tal y como está recogido en el artículo 12.4 del CC<sup>100</sup>, por considerar que la adquisición de la vecindad foral por los testadores se había producido de manera perfectamente lícita y que no se probó la intención de defraudar. Precisamente la dificultad de esta última prueba<sup>101</sup> hace, que difícilmente pueden apreciarse situaciones fraudulentas en casos de apartamiento hechos de conformidad con el Derecho gallego, aunque después se produzca un cambio de vecindad y, apurando aun más el resultado, cabe dudar de la operatividad del fraude por modificación voluntaria del punto de conexión en Derecho interregional, cuando dicha modificación es perfectamente legítima y amparada por el sistema. En todo caso, de apreciarse el fraude de las legítimas del Código civil, creo que la sanción debería limitarse a la tutela de éstas, y no tiene por qué derivar en la nulidad *tout court* de aquel pacto.

## V. OBJETO DEL APARTAMIENTO

### 1. INTRODUCCIÓN

En su momento configuré el negocio de apartamiento como un pacto sucesorio de carácter abdicativo, por el que el apartado extin-

<sup>99</sup> *RJA*, 1994, núm. 2933.

<sup>100</sup> Quizá con la excepción de T. F. TORRES GARCÍA, *CCJC*, núm. 35, pp. 789-800. Especialmente crítico con la sentencia es R. DURÁN RIVACOBA, «Igualdad jurídica, orden público y fraude de ley...», *loc. cit.*, pp. 95 ss.; también, E. ZABALO ESCUDERO «El fraude de ley en el Derecho interregional. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1994», *PJ*, 1994, pp. 397-402; J. M. ARRIOLA ARANA «Vecindad civil y nulidad del testamento», *RJN*, 1995, pp. 9-51, quien señala que en la sentencia late la idea de la preeminencia del Derecho común a los Derechos forales.

<sup>101</sup> Sobre la dificultad de la prueba del fraude, A. CALVO CARAVACA, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales (M. Albaladejo/S. Díaz Alabart dir.)*, t. I, vol. 2.º, Madrid, 1995, p. 937.

que su condición de legitimario (expectante, pero con carácter definitivo) a cambio o en contraprestación de la adjudicación en vida de la plena titularidad de determinados bienes de cualquier clase por parte, con las salvedades que se han introducido, del apartante. Es pues un contrato sinalagmático, por más que sea de tipo sucesorio, y por tanto con prestaciones recíprocas o correspectivas que actúan una como causa de la otra, de tal suerte que se adjudica porque se renuncia y se renuncia porque se recibe la adjudicación. Por ello, como ya he dicho varias veces, no cabe en Derecho gallego la renuncia unilateral a la legítima, ni tampoco puede tener eficacia el apartamiento sin contraprestación económica o con una contraprestación irrisoria (lo que pudiéramos llamar el apartamiento *nummo uno*, sobre el que volveré). Prestación del apartante y prestación del apartado conforman pues, conjuntamente, el elemento objetivo del negocio en cuestión.

## 2. PRESTACIÓN DEL APARTADO

El tipo legal describe la prestación del apartado en el negocio de apartamiento diciendo que, por su realización este sujeto queda «*totalmente excluido de tal condición de legitimario con carácter definitivo*», expresión que al parecer de algún autor significa que, una vez causada la legítima, el apartamiento concertado en su día impide al apartado el ejercicio de la acción de suplemento<sup>102</sup>, se entiende que para el caso de que lo atribuido sea inferior a la cuota legitimaria que le correspondería en el momento de causarse la sucesión. Sin embargo, el efecto descrito parece más radical que el que significaría una mera imposibilidad de ejercitar la acción de suplemento al modo que sucede en el Derecho catalán; como dice J. M. Lois Puente la «exclusión de la condición de legitimario» implica no sólo la renuncia a dicha acción, sino a todas las que protegen la legítima, incluidas las que se refiere a los actos realizados por el causante (simulación, inoficiosidad, etc.), y en general al complejo haz de derechos que tal condición atribuye<sup>103</sup>. Entiendo, con el último autor citado, que con el apartamiento se extingue no sólo la legítima, sino también la posibilidad de ejercitar cualquier acción destinada a la protección de los derechos legitimarios. Por consiguiente, los artículos 134 y 135 de la LDCG dejan sin efecto, para el Derecho gallego, lo establecido en el artículo 655.2.º del CC.

<sup>102</sup> V. GUTIÉRREZ ALLER, *Réxime...*, op. cit., p. 92.

<sup>103</sup> J. M. LOIS PUENTE, *Derecho de Sucesiones...*, op. cit., p. 97; *Comentarios al Código civil...*, t. XXXII, vol. 2.º, op. cit., p. 967.

Pero es que además, en mi opinión, la extinción de los derechos legitimarios que el apartamiento comporta puede significar que el apartado lo sea de cualquier derecho sucesorio, estándole vedado, por ejemplo, promover el juicio de división de la herencia, o cualquier otro que derive no ya de la condición de legitimario, sino de la mero sucesor. Ello sucedería cuando el apartante haya dispuesto eficazmente de la integridad de su herencia a favor de persona o personas distintas del apartado, a quien no corresponde entonces ni la condición de legitimario, por estar extinguida con carácter previo al fallecimiento del causante, ni la condición de heredero o legatario porque la sucesión lleva otro camino. Este efecto totalmente excluyente se producirá con independencia de la extensión del negocio de apartamiento, esto es, de la posibilidad de que éste se refiera, como el tipo legal describe, sólo a la legítima, o pueda también abarcar la íntegra sucesión del causante, cuestión que abordaré seguidamente.

En efecto, el tipo descrito en el artículo 134 de la LDCG sólo hace referencia a que el apartamiento produce la extinción de la condición de legitimario, pero deja en el tintero lo admisible de lo que se pudiera llamar un «apartamiento amplio» o una «renuncia anticipada a la herencia», comprensiva no sólo de los derechos de legítima, sino de todos los posibles derechos en la sucesión del apartante. Esta doble posibilidad se admite expresamente tanto en la tipificación de la definición mallorquina, como en la que hace la reciente Ley de Sucesiones a Causa de Muerte de Aragón. Curiosamente, también estaba de alguna manera prevista en las Conclusiones del I Congreso de Derecho gallego, donde el apartamiento podía ser total o parcial, configurándose, ya no como una renuncia a la legítima, sino como una renuncia a la herencia con uno u otro alcance,<sup>104</sup> y claramente la exclusión de la herencia del apartante era el efecto previsto en el texto elaborado por el Consello da Cultura Galega<sup>105</sup>. Pues bien, aún cuando probablemente la voluntad de eliminar definitivamente al apartado de la herencia responda, las más de las veces, a la intención de los intervinientes en el negocio, y de que esto se consiga efectivamente a través de las disposiciones voluntarias del causante en testamento o en otros contratos sucesorio-

---

<sup>104</sup> «Caso de se tratar dunha «apartación» parcial fixarase no contrato a cuota a que se contrae aos efectos da súa futura computación na partición da herdanza», decía uno de los párrafos del texto propuesto.

<sup>105</sup> Artículo 108 del texto propuesto por el Consello da Cultura Galega «*El adjudicatario queda totalmente excluido de la herencia del adjudicante, e incluso de sus derechos legitimarios, cualquiera que sea el valor de la herencia al tiempo de la sucesión del adjudicante. También quedarán apartados los herederos del adjudicatario, aunque sean legitimarios*».

rios, destinando su sucesión a personas distintas del apartado, la generalidad de la doctrina, ante el silencio legal, entiende que no cabe pactar la exclusión de todos los derechos sucesorios en el negocio de apartamiento<sup>106</sup>; baste decir en esta misma línea que, según se desprende del artículo 117.1 de la LDCG, los únicos pactos sucesorios admisibles en el Derecho gallego, como excepción a la regla general prohibitiva del artículo 1271.2.º del CC, son precisamente los regulados en la ley, y que por tanto la admisibilidad de cualquier pacto exige una estricta tipificación legal que excluye la posibilidad de extender el apartamiento más allá de lo permiten las fronteras marcadas por el tipo descrito. Más adelante me detendré en este tema.

Cuestión distinta y en cierto modo inversa es la de decidir si cabe un negocio de apartamiento limitado a la legítima, pero de carácter parcial; es decir, un negocio que no impida, por ejemplo, que el apartado reclame el suplemento de legítima en el caso de que el patrimonio del causante haya experimentado un significativo incremento en el tiempo que transcurrió entre el negocio de apartación y la apertura de la sucesión. También esta posibilidad se preveía, con el carácter de regla general, en las Conclusiones de I Congreso de Derecho gallego. De nuevo podría recurrirse aquí a la configuración legal de la figura para apostar por la respuesta negativa. Sin embargo, tratándose de un pacto de signo negativo parece más sensato entender que el tipo legal actúa como freno a las posibilidades máximas de exclusión de derechos sucesorios, y que el principio general de autonomía de la voluntad que, con los matices que derivan de su peculiar naturaleza, también es aplicable a los pactos sucesorios, permitiría lo que pudiéramos llamar un «apartamiento parcial» o limitado a ciertos aspectos de la legítima. Con todo, la cuestión es dudosa.

Otro asunto que ha sido planteado por la doctrina es la posibilidad de que, tratándose de legitimarios descendientes, el apartamiento se extienda no sólo a la legítima estricta, sino también a la mejora. Al respecto, entiende A. Díaz Fuentes que aunque se produzca en vida del causante el apartamiento de todos sus potenciales legitimarios, el apartante seguirá teniendo que destinar el tercio de mejora a alguno de sus descendientes, y que no cabe un pacto sucesorio por el que todos los legitimarios renunciasen también a participar en el tercio destinado a mejora; para el autor citado una formulación así estaría torturando la institución, que se concibe para

---

<sup>106</sup> J. M. LOIS PUENTE, *Comentarios al Código civil... t. XXXII, vol. 2.º, op. cit.*, p. 979; *Derecho de sucesiones...*, *op. cit.*, p. 106; V. GUTIÉRREZ ALLER, *op. cit.*, p. 92; A. DÍAZ FUENTES, *op. cit.*, p. 259.

mejor encaminar la sucesión del patrimonio familiar y no para que el causante se desembarace de todos sus legitimarios<sup>107</sup>. En mi opinión la conclusión ha de ser, cabalmente, la contraria. Varias razones apuestan por ello. En primer lugar, porque en el sistema del Código civil, que en este punto es también Derecho civil gallego, la mejora es legítima y por lo tanto, tratándose de legitimarios descendientes, la renuncia a la legítima debe extenderse –salvo pacto en contrario– a la mejora; en segundo lugar porque, en mi opinión la regla general que prohíbe la renuncia a la legítima no deferida del artículo 816 del CC, reflejada también en el artículo 146.3 de la LDCG con la excepción que representa el apartamiento, no afecta a la mejora que sí se considera renunciable con carácter anticipado; y en tercer y último lugar, porque un efecto excluyente de la mejora como el descrito da pleno sentido a una institución como el apartamiento que puede ser el cauce adecuado para que un causante resuelva con carácter anticipado posibles conflictos que pudieran presentarse, por ejemplo, entre los hijos de un anterior matrimonio y su segundo cónyuge; si aparta a los primeros y se admite la extensión a la integridad de la legítima, incluido el tercio de mejora, el cónyuge podrá ser el destinatario único de la sucesión, una vez causada ésta.

En cualquier caso, como ya he dicho más arriba, los efectos del apartamiento se limitan a la extinción de la legítima del apartante en cuanto tal, de suerte que si por ejemplo un hijo es apartado de la legítima paterna y la herencia va íntegra a la madre, falleciendo después esta y sucediéndola el hijo, éste recibe los bienes de la madre que anteriormente pertenecieron al patrimonio paterno, y que ahora son herencia de la madre.

### 3. PRESTACIÓN DEL APARTANTE

De conformidad con el artículo 134 de la LDCG la contraprestación que corresponde el apartado consiste en la adjudicación al apartante de «*la plena titularidad de determinados bienes de cualquier clase, sin ninguna excepción*», texto que una vez más adolece de gran imprecisión y deja sin resolver un buen número de cuestiones de gran interés práctico que seguidamente voy a tratar.

Así, en primer lugar la referencia a la «*plena titularidad*» que procede directamente del artículo 107 del texto elaborado por el Consello da Cultura Galega, que en este punto difería del artículo 87 del texto de la Comisión no Permanente, donde se mencionaba

---

<sup>107</sup> A. DÍAZ FUENTES, *op. cit.*, p. 260.

«la propiedad o plena titularidad de determinados bienes», ha hecho plantearse a la doctrina si puede adjudicarse al apartado la nuda propiedad de uno o más bienes concretos, reservándose el adjudicante el usufructo, o a la inversa, si pueden adjudicarse bienes en usufructo vitalicio o temporal, o bienes gravados. En principio, si plena titularidad se hace equivaler a propiedad plena, el adjudicante no podría atribuir bienes en nuda propiedad o en usufructo<sup>108</sup>, e incluso es más que discutible que pudieran atribuirse titularidades compartidas, como una cuota indivisa en un bien común, o un apartamento en régimen de multipropiedad. Sin embargo, semejante conclusión no convence en general a los autores, que hacen equivaler la expresión a la exigencia de que el apartado no puede quedar sujeto a condicionamiento o restricción<sup>109</sup>, o señalan que lo que quiere exigirse es una atribución actual, excluyendo una atribución diferida al momento de la muerte del adjudicante<sup>110</sup>; en esta última línea, ha dicho J. M. Lois Puente que desde la óptica de la naturaleza de la institución, si la atribución en nuda propiedad, usufructo o con un gravamen tiene un valor razonable y satisface el interés del apartado, es perfectamente válida, señalando además con argumento que me parece muy convincente que, puesto que puede apartarse al cónyuge y la legítima de éste es, en todos los supuestos, en usufructo, negar que pudiera satisfacerse la expectativa legitimaria con lo mismo que tendría derecho a recibir en pago de la legítima parece absurdo<sup>111</sup>. En la misma línea permisiva de la atribución de derechos reales limitados, M. Estévez aporta argumentos de índole práctica al señalar que, si se pretende excluir la atribución en usufructo o en nuda propiedad, bastaría para eludir la prohibición legal con formalizar dos negocios: uno donde se apartase al descendiente, por ejemplo, con una atribución en plena propiedad, y otro, acto seguido, donde éste constituyese un usufructo vitalicio a favor del apartante, desgajándolo de la plena propiedad recientemente atribuida, o que incluso, para evitar las posibles objeciones basadas en la literalidad del precepto, se atribuyese una cantidad de dinero irrisoria, completada con una atribución de un derecho real limitado<sup>112</sup>. Con todo, hubiera sido deseable una mayor claridad en el texto legal.

Debo matizar, por añadidura, que si se atribuye la plena propiedad de determinado bien o bienes, con reserva del usufructo sobre

<sup>108</sup> Como opina, V. GUTIÉRREZ ALLER, *Réxime...*, op. cit., p. 94.

<sup>109</sup> A. DÍAZ FUENTES, op. cit., p. 253.

<sup>110</sup> J. M. LOIS PUENTE, *Derecho de Sucesiones...*, op. cit., p. 95; *Comentarios al Código civil... t. XXXII*, vol. 2.º, op. cit., p. 965.

<sup>111</sup> *Ibid.*

<sup>112</sup> M. ESTÉVEZ, *Lección inédita*, pronunciada en el I Curso de Especialización de Derecho civil gallego, en Santiago de Compostela, 1997.

los mismos a favor del apartante, lo que puede ser frecuente, la muerte de este último sujeto producirá, por aplicación el artículo 513.1.º del CC, la consolidación del dominio en el apartado, y no el paso del usufructo a los otros herederos o legitimarios no apartados.

En segundo término el artículo 135 de la LDCG hace referencia a que la atribución ha de ser de «*determinados bienes*»; de nuevo la incorrección legal es manifiesta, pues entendido en su sentido literal parece que han de adjudicarse necesariamente bienes o cosas y que éstas han de ser determinadas. Sin embargo, no hay obstáculos razonables para impedir que la contraprestación de la abdicación de la legítima sean no sólo bienes determinados, con inclusión por supuesto del dinero metálico, sino también derechos o valores de contenido económico con tal de impliquen un desplazamiento patrimonial a favor del apartado. Así por ejemplo, la contraprestación puede consistir en el perdón por el apartante de una deuda que el apartado tenía frente a él, o en la satisfacción por el apartante de una deuda del apartado frente a un tercero, o en la liberación de un gravamen que pesase sobre el apartado, o en costearle unos estudios o una formación que vaya más allá de lo debido en concepto de alimentos.

En relación a la cuantía, el silencio del legislador no impide que la lógica del sistema y la configuración de la institución permita sentar algunas conclusiones. Así, tratándose como se ha dicho de un negocio sinalagmático en el que la atribución patrimonial actúa como causa de la renuncia a la expectativa legitimaria y viceversa, no es posible, como también se ha anticipado ya, el apartamiento gratuito o a cambio de una atribución irrisoria –v. gr. a cambio de una peseta–. El legitimario futuro ha de recibir, a cambio de la abdicación de su expectativa, un auténtico valor económico y no una contraprestación meramente simulada o ficticia, lo que posibilitaría en su caso el ejercicio de una acción de simulación que privaría al negocio extintivo de sus efectos, y que podría ser ejercitada por el propio legitimario apartado, fallecido éste por sus propios legitimarios e incluso por sus acreedores a través de la acción subrogatoria prevista en el artículo 1111<sup>113</sup>. En la Ley de Derecho civil de Galicia ni cabe el apartamiento estrictamente unilateral, ni el realizado con el concurso de la voluntad del apartante, pero a cambio de nada<sup>114</sup>.

<sup>113</sup> En el mismo sentido, J. M. LOIS PUENTE, *Comentarios al Código civil... t. XXXII*, vol. 2.º, op. cit., p. 961-962; *Derecho de Sucesiones...*, op. cit., p. 94. Sin embargo, quiero matizar que, en contra de lo que parece significar este autor (vid. nota 10 del lugar últimamente citado) la referencia al artículo 1111 ha de serlo a la subrogatoria y no a la pauliana, porque la impugnación se basa en la simulación y no en el fraude.

<sup>114</sup> Términos que no son equivalentes, como parece entender A. DÍAZ FUENTES, op. cit., p. 259. Parece aceptar la posibilidad de renuncia a cambio de nada, A. PILLADO MONTERO, loc. cit., p. 64.



Ahora bien, la exigencia de que se trate de una atribución efectiva ¿conlleva también que lo sea por un importe aproximado a lo que en el momento del pacto valdría la legítima del apartado?; en caso afirmativo, ¿sería rescindible por lesión al modo que sucede, por ejemplo, con la renuncia a la legítima en el Código de Sucesiones de Cataluña? Sin perjuicio de que el tema se trate con mayor profundidad cuando se estudie la posible pérdida de la eficacia del apartamiento, cabe decir desde ahora que, no existiendo previsión legal expresa, y dado el escaso juego que tiene la rescisión por lesión en el sistema del Código civil, que en este punto es el aplicable en Galicia, no parece posible la utilización del mecanismo rescisorio en caso de que la atribución sea inferior, incluso manifiestamente inferior al valor de la legítima en el momento del pacto. Otra cosa es que, en la aceptación de la atribución por parte del apartado haya podido existir algún vicio en la voluntad que haga viable la utilización de otras acciones protectoras, como las de anulabilidad del negocio por dolo o error, tema sobre el también tendré ocasión de incidir.

Desde la perspectiva opuesta, y también con referencia a la posible cuantía de la atribución dada al apartado, se ha preguntado V. Gutiérrez Aller si la apartación puede comprender todos los bienes actuales del futuro causante. Responde el autor citado, sobre la base de su configuración del negocio como de carácter gratuito, que serán de aplicación los artículos 634 y 636 del Código civil, de forma que, inicialmente, la apartación puede abarcar todos los bienes presentes del apartante —se entiende que con los límites del artículo 634—, sin perjuicio de que se pueda reducir por inoficiosa en cuanto exceda de lo que el apartante pueda dar por testamento <sup>115</sup>. Ahora bien, no cabe duda que, a parte del interés de los otros posibles legitimarios a los que el autor precitado hace mención, en un apartamiento con una atribución de bienes excesiva o notablemente superior a la que correspondería como contraprestación objetiva de la renuncia pueden estar también implicados los intereses de otros posibles terceros, singularmente los acreedores del apartante, quienes pueden ver defraudados sus derechos a través de un apartamiento con una atribución excesiva. Bajo el prisma de la gratuidad el negocio pudiera pensarse que esos acreedores perjudicados pueden tener fácil el recurso a la acción revocatoria o pauliana <sup>116</sup>, puesto que el artículo 1297 del CC presume celebrado

<sup>115</sup> V. GUTIÉRREZ ALLER, *op. cit.*, p. 94.

<sup>116</sup> Tal parece el criterio de J. M. LOIS PUENTE, *Comentarios al Código civil... t. XXXII*, vol. 2.º, *op. cit.*, p. 980, *Derecho de Sucesiones...*, *op. cit.*, p. 108, para quien frente a los acreedores del apartante el negocio ha de tratarse como a título lucrativo, pues si lo que hacemos es anticipar una expectativa sucesoria, la contraprestación lo es sólo para el

en fraude de acreedores todos los contratos por virtud de los cuales el deudor enajene bienes a título gratuito, presunción que según confirma el artículo 643 del mismo cuerpo legal tiene, al decir de la doctrina hoy mayoritaria y de la jurisprudencia<sup>117</sup>, carácter *iuris et de iure* al establecer este último precepto que «*Se presume siempre hecha la donación en fraude de los acreedores cuando al hacerla no se haya reservado el donante bienes bastantes para pagar las deudas anteriores a ella*», y todo ello con independencia de que existiera o no efectivamente ánimo de defraudar, pues es también hoy comúnmente aceptado que la razón que justifica en este caso la revocación no es la mala fe de las partes, sino la debilidad del título gratuito frente al oneroso de los acreedores<sup>118</sup>.

Sin embargo, en este trabajo se ha dicho varias veces que la naturaleza gratuita del apartamiento resulta muy discutible y que existen buenas razones para considerarlo, precisamente, de naturaleza onerosa; aunque también he matizado que en las relaciones con terceros esa onerosidad, de predicarse, ha de admitir ciertas modulaciones. De nuevo voy a remitirme a la parte en la que trataré de las posibilidades de impugnación de la validez y eficacia del negocio. Baste decir ahora que en supuestos de «precio» claramente desproporcionado por lo excesivo es preciso discriminar si lo que realmente ha existido es un acto fraudulento o más bien un acto simulado. En este último caso se tratará de un acto radicalmente nulo<sup>119</sup>, mientras que en el primero estaremos ante un acto válidamente celebrado pero lesivo para el interés de los acreedores, lo que permite declararlo ineficaz en la medida necesaria para evitar el daño, pero sin que impida que el acto siga siendo válido en las relaciones *inter partes*. En fin, en esa otra parte del trabajo intentaré demostrar, siguiendo las teorías objetivadoras del fraude desarrolladas por la doctrina más cualificada, que en un negocio de apartamiento con una atribución patrimonial excesiva es posible la rescisión por fraude, aún en caso de no se pueda probar la mala fe del apartante y el apartado, y que apurando al máximo las posibilidades de la objetivación (*cf.* art. 1292 del CC), cabe incluso la utilización de la acción pauliana en cualquier negocio de

---

atribuyente, pero frente a sus acreedores, al no haber un correspectivo patrimonial, la atribución debe tratarse como lucrativa y ser verá sujeta al artículo 1297 del CC.

<sup>117</sup> *Ad ex.* STS de 16 de febrero de 1993, *RJA*, 1993, núm. 774.

<sup>118</sup> Por todos, en la doctrina más reciente con acopio de las opiniones precedentes y variedad y extensión de argumentos, C. JEREZ DELGADO, *Los actos objetivamente fraudulentos (la acción de rescisión por fraude de acreedores)*, Madrid, 1999, *passim*, espec. pp. 179 y ss.

<sup>119</sup> Por falta de causa verdadera, *ex.* artículo 1276 del CC, según la doctrina más tradicional, o por no resultar realmente querido por los contratantes, según la postura de P. SALVADOR CODERCH, «Simulación negocial...», *loc. cit.*, pp. 44 y ss.

apartamento que perjudique a los acreedores, sea cual sea el «precio» de la renuncia.

## VI. LA FORMA EN EL APARTAMIENTO

El artículo 135 de la LDCG se muestra taxativo en la exigencia de escritura pública para la realización del negocio de apartamiento, coincidiendo en ello con otros Derechos civiles autonómicos que coinciden en esta exigencia para negocios similares <sup>120</sup>. La escritura podrá ser o no de capitulaciones matrimoniales (*cf.* art. 113.2 de la LDCG), pues el negocio de apartamiento no está vinculado necesariamente a la celebración de un matrimonio.

Aunque el texto legal podría ser más claro, coincido con la doctrina gallega que otorga al requisito de la escritura pública el carácter de forma *ad solemnitatem* <sup>121</sup>, y ello con independencia de la naturaleza mueble o inmueble de los bienes adjudicados <sup>122</sup>. Esta misma doctrina se ha planteado también la virtualidad que puede tener un pretendido negocio de apartamiento en el que no se haya llenado la forma pública, por ejemplo, porque se haya instrumentado en documento privado, o sencillamente mediante la entrega de los bienes muebles o el dinero adjudicado. Entienden algunos autores, que en este tipo de situaciones se producirá el efecto traslativo de los bienes en cuestión, pero no la exclusión de la condición de legitimario que la apartación persigue; ese desplazamiento patrimonial podrá valer en su caso como un pago a cuenta de la legítima, pero en ningún caso como un finiquito de la misma <sup>123</sup>. Sin embargo, entiendo que este efecto, digamos minorado, no tiene por qué producirse siempre; más bien creo que en la mayor parte de las ocasiones, la no consumación del efecto extintivo de la legítima al faltar la forma pública, hará perder su causa a la atribución, que también decaerá. El efecto traslativo descrito por los autores citados, tratando la adjudicación del apartamiento no formal como una

<sup>120</sup> *Cf.* artículos 50 de la Compilación de Baleares y 62 y 177 de la LSCMA. También artículos 1280.4.º y 1008 del CC.

<sup>121</sup> En general, se otorga tal carácter a las exigencias de forma en los pactos sucesorios; como señala I. MONASTERIO ASPIRI, *op. cit.*, p. 553, formalmente el pacto sucesorio es más limitado que el testamento, no existen diversas formas, ni cabe el que sea ológrafo, ni ninguna clase de contrato sucesorio de formalidades atenuadas para casos de necesidad, ni ningún contrato sucesorio militar privilegiado.

<sup>122</sup> J. M. LOIS PUENTE, *Comentarios al Código civil... t. XXXII, vol. 2.º, op. cit.*, p. 967; *Derecho de sucesiones...*, *op. cit.*, p. 97; V. GUTIÉRREZ ALLER, *Réxime...*, *op. cit.*, p. 95; A. DÍAZ FUENTES, *op. cit.*, p. 259.

<sup>123</sup> J. M. LOIS PUENTE, *ibid.*; A. DÍAZ FUENTES, *ibid.*

simple donación, sólo será posible si se dan los requisitos propios de la conversión del negocio nulo <sup>124</sup>.

Deben ser otorgadas ante Notario ambas declaraciones, y a mi juicio, a diferencia de lo que sucede por ejemplo en una donación, ambas declaraciones deben hacerse de forma simultánea <sup>125</sup>, lo que no sólo impide su celebración a través de representante, como ya signifiqué, sino que además no permite que un apartamiento se formalice a través de una oferta y una posterior aceptación dilatada en el tiempo, aunque ambas se otorguen en escritura pública. Ha de existir, pues, unidad de acto, debiendo aplicarse por analogía lo dispuesto en el artículo 699 del CC.

La forma pública imperativa, además de las garantías de exactitud y seguridad jurídica que significa, protegiendo a los interesados de decisiones precipitadas, asesorándoles sobre sus consecuencias y aclarando su significado —v. gr. el Notario debe dejar claro que la adjudicación se produce, precisamente, en concepto de apartamiento—, da pie además a la constancia del apartamiento con traspaso de bienes inmuebles en el Registro de la Propiedad. A este respecto los preceptos de aplicación son el artículo 14 de la LH y los preceptos reglamentarios que la desarrollan, especialmente, por lo que respecta a un pacto de índole abdicativa con entrega inmediata de bienes como el apartamiento, el artículo 77 del RH en sus párrafos primero y tercero, debidamente matizados por una interpretación en cierta medida correctora, puesto que su tenor literal pone claramente de manifiesto que están pensados sobre todo para pactos de institución y no de renuncia <sup>126</sup>. Dice el respecto el artículo 77.1 *«En la inscripción de bienes adquiridos o que hayan de adquirirse en el futuro en virtud de contrato sucesorio se consignarán, además de la denominación que en su caso tenga la institución en la respectiva legislación que la regula o admita, las estipulaciones pertinentes de la escritura pública, la fecha del matrimonio si se tratase de capitulaciones matrimoniales, y, en su caso, la fecha del fallecimiento de la persona o personas que motiven la transmisión, el contenido de la certificación del Registro General de Actos de Última Voluntad, cuando fuere necesaria su presentación y las particularidades de la escritura, testamento o resolución judicial en que aparezca la designación de heredero»*; por su parte, según el 77.3.º

<sup>124</sup> Vid. *supra*.

<sup>125</sup> Así se exige, para los pactos sucesorios positivos en el § 2276 del BGB, simultaneidad que, sin embargo, no se reclama en el caso de la renuncia a la herencia admitida en el propio BGB.

<sup>126</sup> Sin embargo, parece limitar la aplicación del artículo 77 del RH a los pactos de signo positivo, R. M.ª ROCA SASTRE/L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*. T. VI, 8.ª ed., Barcelona, 1995, pp. 106 y 113.

del mismo texto legal, «*Cuando, por implicar el contrato sucesorio, heredamiento o institución de que se trate, la transmisión de presente de bienes inmuebles, se hubiere practicado la inscripción de éstos antes del fallecimiento del causante o instituyente se hará constar en su día tal fallecimiento por medio de nota al margen de la inscripción practicada, si bien habrá de extenderse el correspondiente asiento principal para la cancelación de las facultades o derechos reservados por el fallecido, en su caso*».

Si se aporta la escritura de apartación en el Registro de la Propiedad al pretender la inscripción de los bienes a favor de los herederos, el Registrador no deberá practicar la mención que, para dejar constancia de la afección de los bienes hereditarios al pago de las legítimas, se recoge en el artículo 15 de la LH<sup>127</sup>, aplicable ahora en relación con la legítima gallega<sup>128</sup>.

Creo que, aún cuando se mantenga que el apartamiento es un negocio jurídico de naturaleza onerosa, no debe resultar de aplicación al apartado la protección que al tercero hipotecario otorga el artículo 34 de la LH<sup>129</sup>, ya que de lo contrario sería de mejor condición el legitimario renunciante que cobra su legítima por anticipado, que quien la recibe a título sucesorio, lo que es además coherente con la opinión que mantiene que el citado precepto de la Ley Hipotecaria no protege a los adquirentes por sucesión *mortis causa*<sup>130</sup>.

Una cuestión que se han planteado también los autores y que conecta el tema de la forma con el del objeto de la apartación es la de decidir si pueden los otorgantes atribuir el carácter de apartación a una donación recibida por el apartado con anterioridad, incluso en el caso de que en el momento de la atribución no ostentase la condición de legitimario del apartante. La respuesta ha sido afirmativa<sup>131</sup>, en la consideración de que la voluntad de las partes puede novar un negocio anterior en que se hubiera recibido una determinada cosa o cantidad a cuenta de legítima, o en otro concepto, pero siempre a título gratuito, y atribuir posteriormente a esa entrega un

<sup>127</sup> L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho de Sucesiones... t. II, op. cit.*, p. 566.

<sup>128</sup> Sobre la afección de los bienes hereditarios al pago de la legítima gallega y su constancia registral, M. P. GARCÍA RUBIO, *Comentarios al Código civil... t. XXXII, vol. 2.º, op. cit.*, pp. 1196 ss.

<sup>129</sup> Con mayor razón el precepto no sería de aplicación de sustentar la tesis de la gratuidad del apartamiento.

<sup>130</sup> J. M. CHICO Y ORTIZ, *Estudios sobre Derecho Hipotecario, t. II, 3.ª ed.*, Madrid, 1994, p. 995. Aunque se deben ver los matices que introduce J. M. GARCÍA GARCÍA, que enumera una serie de casos en los que cabe apreciar onerosidad en la transmisión *mortis causa* y en los que estima que puede aplicarse el artículo 34 de la LH (*Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario, t. II. El concepto de tercero. Inoponibilidad. Fe pública. Prioridad*, Madrid, 1993, p. 287).

<sup>131</sup> En tal sentido se resuelve expresamente el tema en el artículo 50 de la Compilación Balear para la definición.

efecto excluyente de la condición de legitimario<sup>132</sup>. Ello podrá ser así, aún cuando en el momento de la atribución antecedente el posteriormente apartado no tuviera la condición de legitimario, siempre y cuando la ostentase al tiempo del apartamiento efectivo<sup>133</sup>, a pesar de que el tenor literal del artículo 134 de la LDCG parece exigir que tal condición concorra, precisamente, al tiempo de la adjudicación. Estima V. Gutiérrez Aller que, a este respecto, por «tiempo de la adjudicación» ha de entenderse aquel momento en que al desplazamiento patrimonial se le atribuye el carácter de apartación, y es en ese momento cuando el legitimario debe tener la condición de tal, independientemente de que la adquisición patrimonial hubiese tenido lugar con anterioridad<sup>134</sup>.

Lo que no es posible, como ya vimos al interpretar la expresión «*plena titularidad*» es pactar un contrato de apartamiento con entrega deferida de los bienes o derechos adjudicados a un momento posterior.

## VII. CONDICIÓN Y TÉRMINO EN EL APARTAMIENTO

Otra de las lagunas que se ponen de manifiesto en la parca regulación del apartamiento en la Ley de Derecho civil de Galicia es la relativa a la posibilidad de que el negocio pueda someterse a condición o a término. Se trata además de una cuestión que en alguna de las legislaciones autonómicas que admiten la renuncia anticipada a la legítima (o a la herencia) ha recibido respuestas radicalmente diferentes: así, mientras el legislador balear de 1990 declaró expresamente que la definición «*deberá ser pura y simple*» (art. 50 CB), en la nueva Ley de Sucesiones a Causa de Muerte de Aragón se admite que los pactos sucesorios puedan contener «...*modalidades, cargas y obligaciones que se convengan*» (art. 66) expresión que más parece hacer referencia al modo, aunque igual que su antecedente en la Compilación aragonesa, no creo que excluya la condición y el término.

En el caso de la apartación gallega, el silencio legal ha propiciado la discrepancia doctrinal. Así, mientras para V. Gutiérrez Aller se trata de un negocio jurídico puro, no susceptible de condición ni

---

<sup>132</sup> J. M. LOIS PUENTE, *Comentarios al Código civil... t. XXXII, vol. 2.º, op. cit.*, p. 968; *Derecho de sucesiones...*, *op. cit.*, p. 98, quien estima que la gratuidad del negocio antecedente es esencial, ya que la contraprestación por lo atribuido tiene que ser y sólo puede ser la renuncia a la condición de legitimario.

<sup>133</sup> J. M. LOIS PUENTE, *Comentarios al Código civil... t. XXXII, vol. 2.º, op. cit.*, p. 968; *Derecho de sucesiones...*, *op. cit.*, p. 98; V. GUTIÉRREZ ALLER, *Réxime...*, *op. cit.*, p. 95.

<sup>134</sup> V. GUTIÉRREZ ALLER, *ibid.*

término <sup>135</sup>, para J. M. Lois Puente el sometimiento a condición, tanto suspensiva como resolutoria es posible, mientras que no lo sería la inserción de un término <sup>136</sup>. La solución es, a mi juicio, dudosa. En contra de la lícita inserción de los mal llamados «elementos accidentales» del negocio jurídico en un apartamiento gallego podría argumentarse con la supletoriedad del artículo 990 del CC que, como es sabido, prohíbe que la aceptación o la repudiación de la herencia puedan hacerse en parte, a plazo, ni condicionalmente; claro que el precepto está pensando exclusivamente en una repudiación posterior a la apertura de la sucesión, única que tiene cabida en el seno del Código. Por el contrario, a favor de la condicionalidad del apartamiento militan razones de peso, tanto de orden dogmático, como de índole práctica; en el primer sentido, ha de recordarse que el Derecho positivo admite ampliamente la inserción de la condición en los negocios jurídicos tanto de tipo contractual, como de índole testamentaria (arts. 790, 1.113 y ss. y 1255 del CC), de suerte que la imposición de la «pureza» del negocio sería la excepción, y no la regla general. Además, desde el punto de vista práctico admitir la condicionalidad de la extinción de la expectativa legitimaria, tanto desde el planteamiento suspensivo, como desde el resolutorio, puede servir a resultados atendibles y perfectamente tutelables por el Derecho; así, se han citado entre las razones que pueden justificar la condicionalidad de este negocio, algunas como «que no tenga hijos el apartado», de suerte que si los tuviera el apartamiento quedaría sin efecto, o que fije su residencia en el extranjero, de modo que si lo hiciera el apartamiento produciría todos sus efectos a fin de facilitar la partición entre los que permanecieran en el país <sup>137</sup>. Puede pensarse en otras condiciones posibles e igualmente lícitas, como por ejemplo, en el apartamiento del cónyuge, condicionar su eficacia a que en el momento del fallecimiento del causante no se hubiera producido el divorcio, en cuyo caso los bienes atribuidos deberían reintegrarse a la masa hereditaria. Sin embargo, creo que existen también otras condiciones que difícilmente son compatibles con el tipo legal; así por ejemplo, si como ya anticipé, creo aunque con dudas, que se puede condicionar la plena eficacia extintiva del carácter de legitimario en el apartamiento al hecho de que el patrimonio del causante no experimente incrementos significativos, de suerte que si así ocurriera el legitimario podría reclamar el suplemento, me parece incompatible

<sup>135</sup> V. GUTIÉRREZ ALLER, *Réxime...*, op. cit., p. 92.

<sup>136</sup> J. M. LOIS PUENTE, *Comentarios al Código civil... t. XXXII*, vol. 2.º, op. cit., p. 969; *Derecho de Sucesiones...*, op. cit., p. 107.

<sup>137</sup> J. M. LOIS PUENTE, *ibid.*

con el significado y naturaleza de la institución que se obligara al apartado a reintegrar parte de la atribución en el caso de merma del patrimonio del apartante.

Por otro lado, como se ha puesto de manifiesto, la condicionalidad del apartamiento deja en la incertidumbre el carácter de legitimario del apartado, por lo que parece que el evento condicionante, para ser admisible, ha de tener lugar o dejar de producirse antes del fallecimiento del causante <sup>138</sup>.

Ahora bien, en el supuesto de que se pactase una condición suspensiva o resolutoria y ésta fuera contraria al tipo legal, o el evento condicionante fuese posterior a la apertura de la sucesión, habrá que dilucidar si se anula el negocio, o si éste se considera plenamente eficaz considerando la condición como no puesta. La duda se plantea porque, como es conocido, en nuestro Derecho la solución adoptada para el caso de las condiciones imposibles o contrarias a la ley es totalmente distinta en el caso de los contratos (art. 1116.1 del CC), que en el caso de los testamentos (art. 792 del CC); así, mientras que en el primer supuesto la solución legal es que la condición hace nulo el contrato, en el segundo se tiene por no puesta, por considerar que su nulidad no alcanza a la disposición. En mi opinión, el apartamiento sometido a una condición ilícita o imposible debe ser considerado nulo, no sólo porque se trate, como ya dejado dicho, de un negocio *inter vivos*, por más que también produzca efectos *post mortem*, sino porque el *favor testamenti* que fundamenta la diversidad de la disciplina y el tenor del artículo 792 del CC, carece de razón en el caso de los pactos sucesorios, en los cuales, aunque devengan ineficaces a consecuencia de la ilicitud de la condición, siempre sería posible, si se quisiese, reiterar la declaración de voluntad purificada de los defectos de la condición, algo totalmente inviable en el caso de los negocios de última voluntad.

Lo que parece en todo caso contrario a la naturaleza de la institución es la inserción de un término, tanto inicial como final, ya que la «extinción» de la condición de legitimario que está en el fundamento de la apartación es incompatible con la temporalidad de los efectos que implica la aposición de un término <sup>139</sup>. Ya tuve ocasión de indicar que tampoco es posible insertar en el negocio de apartamiento un «término de cumplimiento» de la prestación del adjudicante, en el sentido de diferir a un momento futuro y cierto la

<sup>138</sup> J. M. LOIS PUENTE, *ibid.*

<sup>139</sup> Aunque es cierto que en BGB la jurisprudencia admite que la renuncia a la herencia se someta a término (*vid. supra*).



entrega de los bienes o derechos dados a cambio de la abdicación de la expectativa legitimaria.

## VIII. EFECTOS DEL APARTAMIENTO

### 1. PLANTEAMIENTO

Los dos efectos principales y mutuamente dependientes del negocio de apartamiento son la transmisión inmediata de la titularidad de lo adjudicado al apartado y la extinción de la condición de legitimario de éste, con carácter definitivo y sea cual sea el valor de la herencia en el momento de deferirse, según reza el artículo 134 de la LDCG. Sin embargo, la imbricación de ambos efectos, y las consecuencias colaterales que los mismos tienen en la futura sucesión del apartante obligan a detenerse en el estudio de la eficacia del negocio abdicativo.

### 2. LA TRANSMISIÓN DE LA TITULARIDAD DE LOS BIENES O DERECHOS ADJUDICADOS AL APARTADO

Cuando hice referencia a la prestación del apartante puse de manifiesto que ésta puede consistir en cualquier atribución que proporcione alguna ventaja patrimonial al apartado, tal como la transmisión de la propiedad de un bien, una cantidad de dinero, la titularidad de un derecho, el pago de una formación, o incluso la satisfacción de una deuda o la extinción de un derecho real que gravaba un bien del apartado. No obstante, la dicción literal del artículo 134 demuestra que el legislador estaba pensando en que la atribución consistiera precisamente en la entrega de bienes de cualquier clase, razón que explica que en la doctrina se haya planteado, en relación con esta transmisión, si la adquisición de la propiedad del objeto transmitido requiere o no tradición, pues mientras el título gratuito (sucesión o donación), no requiere la *traditio*, el oneroso sí la precisa<sup>140</sup>. En mi opinión, la transmisión obedece a un título de naturaleza genuinamente contractual y, por consiguiente, como regla de base exigirá la tradición, aunque es cierto que la trascendencia práctica del problema resulta más bien escasa<sup>141</sup>, no sólo porque la escritura pública imprescindible equivaldrá las más de las veces a la entrega, sino también porque, como se dijo en su momen-

<sup>140</sup> J. M. LOIS PUENTE, *Comentarios al Código civil... t. XXXII, vol. 2.º, op. cit.*, p. 970.

<sup>141</sup> Como reconoce el propio J. M. LOIS PUENTE, *ibid.*

to, no cabe deferir a un momento futuro la prestación del apartante y, por consiguiente, la entrega del bien o del derecho —si de ello se trata— ha de ser inmediata.

Otra cuestión interesante que también se ha suscitado es el de la eventual responsabilidad del apartado en caso de que el apartante resulte finalmente despojado del bien a causa de la evicción <sup>142</sup>. Entiende J. M. Lois Puente probable la aplicación al caso de las reglas de la evicción en la compraventa, sobre la base de la naturaleza contractual del apartamiento, de modo que el apartado podría en el caso descrito reclamar la indemnización correspondiente <sup>143</sup>; sólo con carácter subsidiario admite el ejercicio de la facultad resolutoria del artículo 1124 y con ello la recuperación de la posición sucesoria. Por mi parte estimo que el perjudicado podrá, si lo desea, consolidar su posición de apartado de la legítima reclamando la indemnización debida por evicción o incluso, novando con el apartante el negocio de apartamiento mediante una prestación de sustitución; pero si nada de esto se hace, la consecuencia automática del despojo del bien atribuido al legitimario renunciante a causa de la evicción de un tercero ha de ser la pérdida de eficacia del negocio de apartación en su conjunto y, por lo tanto, también la pérdida de eficacia de la renuncia, al haber decaído la causa de ésta. Otra cosa dejaría en manos del apartante mayores posibilidades de utilizar la figura con móviles fraudulentos.

### 3. EXCLUSIÓN DE LA CONDICIÓN DE LEGITIMARIO CON CARÁCTER DEFINITIVO. VINCULACIÓN DE LA ESTIRPE

El efecto fundamental de la apartación para el apartado es, según la dicción de la ley gallega, la «*exclusión de tal condición de legitimario con carácter definitivo, cualquiera que sea el valor de la herencia en el momento de deferirse*», lo que debe completarse con el párrafo segundo del mismo artículo 134, conforme al cual «*La apartación vincula al apartado y a sus sucesores y legitimarios*». De este tenor literal parece deducirse que por el pacto sucesorio de apartación tanto el apartado como su estirpe quedan priva-

---

<sup>142</sup> Lo plantea J. M. LOIS PUENTE, *Comentarios al Código civil... t. XXXII, vol. 2.º, op. cit.*, p. 979-980; *Derecho de Sucesiones... op. cit.*, p. 107. Con carácter incidental, en relación con la definición mallorquina, se suscita en la STSJ Baleares de 28 de mayo de 1992, AC @ .399/1992, marginal 901.

<sup>143</sup> *Derecho de Sucesiones... ibid.* No entiendo, sin embargo, el razonamiento que el autor citado hace para llegar a la misma conclusión en *Comentarios al Código civil... t. XXXII, vol. 2.º, op. cit.*, p. 980, aplicando según dice la regla del artículo 638 del CC y la remisión de éste (¿?) a los contratos y, por tanto, a la compraventa.

dos definitivamente de la condición de legitimarios del causante, a cambio de bienes determinados, y en todo caso, es decir, con independencia de las vicisitudes que pueda sufrir tanto el patrimonio del causante como los sujetos intervinientes en el negocio, antes de la apertura de la sucesión.

De esta irrelevancia de las vicisitudes patrimoniales y personales de los elementos que conforman la apartación se deriva, en primer lugar, que el apartado nada podrá exigir de los herederos del causante en caso de que, entre el tiempo de la apartación y el del fallecimiento del causante el patrimonio de éste, ahora convertido en herencia, haya experimentado un incremento notable, de suerte que hubiera recibido mucho más como legitimario, de lo que en su día recibió como apartado<sup>144</sup>. Desde la perspectiva contraria, si lo experimentado por el patrimonio del apartante ha sido una disminución, de suerte que al apartado se le atribuyó más de lo que en su día le hubiera correspondido como legitimario, nada podrán reclamarle los herederos (salvo, como se verá, el perjuicio de las legítimas de los no apartados).

Uno de los temas polémicos suscitados por la defectuosa regulación de la figura es el de determinar si, en efecto, el pacto sucesorio de apartamiento vincula a la estirpe del apartado en todo caso, o sólo en el supuesto de que llegue a consolidar su posición de legitimario, de suerte que si esto no se produce, singularmente por premoriencia del apartado al apartante, el efecto de exclusión no tiene lugar y la estirpe del apartado mantiene la condición legitimaria.

Si bien la opinión mayoritaria en la práctica es también la de extender la exclusión a la estirpe del apartado en todo caso, sobresale por su brillantez argumental la opinión de J. M. Lois Puente partidario, precisamente, de la postura contraria; esto es, para el autor citado, la exclusión del apartado sólo se produce aleatoriamente para el caso de que efectivamente tenga la condición de legitimario en el momento de la apertura de la sucesión. Las razones que a su juicio avalan esta postura son, entre otras<sup>145</sup>, que nadie puede renunciar a lo que no tiene y, según el artículo 146.2 de la ley gallega, son legitimarios «*los herederos forzosos determinados en el Código civil*», con arreglo al cual, la condición de legitimario nace con la apertura de la sucesión; luego si en tal momento el apar-

<sup>144</sup> Por el contrario, en la propuesta de regulación del I Congreso de Derecho gallego se decía, «*Agás que o pai ou a nai teñan disposto o contrario, o «apartado» terá dereito a reclamar a partición correspondente naqueles outros bens que os pais teñan adquirido con posterioridad ao pacto e non señan en substitución dos que existían na data do seu otorgamento*».

<sup>145</sup> J. M. LOIS PUENTE, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales... t. XXXII*, vol. 2.º, op. cit., pp. 953-954.

tado no es legitimario (por haber otros de orden preferente –se aparta al padre y sobrevienen hijos– o por premoriencia) se renuncia a algo que nunca ha llegado a tener, no puede producir *ningún efecto* (el énfasis es añadido), ni para él ni para su estirpe, que tendrá la condición legitimaria por derecho de representación, pero con carácter originario<sup>146</sup>. El autor citado considera confirmada su opinión por el propio tenor literal del artículo 134.2 que no dice que el apartamiento vincule al apartado y a sus descendientes (que sería la referencia exacta a la estirpe), sino a sus «*sucesores y legitimarios*», es decir, a sus herederos voluntarios y forzosos, lo que únicamente haría referencia a los derechos en la herencia del apartado y respecto de éste, pero no se referiría para nada a los derechos propios en la herencia de otro<sup>147</sup>. Para J. M. Lois Puente, además, si entendiéramos que la presunta renuncia del apartado surte siempre efectos para sus descendientes, con independencia de que él llegue a tener la condición de legitimario, obtendríamos resultados absurdos; como ejemplo pone el de un causante sin descendientes que aparte a sus padres; si en contra de su opinión, se sustenta la tesis de que queda vinculada la estirpe del apartado, y resulta que después del apartamiento el apartado tiene hijos, al ser éstos descendientes del apartado, no serían ya legitimarios y el apartante conservaría su libertad dispositiva anterior<sup>148</sup>, lo que como es natural, no le parece de recibo.

A mi juicio, no tiene razón el autor tantas veces citado. Pero antes de rebatir uno a uno sus argumentos, y añadir algunos otros que refuerzan la tesis contraria, hay que comenzar señalando que precisamente la situación planteada en caso de premoriencia del renunciante al causante fue polémica en la doctrina del Derecho común<sup>149</sup>, si bien en mi opinión en todos los ordenamientos autonómicos que admiten negocios de renuncia anticipada a la legítima, dicha polémica se resuelve actualmente en el sentido de excluir definitivamente tanto al renunciante como a su estirpe, también

---

<sup>146</sup> Añade el autor citado, *ibid.*, «De haber querido la Ley gallega anticipar la vocación legitimaria al efecto de permitir su negociación irrevocable, tendría que haberlo dicho expresamente. Sin embargo, no ha cambiado en nada la determinación de quiénes son herederos forzosos, ni tampoco el principio sucesorio básico de que el heredero tiene *que vivir todavía* al fallecimiento del causante para poder llegar a serlo».

<sup>147</sup> «Es decir, que lo que está disponiendo el artículo 134 es que unos y otros tendrán que respetar el negocio de su causante como propio, en lo que afecte a éste», añade J. M. LOIS PUENTE, *ibid.*

<sup>148</sup> J. M. LOIS PUENTE, *ibid.*

<sup>149</sup> Vid las opiniones contradictorias mantenidas al respecto por Fontanella y Cancor, recogidas por M. P. FERRER VANRELL, *La definitio en el Derecho civil de Mallorca. Un estudio sobre la tradición jurídica mallorquina*, Palma, 1992, pp. 154 y ss. Para E. Roca Trías, la opinión generalizada en la doctrina clásica era la no vinculación de la estirpe en caso de premoriencia de la madre renunciante (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, dirigidos por M. ALBALADEJO*, t. XXXVIII, vol. 2.º, Madrid, 1982, pp. 268-269).

para el caso de premoriencia de aquél al causante de la sucesión, como también sucede en el § 2349 del BGB, aunque se admite negocio en contrario.

Varias son las razones que, según mi parecer, pueden oponerse a los argumentos de J. M. Lois Puente. En primer lugar, no es cierto que el apartante que premuere renuncie a algo que nunca ha llegado a tener y, por lo tanto, su renuncia no pueda tener ningún efecto. Tanto la premisa como la conclusión son erróneas. El apartado renuncia a algo que tiene efectivamente, su expectativa legitimaria, y aunque después ésta no se consolide, aquella renuncia produjo sus efectos; efectos en vida de los intervinientes (traspaso de la titularidad del bien dado a cambio, por ejemplo), y efectos posteriores al fallecimiento del causante, pues con independencia de la exclusión o no de la estirpe –tema sobre el que volveré– ¿no imputa también el autor citado lo atribuido al apartado en la legítima que dice ha de atribuirse a la estirpe si éste premuere?

En segundo término, en el planteamiento del Código civil, que en este punto también es Derecho gallego, son legitimarios los hijos y descendientes, según el artículo 807.1; es decir, los hijos de un descendiente premuerto (o indigno o desheredado) son legitimarios. Discrepa la doctrina sobre si este derecho lo acreditan los descendientes de ulterior grado por derecho propio<sup>150</sup>, o por derecho de representación<sup>151</sup>. Con este segundo planteamiento parecería más fácil sustentar la vinculación de la estirpe a los actos realizados por aquél a quien representan. Con el primero sería imprescindible la existencia de una norma *ad hoc* que sancionase esa vinculación. En cualquier caso, a mi entender dicha norma existe, y es precisamente la contenida en el artículo 134.2 de la LDCG. Es cierto que su tenor literal no es demasiado riguroso y que debió aludir expresamente a los descendientes del apartado, como hace el § 2349 del BGB, o más cercano aún, el artículo 173 de la LSCMA, y no a sus «sucesores y legitimarios», como dice la ley gallega, ya que aquéllos y no éstos son realmente su «estirpe». Ahora bien, deducir de tal imprecisión legal unos efectos tan radicales como los que pretende J. M. Lois Puente, no sólo me parece un argumento muy débil en una ley tan poco rigurosa técnicamente como la gallega, sino que además deja sin sentido la referencia a la vinculación a los sucesores y legitimarios que hace el artículo 134.2. Con ella no se puede estar haciendo alusión, simplemente, a la vinculación que los

<sup>150</sup> M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *Compendio...*, *op. cit.*, pp. 200 y ss. y 226 y ss.

<sup>151</sup> J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos...* V, *op. cit.*, pp. 60-61; J. VALLET DE GOYTISOLO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales... t. XI*, *op. cit.*, p. 591.

herederos (voluntarios o forzosos) tienen por los actos de su causante, considerados actos propios en las relaciones que al primero afecten<sup>152</sup>, pues eso es una simple consecuencia del efecto sucesorio y, para las relaciones obligatorias, queda ya sancionada en el artículo 1257 del CC. Creo más lógico dar el sentido al aludido artículo 134.2 de la LDCG de vincular a la estirpe, que dejarlo sin ninguno escudándose en un argumento puramente literal, tantas veces rechazado por el mismo J. M. Lois Ponte, muy crítico con el escaso rigor mostrado por el legislador gallego a la hora de redactar los preceptos de la ley.

Por otra parte, el ejemplo que pone este autor para reducir al absurdo la interpretación contraria a la suya no me parece el más adecuado. Aunque en el texto de la ley gallega quepa la apartación de cualquier legitimario, no cabe duda de que el tema de la vinculación o no de la estirpe por el pacto abdicativo de la legítima afecta, sobre todo, al supuesto que, con toda probabilidad, será el más frecuente: el apartamiento de un descendiente. No tiene sentido en absoluto hablar de la vinculación de la estirpe en el caso de que el apartado sea el cónyuge, ya que la legítima que acreditará en su día es personalísima y su estirpe no puede estar nunca vinculada por el acuerdo, pues o se trata de descendientes que también son comunes al apartante –y por tanto serán legitimarios del apartante por derecho propio y distinto del de su progenitor apartado–, o no son descendientes del apartante, y entonces ningún derecho legitimario pueden acreditar en la herencia de éste que de interés a la discutida vinculación. Por lo que atañe a la vinculación de la estirpe en el caso de apartamiento de los ascendientes, creo que, bien planteado el asunto, la conclusión a la llega J. M. Lois Ponte con el ejemplo que propone es errónea, pues si después del apartamiento el apartante tiene hijos, éstos serán en todo caso legitimarios suyos en su calidad de descendientes de grado preferente, y no de descendientes de los ascendientes apartados, a los que sin más desplazan y cuyo derecho legitimario nunca se va a consolidar; por tanto es indiferente que a los legitimarios preferentes les vincule o no el pacto abdicativo de sus abuelos; ellos son legitimarios de su padre o madre como efecto de la filiación de éstos, y no de la descendencia de aquéllos.

En definitiva, que el texto del artículo 134.2 de la LDCG debió decir, para evitar equívocos, algo así como que en caso de apartación de descendientes, la extinción de la legítima afecta también a

---

<sup>152</sup> Significativo al respecto son los artículos 1.1 y 35.4.º del CSC (*vid.* su interpretación en J. MARSAL GUILLAMET, «La vinculació de l'hereu als «actes propis» del causant envers els béns de l'hereu (arts. 1.1 i 35.4 CS)», *Setenes Jornades de Dret Català a Tossa. El nou Dret sucesori de Catalunya*, 1992 (Àrea de Dret civil Coord), Barcelona, 1994, pp. 321-338.

los descendientes del apartado, conclusión a la que en todo caso se debe llegar con el texto vigente. Otra cosa es hacer del negocio abdicativo una «lotería» que lo deje, por avatares poco probables, pero sí posibles, prácticamente sin efecto alguno.

Ahora bien, aunque lleguemos a la conclusión antedicha de conformidad con la cual el efecto típico del apartamiento implica que se han de considerar vinculados por la apartación, no sólo el apartante y el apartado, sino también los descendientes de éste, que nada podrán reclamar en la herencia de su abuelo, aun cuando su padre (renunciante a su legítima) le hubiera premuerto, cabría preguntarse si, como consecuencia de que así lo quisieran las partes se puede, sin contrariar el sentido de la institución, pactar el resultado contrario. Es decir, si apartante y apartado pueden acordar que, en caso de premoriencia de éste, no se tengan por extinguidos los derechos legítimos de sus descendientes del segundo en la herencia del primero. A mi juicio, en coherencia con la admisibilidad de determinaciones accesorias de la voluntad en el apartamiento, la respuesta debe ser positiva, tanto más cuanto que ello significa una «minoración» de los efectos típicos del apartamiento, que por ello no iría contra la regla general prohibitiva de los pactos renunciativos de la legítima que se puede desprender del artículo 146.3 de la LDCG.

#### 4. POSIBILIDAD DEL PACTO DE EXCLUSIÓN DE OTROS DERECHOS SUCESORIOS

El tipo legal de la apartación implica, según se ha dicho ya reiteradamente, la exclusión del apartado con carácter definitivo de la condición de legitimario que, en puridad, le pudiera corresponder en el momento de la apertura de la sucesión. No se menciona en absoluto, como por el contrario hacían algunos de los textos que pueden considerarse antecedentes más o menos directos de la figura<sup>153</sup>, la posibilidad de que la apartación no se limite a extinguir los derechos legítimos, sino que quepa también extender su eficacia a todos los derechos sucesorios que pudieran corresponderle en la herencia del apartante<sup>154</sup>.

La omisión o el olvido no dejan de ser curiosos si se tiene en cuenta que esta exclusión total es la que se corresponde, en la

---

<sup>153</sup> Artículo 108 del texto elaborado por el Consello da Cultura Galega, o el texto propuesto por el I Congreso de Derecho gallego.

<sup>154</sup> En realidad en el texto del Consello da Cultura Galega parece que sólo cabía este apartamiento «total», y no el de efectos limitados a la legítima.

mayor parte de las ocasiones, con el interés de apartante y apartado, que precisamente celebran el pacto abdicativo con el deseo de finiquitar todos los asuntos relativos a la sucesión del primero por parte del segundo, y no sólo los relativos a la legítima. Es cierto que muchas veces, el problema estará minimizado porque probablemente quien aparta a un legitimario es alguien que también está interesado en testar dando un destino determinado y meditado a su herencia, y precisamente por eso y como complemento necesario, realiza un apartamiento. Fuera de la legítima su libertad es prácticamente absoluta y en uso de la misma, si eso era lo deseado, excluirá totalmente al legitimario de su sucesión. Sin embargo, en mi opinión, la cuestión de decidir si cabe o no una apartación que afecte a todos los derechos sucesorios (de carácter legal) sigue teniendo su interés, porque más allá de los efectos directamente relativos a los bienes hereditarios, una exclusión de tal tipo conduciría a que, por ejemplo, un apartado con carácter global no podría ejercitar derechos sucesorios como la interposición de un juicio de división de la herencia, u otros que por aquella condición legal pudieran corresponderle.

La posibilidad de una «definición amplia» comprensiva de todos los posibles derechos en la sucesión de los padres, y otra «definición estricta», limitada exclusivamente a los derechos legitimarios de los definidos, está hoy expresamente admitida en la Compilación Balear después de que, con el texto, anterior, se suscitaran dudas en la doctrina<sup>155</sup>. El legislador gallego no supo aprovechar el modelo, y obvió toda referencia a esta cuestión. Ante la falta de pronunciamiento legal expreso, ya manifesté con anterioridad que no parece que la misma pueda resolverse en otro sentido que el de entender que la apartación es únicamente un pacto de exclusión anticipada de la legítima, que no puede en ningún caso, extenderse a otros posibles derechos sucesorios. Apuestan por ello, además de la tipicidad que según el artículo 117.1 de la LDCG han de respetar los pactos sucesorios para ser admitidos<sup>156</sup>, la aplicación supletoria del artículo 1271 del Código civil que, como regla general, prohíbe los pactos sobre la herencia futura<sup>157</sup>.

<sup>155</sup> Si bien eran justamente contrarias a las que se plantean en la ley gallega; el artículo 50 de la CB de 1961 hablaba de «*renuncia o finiquito a las legítimas y demás derechos en la sucesión de sus padres*», por lo que la duda era acerca de la posibilidad de renunciar únicamente a la legítima, pero no a los demás posibles derechos en la sucesión (J. FERRER PONS, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales... t. XXXI, vol. 1.º, op. cit.*, p. 773).

<sup>156</sup> M. ESTÉVEZ, *loc. cit.*

<sup>157</sup> En el mismo sentido, J. M. LOIS PUENTE, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, t. XXXII, vol. 2.º, op. cit.*, p. 979. Implícitamente tampoco estima que pueda extender el apartamiento a la intestada, V. GUTIÉRREZ ALLER, *Réxime...*, *op. cit.*, p. 92.



Por consiguiente, si procede la apertura de la sucesión intestada, el apartado será llamado a la misma en el lugar que le corresponda como pariente que es el del causante, aunque ya no sea legitimario. En este punto la siguiente cuestión que cabe suscitar es la de concretar la parte que ha de corresponderle o, desde otro punto de vista, determinar el tratamiento que ha de darse a lo recibido anticipadamente en concepto de apartación. La opinión de los autores que hasta el presente se han ocupado del asunto es la de considerar al apartado como un legitimario que ha recibido una donación en vida de su causante y, en consecuencia, estiman que sucederá como cualquier otro heredero legal, debiendo colacionar lo atribuido en el apartamiento de conformidad con lo establecido en el artículo 1035 del CC<sup>158</sup>. Por mi parte estimo que tal solución no se compeadece bien con la configuración legal, ni de la colación, ni del apartamiento; en primer lugar, porque mediante el apartamiento el apartado pierde con carácter definitivo su condición de heredero forzoso y, por lo tanto, no estamos en puridad en el supuesto de hecho del artículo 1035; desde el segundo punto de vista, porque con la tesis que establece la colación, se está dando a la atribución dada a título de apartamiento la misma consideración técnica que lo recibido por el legitimario renunciante sometido al artículo 816 del CC, si este se interpreta en el sentido de dar validez a la atribución como mero anticipo de legítima, y ello a pesar de ser la apartación un pacto sucesorio perfectamente lícito y eficaz, y ser la renuncia a la legítima en el Código nula de pleno derecho. Por eso, en mi opinión es más acorde con la naturaleza de la institución gallega estimar que, abierta la sucesión intestada y concurriendo el apartado como heredero con otros que también lo sean y sean además legitimarios —única hipótesis en la que se plantea el problema de la colación—, no procede la colación de lo atribuido al apartado. Con ello no es que este sujeto reciba a mayores lo atribuido en apartamiento, como da a entender J. M. Lois Puente, sino que por haber sido privado el apartado de su condición de legitimario, sólo tendrá derecho a recibir, en concurrencia con los demás, la parte de la herencia que no constituya legítima<sup>159</sup>.

---

<sup>158</sup> J. M. LOIS PUENTE, *Derecho de Sucesiones...*, *op. cit.*, p. 103; C. FERNÁNDEZ CASQUEIRO/J.M. GÓMEZ, *ivi.*, p. 217.

<sup>159</sup> Opinión que ya manifesté en M. P. GARCÍA RUBIO, *Comentarios al Código civil...*, t. XXXII, vol. 2.º, *op. cit.*, p. 1208.

## 5. DISPOSICIONES DEL CAUSANTE A FAVOR DEL APARTADO

Tampoco le pareció de interés al autor de la ley gallega de 1995 solventar los muchos problemas que puede suscitar la existencia de disposiciones testamentarias (¿o de pactos sucesorios?) a favor del apartado, anteriores o posteriores al negocio de apartamiento, a pesar de que también en este asunto el cercano punto de referencia que representaba la Compilación balear bien pudo ser aprovechado. Por eso, los prácticos aconsejan yuxtaponer al apartamiento un testamento revocatorio de los anteriores y en el que se resuelvan directamente muchas de las dudas suscitadas por la figura.

Con todo, tratándose el apartamiento de un pacto de extinción anticipada de la legítima, ha de deducirse necesariamente que toda disposición anterior o posterior por la que el apartante hubiera atribuido o atribuya algo al apartado en concepto de legítima (institución o legado en pago de legítima o a cuenta de la misma) queda sin efecto como consecuencia de la apartación<sup>160</sup>. La disposición anterior por la general eficacia revocatoria que tiene el pacto sucesorio en relación con el testamento anterior, y la posterior porque la voluntad unilateral del testador no puede hacer renacer algo (la legítima), que la voluntad concorde de los intervinientes en el pacto extinguió<sup>161</sup>. Por eso, lo que sí cabría mantener es que el apartado, a pesar de su abdicación inicial, celebre con posterioridad otro pacto en el que no sólo dejase sin efecto el apartamiento, sino que fuese instituido dentro del marco que permiten los pactos sucesorios de la ley gallega (pacto de mejora, mejora de labrar y poseer, usufructo universal de viudedad).

También cabe, sin duda, que el apartante otorgue un testamento posterior en el que decida atribuir algo al apartado, que por hipótesis, ya no tiene la condición de legitimario porque renunció anticipadamente a ella. Sin duda tal atribución es, en principio posible. El problema es decidir qué tratamiento se le da y, en concreto, una vez causada la sucesión a qué parte de la herencia del causante se imputará dicha atribución. En principio, no parece posible su atribución a la parte de legítima que, como se acaba de decir, a consecuencia del apartamiento ha quedado extinguida. Por lo tanto, parece que el apartado deberá ser tratado como un extraño y, si acepta la atribución *mortis causa* y existen otros legitimarios no aparta-

<sup>160</sup> También parece entenderlo así, A. DÍAZ FUENTES, *op. cit.*, p. 261.

<sup>161</sup> En general, sobre los efectos revocatorios de los pactos sucesorios y la falta de esa misma eficacia de los testamentos respecto de los pactos, J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos... V, op. cit.*, p. 386.

dos, deberá imputarse a la parte de libre disposición, reduciéndose en cuanto al exceso; es decir, el apartado recibirá el tratamiento de un extraño. El problema se plantea en el caso de que el apartado sea un descendiente y entre en juego la posibilidad de la mejora. ¿Deberá entonces ser tratado asimismo como un extraño, también respecto de ésta? Los autores que hasta el presente han pensado en el tema no se muestran de acuerdo; así mientras que para A. Pillado Montero <sup>162</sup> parece que, efectivamente, procederá la reducción en todo lo que la atribución testamentaria exceda del tercio de libre disposición, para J. M. Lois Puente tal resultado choca con el sentir común, y que al igual que se puede mejorar al nieto viviendo el padre, también debe poderse mejorar al apartado aunque no sea legitimario, pues, al fin y al cabo, sigue siendo descendiente, y lo mismo cabe decir según este autor de los descendientes del apartado <sup>163</sup>. Se trataría de una mejora tácita que, al ser atribuida *mortis causa* no plantearía graves problemas (cf. art. 828 del CC). Según mi parecer esta última tesis puede ser acertada en el caso de que el apartamiento del descendiente después favorecido con la institución o el legado se hubiese limitado a su legítima estricta. No obstante, estimo como ya dije más arriba, que cabe asimismo extender el efecto extintivo a la legítima larga, incluida la posibilidad de ser mejorado, en cuyo caso no creo que la voluntad unilateral del testador sea hábil para dejar sin efecto lo que previamente se había pactado, si bien ha de reconocerse que históricamente fue un asunto controvertido el de decidir si, ante un promesa de no mejorar, eran admisibles las atribuciones testamentarias hechas a favor del beneficiario de la promesa <sup>164</sup>.

Una cuestión que no he visto reflejada en la literatura que hasta el presente ha generado el apartamiento, es la de decidir qué puede ocurrir en caso de que el causante efectúe en su testamento una institución o legado a favor del apartado y éste decida también repudiar dicha atribución. ¿Pasa a sus descendientes, o están vinculados por la renuncia? En principio, si existen otros parientes de grado más próximo al causante con derecho a la sucesión, los des-

<sup>162</sup> *Loc. cit.*, p. 67.

<sup>163</sup> *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXXII, vol. 2.º, *op. cit.*, p. 977. Menos claro es A. DÍAZ FUENTES, *op. cit.*, pp. 256 y 261, para quien cualquier disposición a favor del apartado en testamento posterior a la apartación debe entenderse imputable al tercio de mejora o al tercio de libre disposición. También parece admitir la posibilidad de mejorar al apartado en testamento posterior, V. GUTIÉRREZ ALLER, *Réxime...*, *op. cit.*, pp. 96–97.

<sup>164</sup> Cf. J. VALLET DE GOYTISOLO, *Comentarios al Código civil*, t. XI, *op. cit.*, p. 356; también se hace del problema M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, *La sucesión contractual en el Código civil*, Sevilla, 1999, p. 261.

endientes del apartado-repudiante nada podrán exigir; en la parte de legítima porque la estirpe está vinculada por la decisión abdicativa del apartado, y en la parte libre porque, salvo que estén llamados como sustitutos vulgares, no se produce su llamamiento al no haber el derecho de representación en la sucesión testada (ni en la intestada) en caso de repudiación de la herencia. Pero, complicando un poco más la hipótesis: ¿qué sucede si el apartado es además el heredero único y no existen otras personas con mejor derecho a suceder? El apartamiento habría supuesto entonces la extinción de la legítima y posteriormente el testador decide igualmente atribuir todo su patrimonio a ese apartado. Si repudia lo recibido por testamento, se abre la sucesión intestada, pero según se establece en el artículo 1009 del CC, aquella repudiación inicial implica también la renuncia a esta segunda delación. Sin embargo, en este caso serán llamados los descendientes del repudiante en virtud de lo establecido en el artículo 923, aunque no tendrán entonces el carácter de legitimarios, sino de meros sucesores intestados del causante <sup>165</sup>.

Pero modificando el ejemplo citado ¿si el testador atribuye únicamente la parte libre al apartado? En la parte correspondiente a la legítima no puede suceder quien renunció preventivamente a ella y, por tanto, se produciría la apertura de la sucesión intestada. Al ser el apartado el descendiente más próximo en grado, a él le favorecerá también el llamamiento, no ya como legitimario (pues ya no hay legítima), sino como heredero intestado de su causante <sup>166</sup>.

Como cierre de este punto relativo a las disposiciones testamentarias posteriores al apartamiento, quiero resaltar que, en coherencia con la moderna doctrina de la preterición y el límite de su alcance y significado, acelerado a partir de 1981, entiendo que no es preciso que el causante mencione al apartado en su testamento para evitar así la preterición, ya que ésta se obvia, simplemente, con la atribución en vida que significa el apartamiento <sup>167</sup>.

---

<sup>165</sup> Normas similares al artículo 923 del CC son el artículo 327.1 del CSC y el artículo 205.3.º de la LSCMA.

<sup>166</sup> Quien podrá aceptar y/o repudiar indistintamente la parte a la que es llamado por el causante, y la parte en la que sucede intestado, según la postura que mantiene la autonomía de ambas delaciones cuando se refieren a cuotas distintas de una misma herencia; como dice A. GALVÁN GALLEGOS, que sigue en esta postura a J. L. LACRUZ BERDEJO/M. ALBALADEJO, *Derecho de sucesiones, op. cit.*, p. 176, ambas delaciones se basan en una distinta designación subjetiva (uno el querido por el testador, otro el designado por la ley según el grado de parentesco), y son asimismo independientes en cuanto al momento de su génesis («La indivisibilidad de la aceptación y repudiación de la herencia», *ADC*, 1997, pp. 1817-1848, espec. p. 1829).

<sup>167</sup> Similar parecer mantiene, A. PILLADO MONTERO, *loc. cit.*, p. 65.

## 6. EFECTOS DEL APARTAMIENTO EN LA DETERMINACIÓN DE LAS LEGÍTIMAS

### A) *Computación de lo atribuido al apartado*

La primera cuestión que suscita el apartamiento, y que la ley no resuelve directamente en la determinación de la legítima global, es la de decidir si lo atribuido en su día al apartado debe o no tomarse en consideración en las operaciones de cálculo de aquélla, o lo que es lo mismo, si debe ser objeto de computación (o de la mal llamada colación en el artículo 818 del CC). Aparentemente la respuesta parece ser negativa, pues el objeto de la atribución no forma parte de los bienes de la herencia al haberse traspasado su titularidad al apartado (no es parte del *relictum*), y por otro lado, como ya vimos, su naturaleza no es estrictamente gratuita (al menos no hay ánimo de liberalidad), y por tanto tampoco cabría considerarlo como integrante del *donatum*. Conclusión negativa que además se reforzaría al observar que el artículo 147 de la LDCG, destinado precisamente a regular las operaciones de cálculo de la legítima global, no menciona expresamente la atribución al apartado a los efectos de la reunión ficticia. Sin embargo, si esto efectivamente fuera así, el apartamiento sería un cauce demasiado evidente para defraudar las legítimas de los otros legitimarios no apartados, solución que probablemente no es la querida por el legislador, además de chocar frontalmente con el carácter imperativo de las legítimas. Por eso, considero, como hacen otros autores, que lo atribuido al apartado debe ser objeto de computación<sup>168</sup>. No me parecen acertados los argumentos que, para apoyar la tesis contraria, sustenta A. Díaz Fuentes<sup>169</sup>; algunos de ellos están basados en el error de identificar la operación de computación con la genuina colación, error probablemente derivado de la inexacta utilización del término en el artículo 818 del CC. Tampoco es razón suficiente el tenor literal del artículo 148 cuando advierte que «*La determinación de la legítima individual entre varios legitimarios está sometida a las normas del Código civil, con la salvedad de que el apartado... no hace número*», pues precisamente el precepto deja fuera de su ámbito la determinación de la legítima colectiva o global, que es ahora el tema que

<sup>168</sup> J. M. LOIS PUENTE, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales...*, t. XXXII, vol. 2.º, op. cit., pp. 971-972; *Derecho de Sucesiones...*, op. cit., p. 101; A. PILLADO MONTERO, loc. cit., p. 67. Mi opinión favorable a la computación ya la manifesté también en M. P. GARCÍA RUBIO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales...*, t. XXXII, vol. 2.º, op. cit., p. 1165.

<sup>169</sup> A. DÍAZ FUENTES, op. cit., p. 255.

aquí interesa. Mayores dificultades para sostener la tesis de la computación de lo atribuido al apartado plantea el inciso final del artículo 134 de la LDCG, cuando hace referencia a que la exclusión de la condición de legitimario se hace «*cualquiera que sea el valor de la herencia al tiempo de deferirse*», expresión que literalmente parece significar que, ni el apartado puede exigir nada en caso de que su legítima computada en el momento de la apertura de la sucesión sea superior a lo recibido en su día en concepto de apartamiento, ni los demás legitimarios u otros interesados en la sucesión, podrán reclamarle nada en caso de que lo que le fue otorgado en su día resulte de valor superior a lo que le correspondería como legitimario. Sin embargo, creo que también es posible entender el inciso del artículo 134 que se acaba de transcribir en otro sentido, a mi juicio más acorde con el significado de la figura: aquél que lo interpreta como que ni el apartado, ni los herederos voluntarios del apartante, cuando haya habido apartación, pueden reclamar nada a efectos de la legítima del apartado. Considerar que tampoco pueden hacerlo los legitimarios restantes en caso de ver afectadas sus legítimas significaría ir en contra, como ya he dicho, de todo el mecanismo de protección legitimaria, lo que no creo que haya sido la intención el legislador.

¿A qué tiempo habrá de atenderse para valorar lo atribuido al apartado al efecto del cálculo de la legítima global? A este respecto, aún cuando no se trate técnicamente de una donación, creo que habrá de estarse a lo dispuesto en el artículo 147.3.<sup>a</sup> de la LDCG, que después del cálculo del *relictum* ordena que «*El valor líquido obtenido se añadirá al que tuviesen los bienes donados por el causante en el momento de la donación...*», criterio que ahora se distancia del establecido en el Código civil, una vez que la reforma de 1981 suprimió el párrafo segundo del artículo 818, que atendía a ese mismo criterio temporal. Aunque atender al tiempo de la donación a efectos de la valoración del *donatum* suela beneficiar al donatario en tiempos como los presentes proclives a la devaluación monetaria, razón por lo que su adopción por parte del legislador gallego ha sido en general criticada por la doctrina<sup>170</sup>, resulta ser probablemente la más adecuada para las atribuciones a título de

---

<sup>170</sup> J. L. ESPINOSA DE SOTO/G. GARCÍA-BOENTE SÁNCHEZ, *Derecho de Sucesiones de Galicia*, op. cit., pp. 187-188; M. P. GARCÍA RUBIO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales...*, t. XXXII, vol. 2.º, op. cit., p. 1167; J. M. LOIS PUENTE, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales...*, t. XXXII, vol. 2.º, op. cit., p. 972; *Derecho de Sucesiones...*, op. cit., p. 101; lo que no creo que sea posible es lo que hace este último autor, al ignorar el artículo 147.3.<sup>a</sup> de la ley gallega, y pretender la aplicación directa del Código civil.

apartación, pues aunque sólo sea de una manera aproximativa, es muy probable que el apartante y el propio apartado hicieran sus cálculos sobre el valor de la legítima de quien se proponía apartar, y el valor del bien o la cantidad con la que acordaban saldarla <sup>171</sup>.

### B) *Imputación de lo atribuido al apartado*

La computación de lo atribuido al apartado en las operaciones de cálculo de la legítima global exige, correlativamente, hacer la imputación en la parte de herencia (legítima corta/larga, libre disposición) que corresponda, lo que de nuevo vuelve a plantear interesantes problemas no fáciles de resolver.

La interpretación literal del artículo 134 de la LDCG, al declarar la exclusión de la condición de legitimario como consecuencia directa de la apartación conduciría a aceptar su tratamiento como un extraño y, en consecuencia, que lo atribuido como contraprestación a su renuncia se imputase en la parte de libre disposición (art. 819.2.º), de suerte que en todo lo que excediese de ella, y salvo que tratándose de descendientes la renuncia se hubiese limitado a la legítima estricta, habría de reducirse por inoficiosidad <sup>172</sup>. Sin embargo, esta conclusión dista mucho de ser evidente por varias razones. En primer término, porque con tal planteamiento la institución serviría bien poco a uno de los fines a los que, probablemente, quiso atender, cual era el de incrementar en alguna medida la libertad dispositiva del causante. Además, no es ni mucho menos pacífico en el sistema del Código que un legitimario que ha recibido donaciones en vida de su causante y, después decide repudiar la sucesión a la que es llamado, deba imputar aquéllas a la parte libre, y más bien parece que a pesar de no consolidar su posición legitimaria, dicha imputación ha de hacerse a la legítima, a fin de evitar posibles fraudes y merma de la libertad dispositiva del *de cuius* <sup>173</sup>.

<sup>171</sup> Es curioso constatar que, con el texto anterior del artículo 50 de la Compilación balear, que como el vigente, no se refieren al problema de la computación de donaciones, J. VALLET DE GOYTISOLO *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer, t. 1, Las legítimas, vol. 1.º*, Madrid, 1974, p 477 estimase que lo más justo era atender al valor del objeto de la definición hecho en el momento de la donación.

<sup>172</sup> Que el apartado recibe el tratamiento de un extraño podría deducirse también en cierta medida del artículo 148 de la LDCG, que en la determinación de la legítima individual dice que el apartado «no hace número»; claro que también cabe interpretarlo a contrario, diciendo que en la determinación de la legítima individual no hace número, pero sí en la de la legítima colectiva.

<sup>173</sup> El tema es sumamente controvertido en la doctrina, y sobre él ha vuelto en fechas recientes M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, *La legítima en la sucesión intestada...*, op. cit., p. 183 y ss., para quien la solución más coherente sería mantener la imputación a la parte libre y permitir la reducción preferente de la liberalidad hecha al legitimario repudiante,

A mi juicio este último criterio debe ser también la regla general en el supuesto de apartamiento. Por lo tanto, la atribución hecha como satisfacción anticipada de su legítima (al igual que otras hipotéticas donaciones que el causante pudo haberle hecho), deben ser tratadas como hechas a un legitimario e imputadas a la parte de legítima. Sin embargo, esta solución plantea nuevas interrogantes.

Así, en caso de que los legitimarios sean los descendientes del causante, se suscita la duda sobre cómo han de hacerse las reglas de imputación cuando la atribución hecha al apartado exceda de su parte de legítima estricta. A primera vista la exigencia del artículo 825 del CC, imponiendo la voluntad expresa de mejorar, exige que la imputación se haga a la parte de libre disposición, salvo que exista la orden contraria del disponente. Haciendo un planteamiento más flexible de la exigencia del carácter expreso de la mejora J. M. Lois Puente estima que en este tipo de situaciones, el exceso sobre el tercio libre (más la parte de legítima estricta, hay que añadir), sería mejora en sentido amplio y no reducible<sup>174</sup>. Abona este criterio en el parecer de este autor la analogía que puede tener el negocio de apartación con la partición por el propio testador (sería una especie de partición en vida) y el hecho de que el artículo 1075 del CC ordena que en la partición hecha por el difunto la impugnación sólo es posible en caso de que perjudique a la legítima de los herederos forzosos. Sin embargo, no creo que la referencia a este precepto del Código añada argumentos a favor de posible «mejora tácita» por vía de apartación, pues del todo innecesaria es la referencia al respeto a las legítimas que también es imperativo para el causante. Sin lugar a dudas la solución al problema depende de la tesis que se mantenga en relación con la posibilidad de las mejoras tácitas en el seno del Código civil; si como aprecia un sector doctrinal, del artículo 825 se desprende inexorablemente que la voluntad de mejorar por parte del causante-donante ha de constar expresamente, aún cuando no se utilice la palabra «mejora»<sup>175</sup>, la atribución que exceda de la parte libre más la legítima estricta del apartado habrá de ser reducida; en cambio, con la interpretación más flexible que parte de una concepción amplia del término «mejora» en el citado artículo 825, y considera que toda donación no colacionable por dispensa o por repudiación de la herencia (a lo que yo añado ahora, o por renuncia anticipada a

---

conclusión que a mi entender modifica, sin fundamento legal suficiente, el orden legal de reducción de los artículos 656 y 820 del CC.

<sup>174</sup> J. M. LOIS PUENTE, *Comentarios al Código civil... t. XXXII, vol. 2.º, op. cit.*, p. 973; *Derecho de Sucesiones...*, *op. cit.*, p. 102.

<sup>175</sup> J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos... V, op. cit.*, p. 451.



la legítima) puede ser imputada al segundo tercio hereditario <sup>176</sup>, cabría la mejora tácita del apartado.

Entiendo que la solución al problema de imputación pasa por la interpretación del negocio de apartamiento (insisto en que se pudo renunciar sólo a la legítima estricta) y por la necesaria constancia de la voluntad de mejorar, por más que el término «expresamente» del artículo 825 del CC haya de interpretarse con flexibilidad.

Otro supuesto problemático puede ser el de apartamiento del cónyuge, cuando posteriormente se produce el divorcio o el fallecimiento del apartado, quien nunca llega a consolidar su condición de legitimario. No parece lógico que en este caso la imputación se haga a la cuota viudal legitimaria, inexistente por supuesto en caso de que el apartante no contraiga ulterior matrimonio, pero que sí existe en caso contrario. Carece entonces de toda lógica que el cónyuge viudo puede ver mermada su cuota legal por la atribución que se le hizo al anterior. Entiendo que en este caso el tratamiento de quien en su día fue apartado debe ser el de un extraño. Lo mismo sucederá en el caso de que los apartados hubieran sido los ascendientes, y posteriormente éstos hayan dejado de ocupar la posición preferente en la sucesión por el nacimiento de descendientes del apartante; a todos los efectos los ascendientes han de ser tratados entonces como extraños <sup>177</sup>.

Sin embargo, no creo que este último criterio sea extensible, como hace J. M. Lois Puente, a todos los casos en los que el apartado no sería legitimario en el momento de la apertura de la sucesión aunque no se hubiera verificado el apartamiento, hipótesis en las que este autor estima que de superar la parte disponible lo dado al apartado, la atribución tendrá que ser reducida <sup>178</sup>. No tiene esto sentido en caso de premoriencia del apartado cuando éste era precisamente un descendiente del causante, en el que el artículo 1038.1 del CC, que a pesar de su ubicación es también una norma de imputación legitimaria <sup>179</sup>, ordena la colación de lo atribuido al progenitor prefallecido en la cuota del descendiente de grado ulterior que ocupe su lugar en la sucesión.

<sup>176</sup> J. VALLET DE GOYTISOLO, *Comentarios al Código civil... t. XI, op. cit.*, p. 341; similar, M. DE LA CÁMARA, *Compendio de Derecho Sucesorio*, Madrid, 1990, p. 233; L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho de Sucesiones, t. II, 2.ª ed.*, Barcelona, pp. 195-196.

<sup>177</sup> J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil... V, op. cit.*, p. 484, a efectos de imputación.

<sup>178</sup> J. M. LOIS PUENTE, *Comentarios al Código civil... t. XXXII, vol. 2.º, op. cit.*, pp. 973-974; *Derecho de Sucesiones...*, *op. cit.*, pp. 102-103.

<sup>179</sup> J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil... V, op. cit.*, p. 484. En contra de la aplicación del artículo 1038.1 del CC, a la imputación, M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, *La legítima en la sucesión intestada, op. cit.*, p. 183.

### C) *Consecuencias del apartamiento en la determinación de la legítima individual*

De conformidad con el artículo 148 de la LDCG «*La determinación de la legítima individual entre varios legitimarios está sometida a las normas del Código Civil, con la salvedad de que el apartado a que se refiere la sección 4.ª del capítulo II de este título no hace número*». Se preceptúa pues que el apartado no sea tenido en cuenta a los efectos de la determinación de las legítimas de los demás; es como si el apartado nunca hubiese existido, al menos en su condición de eventual legitimario o como si, existiendo, hubiese repudiado la herencia una vez abierta la sucesión. Optando por esta solución, el legislador gallego no aumenta la libertad dispositiva del testador, ya que en lugar de incrementar la porción de libre disposición, lo que hace es mantener la integridad de la legítima colectiva, de forma que la cuota que hubiese correspondido al apartado incrementa la legítima de los demás<sup>180</sup>. Es, en definitiva, la misma solución que para el supuesto de renuncia *ex post* mantiene el artículo 985.2 del CC, cuando en la regulación del derecho de acrecer dice «*Si la parte repudiada fuere la legítima, sucederán en ella los coherederos por su derecho propio, y no por el derecho de acrecer*».

Para la correcta comprensión de la problemática que el artículo 148 de la ley gallega plantea en lo que atañe al apartado, y tomando en consideración que éste puede ser cualquier legitimario, y no sólo los descendientes, creo oportuno diferenciar algunos supuestos.

Así, si el apartado es el cónyuge, la llamada a que «*no hace número*» en el cómputo de la legítima individual sólo puede significar que su cuota en usufructo desaparece, lo que favorece a quienes tengan derecho a la nuda propiedad de la porción correspondiente. Cuando los favorecidos son exclusivamente herederos voluntarios, por no existir descendientes o ascendientes que acrediten derecho a legítima, el hecho de que el supérstite apartado no haga número va a significar, además, la desaparición de la legítima.

Pero donde de veras tiene interés la salvedad del artículo 148 es en el caso de descendientes o ascendientes, si unos u otros tienen legitimarios de la misma clase, y la cuestión consiste en dilucidar el

---

<sup>180</sup> A diferencia de lo que hace el artículo 42.2 de la Compilación balear que, para fijar la legítima de los hijos, ordena que harán número «...*el legitimario instituido heredero, el renunciante, el desheredado, el que haya otorgado definición y el declarado indigno de suceder...*», y análogamente en la legítima aplicable en Ibiza y Formentera, artículo 80 de la misma CB. Este es también el criterio del artículo 357 del CSC.

destino sucesorio de la porción legitimaria que hubiese correspondido al apartado. Es evidente que frente al apartado, sus sucesores y legitimarios el resultado es siempre la pérdida de su derecho a la legítima y a cualquier suplemento o diferencia entre lo recibido en vida del causante, y lo que hubiesen podido recibir de no mediar apartamiento. Sin embargo, frente a los demás legitimarios dicho resultado puede ser antagónico según el destino que se otorgue a la porción que hubiese correspondido a aquél. Así, desde un punto de vista teórico dos son las soluciones posibles. La primera solución pasa por entender que el legitimario apartado se cuenta, hace número o parte a los efectos de la determinación de la legítima individual, de forma que puesto que el apartado queda en todo caso excluido de la sucesión, la apartación no repercute en beneficio de los demás legitimarios, sino en beneficio de la parte de libre disposición que se verá con ello incrementada<sup>181</sup>. Puede decirse que, de haberse adoptado este criterio, la apartación no obstaculizaría la determinación de la legítima individual del apartado, que se haría igualmente, si bien tal porción, que no podría ser recibida por éste (salvo lo recibido anticipadamente), acrecería a la parte de herencia que no constituye legítima, quedando absorbida o subsumida en ella. La segunda de las soluciones mencionadas estima que el renunciante (en nuestro caso, el apartado) no hace número o parte para computar la legítima individual; la legítima global seguirá siendo la misma y se atribuirá al resto de los legitimarios, de suerte que para ellos es como si el apartado no existiera; así, al haber un partícipe menos, e idéntico dividendo global, hay una suerte de derecho de acrecer para el resto de los legitimarios, no variando la parte de libre disposición<sup>182</sup>.

<sup>181</sup> Es el sistema que sigue, por ejemplo, el artículo 357.1 del CSC (cf. también el art. 376.2 del mismo cuerpo legal), tanto para el caso de renuncia, como para el de desheredación e indignidad, en los que se sigue el aforismo romano *exheredatus numerum (o partem) facit ad minuendam legitimam*, regla que se apoya en un texto de Ulpiano y que J. VALLET DE GOYTISOLO glosaba afirmando que en Cataluña, «la legítima individual se calcula incluyendo en el divisor al desheredado, pero el cociente que le hubiese correspondido no incrementa la porción de los otros legitimarios, sino que... es absorbida por el instituido o instituidos herederos» (*Las legítimas*, vol. 2.º, op. cit., p. 721). No obstante, L. JOU I MIRABENT, pone de manifiesto que la cuestión fue muy debatida en el Derecho histórico catalán, entre cuyos autores se observan defensores y detractores de la tesis finalmente adoptada por el artículo 130 de la Compilación de 1960, antecedente inmediato del artículo 357 del CSC (*Comentarios al Código de sucesiones de Cataluña*, t. II, Ley 40/1991, de 30 de diciembre, t. II, Barcelona, 1994, p. 1211). La misma regla se sigue también, como ya he dicho, en los artículos 42.2 y 3 y 80 de la Compilación balear.

<sup>182</sup> Esta es la regla que acoge el Código civil cuando se produce la renuncia de un legitimario, tal y como se desprende del artículo 985.2, aplicable, según la mayor parte de los autores, también en el caso de desheredación. Sin embargo, advierte L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, que la regla puede ser lógica para el caso de renuncia –posterior a la muerte del causante, hay que advertir–, puesto que la legítima global fue atribuida en bloque al con-

La segunda de las posibilidades expuestas es la que adopta el legislador gallego, que mantiene íntegra la legítima colectiva aún en caso de apartación de algún legitimario, de modo que produciéndose ésta, los beneficiarios de la parte del apartado que no haya sido cubierta con la atribución en vida serán el resto de los legitimarios y no la porción de herencia de la que podía disponer libremente el testador.

Tal solución ha sido muy criticada por los comentaristas de la institución<sup>183</sup>, quienes en general consideran que lo coherente con la finalidad de la institución sería que el apartado hiciera número en el cálculo de la legítima de los demás, hasta el punto de que algunos proponen una interpretación correctora del artículo 148 de la LDCG<sup>184</sup>.

#### D) *Consecuencias del apartamiento de todos los legitimarios*

Como ya se ha dicho en reiteradas ocasiones, una de las singularidades del apartamiento gallego en comparación con otras figuras de renuncia anticipada de estructura y función similar a ésta, es su extensión a todos los legitimarios, que en el caso gallego, como en el del Código civil, son los descendientes, los ascendientes en defecto de los anteriores y, en todo caso, el cónyuge viudo.

Ya se ha aludido también a las consecuencias que pueden derivarse del apartamiento del cónyuge. Ahora cumple reflexionar sobre si es o no posible el apartamiento de todos los legitimarios de un orden dado cuando son varios, lo que ante el silencio de la ley ha de ser respondido necesariamente en sentido positivo. Pero siendo así, ¿qué sucede con la legítima? ¿ha de considerarse extinguida, o han de entenderse llamados los legitimarios de grado, o en su caso, de orden sucesivo? Ya vimos en su momento que en caso de apartamiento de todos los descendientes de grado preferente, no son llamados como legitimarios los descendientes del apartado, a su vez descendientes del grado siguiente del apartante, lo que deriva del artículo 134.2 de la LDCG, cuyo significado no puede ser otro que el de entender vinculada a la estirpe del apartado, que ha

---

junto de los legitimarios, pero no lo es en caso de desheredación, donde lo lógico sería que la parte del desheredado quedase en beneficio de la herencia, pues en rigor no hay cuota vacante ni, por tanto, derecho de acrecer (*Derecho de Sucesiones... t. II, op. cit.*, p. 572).

<sup>183</sup> J. M. LOIS PUENTE, *Comentarios al Código civil... t. XXXII, vol. 2.º, op. cit.*, p. 975; *Derecho de Sucesiones...*, *op. cit.*, p. 104; J. L. ESPINOSA DE SOTO/G. GARCÍA-BOENTE SÁNCHEZ, *Derecho de Sucesiones de Galicia, op. cit.*, p. 190; A. PILLADO MONTERO, *loc. cit.*, p. 66.

<sup>184</sup> J. M. LOIS PUENTE, *ibid.*, llega a afirmar que la expresión «no hace número» es una errata.

de considerarse también excluida. Esto concuerda a su vez, en caso de que el apartado sobreviva al apartante, con lo establecido por el artículo 929 del CC, en el que se establece la imposibilidad de representar a una persona viva fuera de los casos de desheredación o incapacidad <sup>185</sup>.

Si el apartamiento extingue los derechos legitimarios de todo el orden preferente, con mayor razón aún ha de entenderse extinguida la legítima del orden siguiente; y así, apartados todos los hijos (y, en consecuencia los nietos), no serán llamados los padres o ascendientes, sino que el causante habrá adquirido una plena libertad de disposición *mortis causa* al haber extinguido las legítimas <sup>186</sup>.

## 7. ¿EXISTE DERECHO DE REVERSIÓN DE LO ATRIBUIDO EN CASO DE PREMORIENCIA DEL DESCENDIENTE APARTADO?

Aunque el asunto no es, ni mucho menos pacífico, el derecho de reversión o retorno que tienen los ascendientes en las cosas dadas «a sus hijos o descendientes muertos sin posteridad», según reza el artículo 812 del CC conforma, en mi consideración, un derecho de naturaleza sucesoria renunciable *ex ante* por el ascendiente donante, de suerte que si esa renuncia concurre, la reversión no se producirá <sup>187</sup>.

En principio, sea cual sea su consideración (¿sucesión legitimaria o sucesión intestada?), cabe albergar pocas dudas acerca de la aplicación del citado artículo 812 en el Derecho civil gallego. Las normas de la Ley de Derecho civil de Galicia no constituyen un sistema sucesorio completo y autointegrable, al modo que sucede por ejemplo ahora con el Derecho de Sucesiones catalán, sino que bien sea por la aplicación de la técnica de las remisiones (art. 152.1 LDCG), bien por la de la supletoriedad del Derecho civil estatal (art. 3.1 LDCG), lo cierto es que el derecho de reversión está tam-

<sup>185</sup> Aunque los descendientes del apartado puedan ser llamados a la herencia del apartante cuando se abra la sucesión intestada de éste último, dándose el supuesto del artículo 923 del CC.

<sup>186</sup> En el mismo sentido, J. M. LOIS PUENTE, *Comentarios al Código civil... t. XXXII*, vol. 2.º, *op. cit.*, p. 976; *Derecho de Sucesiones...*, *op. cit.*, pp. 104-105; A. DÍAZ FUENTES, *op. cit.*, p. 976.

<sup>187</sup> Opinión, por cierto minoritaria en nuestra doctrina. *Vid.*, al respecto, en sentido contrario, J. LÓPEZ GARZÓN, «La resesión legal de donaciones», *ADC*, 1959, pp. 847-937, espec. pp. 904 y 926; A. ROMÁN GARCÍA, *El derecho de reversión legal. Análisis del artículo 812 del Código civil español*, Madrid, 1984, p. 129; J. A. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *Curso de Derecho hereditario*, Madrid, 1990, p. 151. La tesis que sustento en el texto la mantiene también L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho de Sucesiones, t. II, op. cit.*, p. 174.

bién vigente en Galicia. Ninguna de las instituciones propias del Derecho civil gallego, son incompatibles con él. Debe, asimismo, tomarse en consideración que, a diferencia de lo que sucede por ejemplo con el recobro de liberalidades del Derecho aragonés, aplicables sólo en la sucesión legal<sup>188</sup>, el derecho de reversión o retorno del artículo 812 se aplica tanto en la sucesión voluntaria como en la legal (art. 942 del CC)<sup>189</sup>; por ello no queda excluido en caso de apartamiento.

Sentada esta premisa cumple preguntarse si, en caso de apartamiento de un hijo por parte de sus padres (o de cualquiera de ellos) pueden los padres recobrar los bienes atribuidos, en el caso de que fallezca sin posteridad el hijo favorecido con la atribución<sup>190</sup>. Piénsese, por ejemplo, que lo atribuido en apartamiento es un bien inmueble y que el hijo fallece en estado de casado, pero sin hijos, habiendo nombrado heredera universal a su esposa, ¿cuál ha de ser el destino del inmueble? Por añadidura, la hipótesis se puede complicar en el caso de que el inmueble donado hubiera constituido además la vivienda familiar del donatario pre-fallecido y de su esposa, en cuyo caso, el hipotético derecho de reversión podría chocar frontalmente con los derechos sobre la vivienda habitual que se otorgan al viudo al liquidar la sociedad de gananciales; en concreto, en el caso de una sucesión sometida al Derecho civil de Galicia podría entrar en juego el párrafo segundo del artículo 152 de la LDCG para el caso de que el causante hubiese fallecido intestado o sin otorgar disposición a favor de su consorte, en el que éste puede cubrir su cuota usufructuaria sobre los bienes gananciales y ante la insuficiencia de éstos, sobre los privativos del causante (como sería el caso de la vivienda donada al hijo premuerto)<sup>191</sup>.

En su momento expuse varias razones que sustentaban la naturaleza onerosa del apartamiento, lo que en principio bastaría para negar la posibilidad de la reversión, toda vez que ésta tiene virtualidad en el caso de la donación. Sin embargo, la híbrida naturaleza del apartamiento, cuyos perfiles parecen querer esca-

<sup>188</sup> Cf. artículos 209 y 210 de la Ley de Sucesiones por Causa de Muerte, de Aragón.

<sup>189</sup> Es cierto que el artículo 942 lo declara aplicable en la sucesión intestada y en la testamentaria porque, lógicamente, no se está planteando su pertinencia en el caso de sucesión contractual.

<sup>190</sup> La cuestión se la planteó ya, con relación a la definición mallorquina, J. FERRER PONS, *Comentarios al Código civil... t. XXXI, vol. 1.º, op. cit.*, p. 783, quien se inclinaba por la respuesta positiva. Las sentencias ya citadas de la A.P. de Baleares, de 29 de noviembre de 1991, y la del TSJ de Baleares, de 28 de mayo de 1992, negaron la reversión.

<sup>191</sup> Vid. el comentario a este precepto, M. P. GARCÍA RUBIO, *Comentarios al Código civil... t. XXXII, vol. 2.º, op. cit.*, pp. 1202 y ss.

par de la dualidad oneroso/gratuito, y al que para evitar males mayores le hemos aplicado normas sobre computación o imputación legitimaria propia de las donaciones, hace insuficiente esta argumentación. Además, la doctrina resalta la existencia del derecho de reversión o retorno en caso de atribuciones patrimoniales igualmente híbridas, como la donación modal o remuneratoria<sup>192</sup>, por lo que se hace pertinente el análisis más detallado de la cuestión.

Así, desde otro punto de vista, puede mantenerse que el descendiente que premuere a su causante no llega a ser legitimario de éste, y por lo tanto, en cierta medida la atribución que en pago de la legítima le hizo en su día el ascendiente queda privada de su causa determinante y puede volver a quien a manos de quien la atribuyó. Sin embargo, a mi juicio esto contradice el «*carácter definitivo*» que el artículo 134 predica de las consecuencias del negocio de apartamiento y contradice la naturaleza aleatoria de éste que, según se vio, también le era propia.

Por tanto, por su condición definitiva o irrevocable, el pacto sucesorio de apartamiento conlleva una atribución que no puede estar sujeta a la reversión del artículo 812, y ello aún en el caso de que, como es también posible, el ascendiente donante no haya hecho renuncia de su derecho.

## IX. SUPUESTOS DE INEFICACIA DEL APARTAMIENTO

### 1. INTRODUCCIÓN

Se ha hecho hasta ahora referencia a los efectos que puede producir un negocio de apartación y se acaba de hacer mención a su carácter tendencialmente definitivo o irrevocable, concorde además con su naturaleza de negocio bilateral *inter vivos*<sup>193</sup>. Sin embargo, no cabe duda que determinados avatares o circunstancias posteriores a su otorgamiento pueden derivar en la pérdida de efectos del negocio traslativo y del efecto extintivo de la legítima que derivan de la causa que le es propia. Varias son las situaciones que, por su relativa importancia, me interesa plantear: en primer lugar, la posible utilización en esta figura de las técnicas de la nulidad o anulabilidad del negocio jurídico; en segundo lugar, la

<sup>192</sup> L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho de Sucesiones... t. II, op. cit.*, p. 175.

<sup>193</sup> Para J. M. PRADA GONZÁLEZ, la revocabilidad e irrevocabilidad son calificativos paralelos a los de gratuito y oneroso («La onerosidad y la gratuidad de los actos jurídicos», *AAMN*, t. XVI, 1968, pp. 255-393, espec. p. 305).

suerte que ha de correr el apartamiento en caso de que el apartado no llegue a ser efectivamente legitimario, haciendo una mención especial a la hipótesis de posterior separación o divorcio del cónyuge apartado; en tercer término se estudiará la revocación y el mutuo disenso en el apartamiento; en cuarto lugar, cabe cuestionar la posibilidad de utilizar el mecanismo de la rescisión por lesión, en el supuesto de que la atribución del apartado sea manifiestamente inferior al valor de su legítima; en último término, analizaremos el uso de la técnica de la rescisión por fraude, cuando este negocio se pretenda utilizar para defraudar los intereses de terceros.

## 2. NULIDAD O ANULABILIDAD DEL APARTAMIENTO

Siendo el apartamiento un negocio *inter vivos*, estimo que le serán aplicables las técnicas de la nulidad y la anulabilidad del contrato, sin los matices que a estas figuras de invalidez presta el negocio testamentario. Así, las características propias del apartamiento hacen posible la instancia de su nulidad en caso de falta de consentimiento, objeto o causa del negocio, como ocurrirá cuando se pretenda una apartación a cambio de nada, o cuando el negocio sea absolutamente simulado. Lo mismo sucederá en caso de que el apartamiento no conste en escritura pública, al tratarse, como ya se dijo, de un negocio de carácter solemne. En estos casos cualquier persona con interés legítimo podrá ejercitar la correspondiente acción de nulidad. En determinados supuestos puede darse incluso, la conversión de la apartación nula en una donación como anticipo de legítima válida y eficaz.

Asimismo, será posible instar la anulabilidad del negocio cuando apartante o apartado hayan sufrido algún vicio del consentimiento de los que pueden dar lugar a esta modalidad impugnatoria. Tal sucederá, por ejemplo, en caso de apartante o apartado menores de edad o incapacitados, o en el supuesto de que cualquiera de ellos sufra error, dolo o violencia, en los términos de los artículos 1300 ss. del CC. Los únicos sujetos que entonces podrán interponer la acción son el apartante o el apartado afectados por el vicio o la incapacidad, nunca los demás herederos o legitimarios, aunque el pacto de apartamiento les haya perjudicado. En tales situaciones, creo que el apartamiento será susceptible de confirmación, que podrá ser expresa o tácita, y producirá la purificación del negocio desde su celebración (art. 1313 del CC).



### 3. INEFICACIA SOBREVENIDA EN ALGUNOS CASOS EN LOS QUE EL APARTADO NO CONSOLIDA SU POSICIÓN LEGITIMARIA

Puede tener cierto interés preguntarse por la suerte del apartamiento en el caso de que el apartado no llegue a consolidar su expectativa legitimaria. A lo largo de esta exposición he puesto varias veces de manifiesto la irrelevancia que para la eficacia del negocio tiene, por ejemplo, la premoriencia del apartado al apartante, o la repudiación de la herencia por el apartado, una vez abierta la sucesión.

Sin embargo, la cuestión puede tener algo más de enjundia en el caso de que, como sanción a su reprochable comportamiento, el apartante proceda a la desheredación del apartado, o éste sea declarado indigno para suceder. En principio parecería que ninguna de estas dos figuras tendrían juego alguno en el marco de la apartación, ya que la atribución se hizo en virtud del contrato *inter vivos* y no se puede ver afectada por circunstancias que impiden la sucesión *mortis causa*. Cabría pensar que esta solución peca de demasiado simplista si se toma en consideración que se trata de sanciones a la conducta reprobable del apartado que el ordenamiento considera merecedora de reproche jurídico. Sin embargo, no veo cómo una posterior declaración de indignidad o una desheredación justa del apartado puedan dejar sin efecto la atribución hecha en su día en un contrato que contaba con todos los requisitos necesarios para su validez<sup>194</sup>. Probablemente lo más justo sería que, dado lo reprochable de las conductas que dan lugar a la desheredación o la indignidad, se permitiese la revocación unilateral por el apartante de la atribución hecha en su día, cuestión que en seguida trataré de analizar. Sin embargo, puede que el causante no llegue a conocer la causa de indignidad, caso en el cual no puede hacerla valer de ningún modo, e incluso tal causa puede ser posterior a la muerte del causante (art. 756.4 del CC); en estas situaciones está claro que la declaración de indignidad va a suponer la pérdida de los eventuales derechos en la sucesión testada o intestada que pudieran corresponderle a la apartado, pero no creo que la sanción pueda ser extendida a la atribución hecha en vida a cambio de la expectativa legitimaria.

---

<sup>194</sup> En contra de esta opinión, acepta la aplicación de la desheredación justa a la definición balear, J. FERRER PONS, *Comentarios al Código civil... t. XXXI, vol. 1.º, op. cit.*, p. 783; asimismo, considerando razonable aplicar al pacto abdicativo, si éste llega a ser algún día admitido en el Código civil, las causas de desheredación y de indignidad para suceder, P. de BARRÓN ARNICHES, *La renuncia a la legítima futura*, tesis doctoral inédita, p. 379.

Una situación especial se puede producir en el caso de que el apartado sea precisamente el cónyuge y posteriormente se produzca la separación o el divorcio. ¿Puede ser esto causa de la ineficacia de la atribución? A este respecto, aunque la atribución no sea genuinamente una donación, ni mucho menos una donación por razón de matrimonio creo que, tomando en consideración que es precisamente el matrimonio y su subsistencia el que otorga en este caso la condición de legitimario eventual, tendría sentido la aplicación analógica del artículo 116.2 de la LDCG que, sin demasiada corrección técnica, determina los supuestos en los que la separación, el divorcio o la nulidad matrimonial conducen a la ineficacia de la donación *propter nuptias*.

#### 4. REVOCACIÓN UNILATERAL Y MUTUO DISENSO

El tema de la posible ineficacia sobrevenida de la apartación por la voluntad unilateral o concorde de ambos sujetos intervinientes, es puesto en relación con la mención al «*carácter definitivo*» que de sus efectos proclama el artículo 134 de la LDCG por V. Gutiérrez Aller, quien interpreta la referencia citada estimando que por ese mismo carácter no cabe ni revocación ni siquiera mutuo disenso, añadiendo que naturalmente las partes pueden acordar que vuelvan los bienes al apartante, pero en tal supuesto habrá que formalizar un nuevo acto de disposición patrimonial, y no por ello el apartado recuperará la condición de legitimario presunto<sup>195</sup>.

Por mi parte creo que tal postura es exagerada e incorrecta. Desde luego, como se verá, no existe obstáculo en que el apartamiento, como cualquier otro contrato sucesorio, pueda quedar sin efecto por la común voluntad de quienes lo acordaron inicialmente. No sólo no hay razones que se opongan a ello, sino que además la plena admisibilidad de mutuo disenso se confirma en la Disposición Adicional Primera, párrafo 2 de la propia Ley de Derecho Civil de Galicia, donde se afirma que «*La modificación o extinción de los pactos sucesorios por acuerdo de las partes se ajustarán a las mismas formalidades que el pacto que se modifica o extingue...*». Por consiguiente, sólo el fallecimiento del apartante o el apartado veda el mutuo disenso en el apartamiento<sup>196</sup>. Pactada la extinción de la apartación, procederá la «*restitución recíproca de prestaciones*», que en este caso va a significar la recuperación de lo atribui-

<sup>195</sup> V. GUTIÉRREZ ALLER, *Réxime...*, op. cit., p. 96.

<sup>196</sup> El mutuo disenso es también admitido, como no puede ser de otra manera, por J. M. LOIS PUENTE, *Comentarios al Código civil... t. XXXII, vol. 2.º, op.cit.*, p. 980.

do por el apartante, y la recuperación de la condición de legitimario en el apartado. Respecto de lo primero considero, con M. A. Pérez Álvarez <sup>197</sup>, que el pacto subsiste hasta el necesario acuerdo de voluntades de las partes para dejarlo sin efecto y el desestimiento mutuo producirá efectos *ex nunc*; por lo tanto, en su caso la restitución de los bienes habrá de hacerse en el estado en que se encuentren en el momento del acuerdo extintivo, y no en el que tenían en el momento de la apartación, todo ello, claro está, salvo pacto en contrario.

Pero es que, además de la posibilidad de este mutuo disenso, estimo que también en ciertos casos el negocio de apartamiento puede quedar sin efecto por la voluntad unilateral de uno de los intervinientes. Aparentemente esto contradice un principio considerado básico por muchos autores en la doctrina de los pactos sucesorios: el de su esencial irrevocabilidad, como consecuencia ineludible de su bilateralidad. Así, por ejemplo, J. L. Lacruz define el contrato sucesorio como «aquella ordenación *mortis causa* en la que la voluntad del ordenante queda vinculada a otra voluntad no pudiendo revocarse dicha ordenación, por tanto, por el causante de modo unilateral» <sup>198</sup>; sin embargo, el dogma de la irrevocabilidad del pacto no es indiscutido por los autores, no faltando quien rechaza que tal característica sea esencial al contrato sucesorio <sup>199</sup>. A mi juicio, esta última postura es la más acertada, pues aunque no cabe duda que como ocurre en todo tipo de contratos la regla general es la irrevocabilidad, derivada de la esencia bilateral del acuerdo, existen supuestos en los que, por una u otra vía, uno sólo de los intervinientes pueden desvincularse de lo pactado <sup>200</sup>, como se demuestra en la propia Ley de Derecho civil de Galicia que expresamente regula, por partida múltiple, la posibilidad de revocación del pacto

<sup>197</sup> M. A. PÉREZ ÁLVAREZ, *Comentarios al Código civil... t. XXXII, vol. 2.º, op. cit.*, p. 1380.

<sup>198</sup> J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos... V, op. cit.*, p. 381. Asimismo, para E. ROCA TRÍAS, el contrato sucesorio es un negocio jurídico bilateral que tiene como finalidad la ordenación, de forma irrevocable, del destino total o parcial de la herencia del futuro causante (*Derecho civil. Derecho de Sucesiones...*, *op. cit.*, p. 293). La irrevocabilidad esencial del pacto sucesorio es también la opinión sostenida por I. BELUCHE RINCÓN, «La donación *mortis causa* (desde la prohibición de los pactos sucesorios)», *ADC*, 1999, pp. 1059-1108, espec. pp. 1087-1088.

<sup>199</sup> Así, G. VISMARA, *Storia dei patti successori, op. cit.*, p. 3. Recientemente también considera dogmáticamente posible el pacto sucesorio revocable M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, *La sucesión contractual...*, *op. cit.*, pp. 29 y ss., con cita de otros autores españoles que también lo sustentan.

<sup>200</sup> En este sentido, el propio J. L. LACRUZ BERDEJO enumera una serie de situaciones en las que a su juicio el causante puede desistir del contrato sucesorio, *Notas a Binder...*, *op. cit.*, p. 149. El ejemplo tradicional en la doctrina española de pacto sucesorio revocable es el heredamiento preventivo catalán, al que puede añadirse ahora con carácter general la previsión de revocación unilateral de los pactos sucesorios en el artículo 86 de la LSCM aragonesa.

de usufructo voluntario de viudedad<sup>201</sup>. Veamos cuáles pueden ser estos supuestos en el apartamiento.

Desde la óptica del apartado creo que resulta de plena aplicación de la regla del 997 del CC, de conformidad con la cual la repudiación de la herencia (en este caso de la expectativa legitimaria) una vez hecha es irrevocable<sup>202</sup>. Creo que quien acepta o renuncia a una sucesión *mortis causa* toma una decisión definitiva, y ninguna razón hay para que la regla sea la inversa en el caso de que —por admitirlo la ley— la declaración unilateral del aceptante o el repudiante anteceda a la muerte del *de cuius*.

En cambio creo que las posibilidades de revocación unilateral existen desde la perspectiva del apartante. Pocas líneas más arriba hice mención de la hipótesis de que, ante conductas especialmente reprobables por parte del apartado, el causante tuviese a su alcance tal vez la posibilidad de desheredación o de invocar la concurrencia de una causa de indignidad, o incluso la de acudir a la revocación de la atribución por causa de ingratitud; se trataría pues, en este último caso, de una especie de aplicación analógica del artículo 648 del CC al caso de la apartación. Personalmente considero adecuada esta aplicación analógica<sup>203</sup>, aunque sin duda el carácter híbrido del apartamiento, cuya consideración como gratuito u oneroso resulta, como ya vimos, enormemente discutible, complica la utilización en su auxilio de los preceptos relativos a las liberalidades; precisamente por ello, hubiera sido preferible que la Ley de Derecho Civil de Galicia hubiese incluido, dentro de un más que conveniente conjunto de disposiciones generales dedicadas a todos los pactos sucesorios que acoge, una norma similar al § 2294 del BGB, donde se admite el cauce de revocación unilateral del contrato sucesorio por parte del causante, en caso de mala conducta del beneficiario del mismo<sup>204</sup>.

Finalmente, en consonancia con la admisión de la condicionalidad o modalización del apartamiento, creo posible la revocación en caso de que la atribución se haya hecho en consideración a ciertas

---

<sup>201</sup> Vid. no obstante, las dificultades interpretativas que plantea la citada revocación del usufructo viudal en M. P. GARCÍA RUBIO, *Comentarios al Código civil... t. XXXII, vol. 2.º*, pp. 812 y ss.

<sup>202</sup> Es también la opinión, para la definición, J. FERRER PONS, *Comentarios al Código civil... t. XXXI, vol. 1.º, op. cit.*, p. 782.

<sup>203</sup> Que en general aprecia para los pactos sucesorios positivos J. L. LACRUZ BERDEJO, *Notas a Binder...*, *op. cit.*, p. 149.

<sup>204</sup> De conformidad con este precepto, el causante puede resolver una disposición contractual si el designado se hace culpable de una falta que autorice al causante para la privación de la legítima o, en caso de que el designado no pertenezca a los titulares de la legítima, le autorizaría a tal privación si el designado fuese un descendiente del donante.

cargas u obligaciones que el apartado deba cumplir, cuando éstas no hayan sido efectivamente cumplidas.

En todos estos casos, la pérdida de la atribución por el apartado será correlativa a la «recuperación» de su condición legitimaria (que en su caso podrá ser eliminada por desheredación o indignidad, pero ya una vez abierta la sucesión), al haber perdido su causa la extinción a la que el pacto dio lugar.

## 5. RESCISIÓN POR LESIÓN

Tanto al aludir al carácter aleatorio del negocio de apartamiento, como en el estudio de la cuantía de la atribución dada por el apartante al apartado, manifesté ya mi opinión contraria a la utilización en la hipótesis de apartamiento del remedio de la rescisión por lesión.

Que la rescisión por lesión queda vedada en el caso de que lo atribuido al apartado sea manifiestamente inferior a lo que le correspondía como legitimario, en el momento del cálculo efectivo de la legítima, se desprende sin más del tenor literal del artículo 134 de la LDCG, que literalmente considera al apartado excluido de su condición de legitimario con carácter definitivo «*cualquiera que sea el valor de la herencia en el momento de deferirse*», lo que pone en evidencia el deseo del legislador de que la exclusión no dependa en absoluto de los vaivenes de la fortuna del causante de la sucesión.

Por mi parte, estimo que tampoco existe el recurso a la rescisión *ultra diminium* cuando la discrepancia en menos entre la atribución al apartado y el valor de su legítima (mejor dicho, de lo que sería su legítima si en ese momento se abriese la sucesión) se refiera al tiempo de la apartación. No porque la aleatoriedad que se predica del apartamiento sea incompatible con la rescisión<sup>205</sup>, sino porque no tiene cabida aquí ninguna de las situaciones a las que, según el artículo 1291. 1 y 2 del CC, se puede aplicar el remedio. En ambos casos se trata de un remedio que tutela los derechos de personas incapacitadas o ausentes, que nunca podrán tener la condición de apartados.

Cabría, según anticipé, entender que lo procedente en el caso era la aplicación del artículo 1075 del CC, por la analogía que en el apartamiento puede presentar con una partición hecha por el difun-

---

<sup>205</sup> Como parece entender J. M. LOIS PUENTE, *Derecho de Sucesiones*, op. cit., p. 93; pero *vid. supra*.

to, si bien con carácter anticipado. Como es sabido, este precepto admite la rescisión de este tipo de partición cuando la misma perjudique la legítima de los herederos forzosos; sin embargo esta lesión habría de producirse en el momento del cálculo de la legítima y no en el de la apartación, lo que como ya he dicho no cabe en el marco de la apartación gallega. Además, aunque se tratase como una «partición anticipada» no se debe olvidar que fue pactada con el apartado, y que éste se mostró conforme con ella, con lo que una ulterior impugnación de su eficacia por causa de lesión sería contraria a la prohibición de ir contra los actos propios. Evidentemente, lo que tendría el apartado a su alcance, en caso de que el perjuicio hubiese sido dolosamente causado, o él hubiese sufrido un error que viciase su consentimiento, es la acción de anulabilidad.

## 6. RESCISIÓN POR FRAUDE

En otros momentos del presente trabajo me planteé ya la hipótesis de que el negocio de apartamiento pudiese significar en alguna medida un fraude a los intereses de terceros y que, precisamente por ello, existiese la posibilidad de que dichos terceros pudieran ejercitar una acción revocatoria basada en el fraude. ¿Quiénes pueden ser esos terceros eventuales legitimados para el ejercicio de una acción basada en el fraude? A mi entender sólo los acreedores del apartante o los acreedores del apartado, pues los legitimarios de los intervinientes, o gozan como ya hemos visto de otros instrumentos de protección más idóneos, o carecen en absoluto de la posibilidad de impugnar un apartamiento válido (caso de los legitimarios del apartado). Cabría también suscitar las posibilidades impugnatorias basadas en el fraude de sus derechos de los acreedores hereditarios (fueran o no acreedores personales del causante), para los que algún Código como el suizo contiene una previsión legal, y respecto de los que, como era de esperar, nada dice la Ley de Derecho civil de Galicia<sup>206</sup>. Veamos qué solución cabe ante estos posibles conflictos, suscitados muchas veces –aunque no siempre– por la falta de equivalencia entre las prestaciones del apartante y el apartado.

Ya he dicho con reiteración, que la tipificación legal del negocio de apartamiento no permite otorgar validez a una apartación en

---

<sup>206</sup> Es de resaltar que, en la crítica que J. FERRER PONS hace de la definición balear, este autor señala que todos los inconvenientes de la institución, menores en todo caso que sus ventajas, pueden resumirse en una: el peligro de su otorgamiento en fraude de acreedores (*Comentarios al Código civil... t. XXXI, vol. 1.º, op. cit., p. 792*).

la que la contraprestación recibida por el apartado sea irrisoria o francamente inferior al valor de la expectativa legitimaria (lo que podría denominarse como apartamiento *nummo uno*). He dejado sentado también que si un negocio abdicativo de estas características se realiza, no puede ser rescindido por lesión, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en el Derecho catalán. La cuestión que me planteo ahora es si un negocio de tal tipo es o no impugnabile por los acreedores del apartado que ven mermadas sus posibilidades de cobro al extinguir éste su expectativa legitimaria a cambio de una contraprestación de escaso o nulo valor patrimonial. Se dirá que en realidad en estos casos estamos más ante un supuesto de simulación que de fraude, con lo que la sanción sería la nulidad del negocio y no su posible rescisión. Sin embargo sabemos la dificultad que muchas veces acarrea la prueba de la simulación por lo que, como se desprende de cierta jurisprudencia reciente, no está de más que el acreedor perjudicado ejercite, si es el caso, ambas acciones simultáneamente<sup>207</sup>. La cuestión es decidir si en un supuesto de renuncia a la legítima gratuita o al menos mixta se da una situación de fraude objetivo que permita a los acreedores del apartado perjudicados impugnar el apartamiento con independencia de la intención que movió al apartado (y al apartante) a actuar como lo hizo; una conclusión de tal tipo podría tener encaje tanto en la interpretación conjunta de los artículos 1297.1 y 643 del CC que permite apreciar una situación objetiva de fraude en todos los negocios que tienen una causa más débil que la que da origen al derecho del acreedor impugnante, como en el artículo 6.2.º de la que puede extraerse la regla general que prohíbe la renuncia en perjuicio de los acreedores<sup>208</sup>. Pues bien, en mi opinión la respuesta ha de ser en este caso negativa, porque en el momento que se produce esa renuncia del apartante éste no está abdicando de un derecho cuyo contenido patrimonial tenga interés para los acreedores del renunciante; sólo renuncia a una expectativa sobre la que, de momento, los acreedores no pueden ejercitar derecho alguno<sup>209</sup>. Otra cosa es que en el plazo de ejercicio de la acción revocatoria (cuatro años) se produzca el fallecimiento del causante y los efectos de aquélla renuncia se materialicen en la no recepción de la legítima a que de otro modo el apartado tendría derecho. Probablemente entonces, de no proceder

<sup>207</sup> STS de 7 de julio de 1995, RJA, núm. 5.594.

<sup>208</sup> Vid. la exposición de los argumentos que amparan ambas conclusiones en C. JEREZ DELGADO, *op. cit.*, pp. 179 y ss. y 297 y ss.

<sup>209</sup> Es significativo en este sentido el párrafo segundo del artículo 351 del CSC, a cuyo tenor «La legítima no deferida no podrá ser objeto de embargo o de ejecución por deudas de los presuntos legitimarios».

la nulidad por simulación, los acreedores del apartado (cuyos créditos fuesen anteriores al negocio de apartamiento, vencidos o no) podrían intentar la revocación por la vía genérica del artículo 1291.3.º del CC, que podría además completarse con la utilización de la acción prevista en el artículo 1001 del CC en el caso de que, además de haber renunciado anticipadamente a la legítima, les correspondiese suceder, ahora como herederos (voluntarios o legales) y renunciasen también a la herencia.

Distinta es la situación en la cual existe una falta de equivalencia entre las prestaciones del apartado y el apartante en el sentido cabalmente contrario al que se acaba de indicar. Es decir, la adjudicación del apartante al apartado es notablemente superior al valor estimado de la expectativa legitimaria del apartado. ¿Cabría entonces que los acreedores del apartante impugnasen el negocio por fraude a sus legítimos derechos? Es más, aún cuando esa falta de equivalencia entre las prestaciones no se diese, ¿podrían impugnarlo igualmente, puesto que el empobrecimiento patrimonial que el apartamiento significa para el apartante menoscaba en todo caso el derecho de esos acreedores? Desde una perspectiva tradicional, los comentaristas de la ley gallega han visto dificultades en la posible utilización de la rescisión por fraude por parte de los acreedores del apartante, fundadas precisamente en el carácter oneroso del negocio de apartación, que exigiría para la utilización del remedio la prueba del *consilium fraudis* (confabulación del deudor y del apartado para defraudar)<sup>210</sup>. Por eso algunos de ellos han considerado que al menos frente a los acreedores del apartante el negocio de apartamiento ha de tratarse como un negocio lucrativo, a fin de que se pueda presumir *iuris et de iure* el fraude. Sin embargo, creo al mismo resultado práctico se puede llegar con mejor argumentación.

En efecto, de nuevo se puede acudir a los atinados intentos de la doctrina que trata de bosquejar un concepto objetivo de fraude en el que también pueden caer algunos negocios onerosos (o al menos, que no son puramente gratuitos). La utilización de la acción pauliana por parte de los acreedores en un negocio de apartamiento en el que incluso pueda existir una cierta equivalencia entre las prestaciones puede ampararse, desde esta perspectiva objetivadora, en el artículo 1292 del CC, para el caso de que los acreedores lo sean por deudas vencidas y exigibles. En el precepto que se acaba de mencionar se declaran rescindibles los pagos hechos en estado de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo cumplimiento no podía ser compelido el deudor al tiempo de hacerlos, supuesto en el que

---

<sup>210</sup> A. DÍAZ FUENTES, *op. cit.*, pp. 257-258.



la revocación es independiente de si existió o no intención de defraudar o tan siquiera conciencia del daño<sup>211</sup>. Bajo la consideración del apartamiento como un pago anticipado de la legítima ¿no se puede interpretar que estamos precisamente en la situación descrita? Es evidente que el apartante no tiene obligación alguna de satisfacer en vida la legítima del apartado, y sin embargo lo hace; cuando con dicho pago perjudica a sus propios acreedores estamos sin duda en el situación prevista en el artículo 1292 que, con esta interpretación, permitiría la revocación basada en el fraude objetivo por parte de los acreedores cuyos créditos fueran vencidos y exigibles en el momento del apartamiento.

Pero además, en el caso de que la prestación dada por el apartante al apartado fuese notablemente superior al valor de la expectativa legitimaria la posible utilización de la acción rescisoria podría tener también otro fundamento, aún cuando no exista o no se pueda probar la intención de defraudar. Algunos autores recientes tratan de extender, a mi juicio con argumentos convincentes, la posibilidad de aplicar la presunción absoluta de fraude a las transmisiones onerosas en las que existe un notable desequilibrio entre el valor del bien y el de la contraprestación acordada, si como consecuencia directa de ello se provoca una lesión al derecho de crédito de los acreedores del transmitente<sup>212</sup>, supuesto en el que el tercero (en nuestro caso el apartado) si es de buena fe podría optar por el pago del crédito o por la restitución de las prestaciones al estado inicial, si quiere evitar la operatividad de la rescisión; de existir mala fe se verá sometido a las consecuencias previstas en el artículo 1298 del CC.

En fin, una vez causada la sucesión, ¿tienen los acreedores hereditarios alguna posibilidad de impugnar el negocio de apartamiento? Pensemos en acreedores del causante cuyos créditos fueron posteriores al negocio en cuestión, o en acreedores por obligaciones hereditarias nacidas precisamente de la causación de la sucesión. Es cierto que los herederos reciben como consecuencia de la apertura del fenómeno sucesorio la titularidad pasiva de esas obligaciones; pero ¿y si aceptan a beneficio de inventario y la herencia resul-

<sup>211</sup> C. JEREZ DELGADO, *op. cit.*, pp. 321 y ss.

<sup>212</sup> Tesis adelantada por M. MORALES MORENO, quien en el Prólogo a la obra citada de C. JEREZ DELGADO dice «¿Resulta razonable que pueda la autonomía de la voluntad del deudor transformar la valoración típica de ese acto en el mercado, como acto gratuito o acto de favor, por la de acto oneroso, para cubrirlo con el velo de esa naturaleza y convertirlo en inatacable para los acreedores? Creo que no. El poder de configuración de la autonomía de la voluntad debe ceder en estos casos ante la lesión que el acto produce a los acreedores. De este modo se produce un ensanchamiento de la idea de gratuidad, y se objetiva el fraude». La idea es desarrollada por la propia C. JEREZ DELGADO, *op. cit.*, pp. 273 ss.

ta insolvente? ¿pueden esos acreedores hacer algo sobre los bienes recibidos por el apartado? Existe un precepto del Código civil suizo que precisamente responde a esta cuestión<sup>213</sup>. Nada similar existe en nuestro Derecho, donde estos acreedores sólo podrán utilizar los mecanismos revocatorios en la medida permitida por los preceptos generales del Código civil (arts. 6.2.º, 1111, 1291.3.º, 1292, 1297 y 643.2).

---

<sup>213</sup> Artículo 497: «El renunciante y sus herederos pueden, si la sucesión es insolvente en el momento en el que se abre y si los herederos del difunto no adquieren las deudas, ser llamados por los acreedores hereditarios, hasta la concurrencia de los bienes que han recibido en virtud del pacto sucesorio en los cinco años anteriores a la muerte del disponente y en la medida en que se hubiesen enriquecido a causa de la devolución».



# La responsabilidad civil extracontractual de los deportistas

**M.ª DEL ROSARIO DÍAZ ROMERO**  
Profesora Titular interina de Derecho civil  
Universidad Autónoma de Madrid

**SUMARIO:** I. *Introducción.*—II. *Criterios de imputación de responsabilidad:* 2.1 Consideraciones generales. 2.2 Daños producidos a espectadores y transeúntes. 2.3 La lesión a un compañero de juego o deporte.—III. *Responsabilidad civil derivada del ejercicio de actividades deportivas en particular:* 3.1 Clasificación de actividades deportivas. 3.2 Responsabilidad en la práctica de actividades deportivas orientadas a causar lesiones. 3.3 Responsabilidad de participantes en carreras de velocidad. 3.4 Responsabilidad de esquiadores, cazadores y alpinistas. 3.5 Responsabilidad en el ejercicio de deportes en equipo.—IV. *Ámbito de aplicación del ordenamiento jurídico estatal frente al denominado derecho deportivo.*—V. *La responsabilidad de los organizadores de espectáculos y competiciones deportivas:* 5.1 Responsabilidad de organizadores sin ningún tipo de contrato deportivo con los participantes. 5.2 Responsabilidad de organizadores cuando existe un contrato deportivo con los participantes: 5.2.1 Naturaleza jurídica del contrato deportivo; 5.2.2 Relación de jerarquía o dependencia y responsabilidad de los clubes o entidades deportivas por actos de los deportistas: 5.2.2.a) Particular referencia al club de fútbol y al futbolista profesional.—VI. *El resarcimiento del daño:* 6.1 El resarcimiento del daño sufrido por el tercero. Valoración y liquidación. 6.2 El resarcimiento del daño sufrido por el deportista y su valoración y liquidación. 6.3 El resarcimiento del daño sufrido por sociedad o ente deportivo.—VII. *Ilícitos deportivos fraudulentos:* 7.1 Fraude deportivo y responsabilidad civil extracontractual. 7.2 Sujetos perjudicados y resarcimiento del daño. Bibliografía. Relación de jurisprudencia.

## I. INTRODUCCIÓN

Los accidentes deportivos, cada vez más numerosos y de mayor importancia en nuestro entorno, por el aumento de las actividades deportivas y el surgimiento de nuevos deportes, vienen suscitando un interés cada vez más creciente entre los juristas. Además, la evolución tecnológica ha supuesto la creación de deportes que incorporan un soporte material más desarrollado pero también, en algunas

ocasiones, más complejo y peligroso, incrementando, así, el riesgo de causar daños.

Este acrecentamiento de la posibilidad de lesión afecta no sólo a los terceros, ajenos al ejercicio de la actividad deportiva desarrollada, sino también a los propios compañeros deportistas o participantes en el juego deportivo o competición en cuestión.

De todos es conocido el riesgo que implica el ejercicio de deportes como el boxeo, artes marciales, caza, deportes alpinos, competiciones de velocidad, partidos de fútbol, etc.

Somos conscientes de que estamos ante un campo poco investigado, por lo que, creemos, puede resultar interesante centrar el presente estudio en la responsabilidad civil extracontractual derivada del ejercicio de actividad deportiva, en función de los sujetos intervinientes y la clase de actividad realizada. Trataremos, por tanto, de analizar las diferentes hipótesis de responsabilidad extracontractual por daños causados a participantes o terceros durante el ejercicio de estas actividades.

## II. CRITERIOS DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD

### 2.1 Consideraciones generales

Nuestro sistema español de responsabilidad civil se incluye entre los sistemas atípicos de ilícito civil, caracterizados por el hecho de que el principio de resarcibilidad de todo daño cualificado como «antijurídico» es una cláusula general, cuya concreción se remite al juez, el cual, caso por caso, decide si el interés lesionado encuentra protección en nuestro ordenamiento jurídico y si la lesión constituye, por ello, un daño calificable como ilícito y que, por tanto, ha de ser resarcido<sup>1</sup>.

La antijuridicidad del daño es la contrariedad del mismo con el Derecho, entendido éste en un sentido objetivo —el ordenamiento jurídico considerado en su totalidad—, comprensivo de las leyes, la costumbre y los principios generales del Derecho (*ex art. 1 del C.c.*).

Y no estando previsto el requisito objetivo de la antijuridicidad expresamente en el artículo 1902, pese a su exigencia por la doctrina mayoritaria<sup>2</sup>, Busto Lago considera un objetivo de primer orden

<sup>1</sup> Vid. al respecto, J. M. BUSTO LAGO, *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, Madrid, 1998, p. 35.

<sup>2</sup> Vid. al respecto, L. DÍEZ-PICAZO/A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil II*, Madrid, 1990, p. 599; J. SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, Madrid, 1993, pp. 28-34.

fundamentar en nuestro ordenamiento jurídico la exigencia de este presupuesto en la responsabilidad civil extracontractual<sup>3</sup>.

El concepto de ilícito civil, manifiesta este autor, surge de la interpretación sistemática de los artículos 1089, 1887 y 1902 del Código civil, y sus elementos esenciales son el daño, la antijuridicidad del hecho dañoso, el criterio de atribución –culpa, dolo, riesgo– y la relación de causalidad entre la acción y el evento dañoso.

Para la mayoría de la doctrina, explica, el ilícito civil implica la existencia de una acción o de una omisión «antijurídica y culpable», por contener un elemento objetivo –violación de un deber u obligación jurídica– y un elemento subjetivo –culpabilidad–, pero «ni la existencia, ni la autonomía de estos dos componentes han sido debidamente clarificadas, y ni la doctrina ni la jurisprudencia españolas han visto de una manera evidente la independencia de la culpabilidad y de la antijuridicidad como componentes del ilícito civil»<sup>4</sup>.

Por otro lado, añade este autor, otra condición de la responsabilidad civil es la imputabilidad, requisito subjetivo e individual referido al agente y no al acto, al que nuestro Código civil no hace referencia expresa, pero que también es necesario para el surgimiento de la obligación resarcitoria<sup>5</sup>.

Esta obligación de resarcibilidad de todo daño ilícito reside en el principio general *alterum non laedere* y el sistema de responsabilidad extracontractual gira en torno a la posición de la víctima injustamente perjudicada por un hecho dañoso antijurídico, entendiéndose por tal aquel que tiene por objeto un interés jurídicamente protegido<sup>6</sup>.

---

En contra puede verse, F. PANTALEÓN PRIETO, «Comentario al artículo 1902 del CC», *Comentarios del Código civil, T.II*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1994: «Creemos, frente a la opinión dominante (LACRUZ, *Elementos, II-1*, pp. 500-503, DE ÁNGEL, *Responsabilidad*, pp. 84-104), que la antijuridicidad de la conducta no es, en nuestro Derecho, un requisito de la responsabilidad extracontractual».

<sup>3</sup> J. M. BUSTO LAGO, *op. cit.*, p. 34.

<sup>4</sup> *Vid.* en este sentido, A. DE CUPIS, *El daño*, Trad. por MARTÍNEZ SARRIÓN, Barcelona, 1975, p. 186.

<sup>5</sup> J. M. BUSTO LAGO, *op. cit.*, pp. 192-199.

<sup>6</sup> *Vid.* al respecto: L. Díez-PICAZO/A. GULLÓN, *op. cit.*, p. 599; J. M. BUSTO LAGO, *op. cit.*, pp. 203-206; YZQUIERDO TOLSADA, M.: *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Madrid, 1989, pp. 333-335, para quien «El comportamiento que genera la obligación de indemnizar no sólo debe guardar conexión causal con el daño, sino que debe además ser antijurídico».

[...] Todo se reconduce así al análisis de la conducta que tenía que desplegarse, para, en contraste con ésta, evidenciar –ha señalado recientemente BUERES (*El acto ilícito*, Buenos Aires, 1986, pp. 69 y 70)– si se ha transgredido el orden jurídico.

[...] Si no hay alusión en nuestro Código (arts. 1101 y 1902) a la antijuridicidad, como tampoco la hay en el francés, acaso sea porque se ha pretendido encajar a este elemento en determinadas formas de imputación («dolo, negligencia o morosidad», «interviniendo

Como señala Díez-Picazo, «la responsabilidad civil hoy, lejos de buscar una moralización de las conductas, trata de asegurar la reparación de los perjuicios de las víctimas. Es lo que hemos llamado principio *pro damnato* o la idea de que por regla todos los perjuicios y riesgos que la vida social ocasiona, deben dar lugar al resarcimiento, salvo que una razón excepcional obligue dejar al dañado sólo frente al daño... Sin embargo, el injusto no puede sin más excluirse, aunque sea discutible si el injusto ha de ser el hecho inicial o el resultado final del daño. Y ello en atención a que los daños justamente causados no se indemnizan. Aunque la acción sea punible, no se indemniza si concurre una causa de justificación. Tampoco se indemniza si uno actúa en el ejercicio de su derecho, porque el que usa de su derecho no lesiona»<sup>7</sup>.

En vista de ello, en determinadas ocasiones la causación de un daño no hace surgir para el agente la obligación resarcitoria correspondiente. Son supuestos en los que falta el requisito de la antijuridicidad del hecho dañoso, por estar amparado en alguna causa de exclusión de la antijuridicidad y, por tanto, al considerarse lícito provoca la exoneración de responsabilidad<sup>8</sup>.

Por consiguiente, el principal efecto de las causas de exclusión de antijuridicidad en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, y, en concreto, el consentimiento del perjudicado en la forma de asunción de riesgos, como una de estas causas, es la exoneración de responsabilidad por el hecho dañoso, y, en consecuencia, la eliminación de la obligación resarcitoria del daño.

En relación con la responsabilidad por daños ocasionados durante el ejercicio de actividad deportiva, que es el tema a analizar en este trabajo, el daño, como ilícito civil, debe ponderarse en relación con el consentimiento del perjudicado, como causa de exclusión de la antijuridicidad, concretada en la teoría de la asunción de riesgos, que debe entenderse no como aceptación de un daño cierto, sino como aceptación del riesgo de sufrir un daño.

En este sentido, la doctrina ha venido diferenciando los elementos subjetivos y objetivos, que intervienen en las distintas hipótesis

---

culpa o negligencia»), pero en realidad, al hablar de antijuridicidad no debe importar la imputabilidad del autor del hecho, sino sólo la contradicción entre el hecho y el ordenamiento jurídico.

[...] Cuando el comportamiento es violatorio del deber general de no dañar (*naeminem laedere*) estamos ante un acto ilícito (extracontractual). Cosa distinta es el paso posterior que deba darse para llegar a la responsabilidad analizando la imputabilidad de la conducta al sujeto...».

<sup>7</sup> L. Díez-PICAZO, «La responsabilidad civil hoy», *Anuario de Derecho Civil*, 1979-IV, pp. 734-735.

<sup>8</sup> *Vid.* al respecto, R. DE ÁNGEL YAGÜEZ, *op. cit.*, p. 89.

de daños sufridos durante el desarrollo de una actividad deportiva, para determinar los criterios de imputación de responsabilidad.

En relación con el elemento subjetivo, se han distinguido los sujetos lesionados y se ha diferenciado entre participantes en el evento deportivo y terceros.

Respecto a los elementos objetivos, suele tenerse en cuenta, en relación a los sujetos lesionados, por un lado, si los daños producidos a participantes en acontecimientos deportivos han surgido o no como consecuencia de sus propias infracciones de reglamentos deportivos y, por otro lado, si los terceros tenían la condición de espectadores, y se encontraban, por tanto, dentro del recinto deportivo o lugar destinado a la práctica deportiva en cuestión, o si eran meros transeúntes que se han visto afectados por el ejercicio de dichas actividades.

Y también, lógicamente, en referencia a los agentes productores del daño, se tiene presente si desarrollaban la actividad deportiva en recintos o lugares adecuados para la práctica de dicho deporte, y si actuaron en todo momento conforme a las reglas del juego.

Todos estos elementos confluyen en la determinación de los criterios a seguir en cada hipótesis, por tanto, no existe un único criterio de imputación, sino una convergencia de la teoría del riesgo y de la culpa, matizadas por las conductas del agente del daño y del propio lesionado, y por el tipo de actividad deportiva desarrollada.

Por todo ello, se hace necesario o imprescindible analizar todos estos elementos, en relación a diferentes tipos de actividades deportivas, pues es evidente que resultaría imposible, o al menos desbordaría las pretensiones de este trabajo, el análisis pormenorizado de los hechos generadores de responsabilidad civil extracontractual en todas y cada una de las actividades deportivas de la actualidad.

## **2.2 Daños producidos a espectadores y transeúntes**

Las lesiones sufridas por los espectadores de acontecimientos deportivos suelen analizarse desde una perspectiva favorecedora del deportista causante del daño, pues, en principio, se presume que toda persona que acude a presenciar el desarrollo de un acontecimiento deportivo asume los riesgos derivados del ejercicio de dicha actividad, y cuanto mayor es la peligrosidad del deporte, mayor riesgo asume el espectador.

Sin embargo, no en todos los casos el riesgo debe ser completamente asumido por el aficionado presente en el acto deportivo, pues, también, es reconocido que quien provoca un riesgo con el ejercicio de una actividad debe asumir sus consecuencias.



Afirmación que tampoco debe entenderse en sentido absolutamente contrario al deportista, ya que su responsabilidad se matiza en relación al lugar donde desempeña el deporte, a su propia conducta en el desarrollo de la actividad y al comportamiento del espectador durante el evento.

Esclarecedor resulta, a este respecto, el supuesto aportado por Andreas Wacke, apoyándose en el Derecho Romano<sup>9</sup>.

Este autor nos muestra el supuesto del daño producido en el ejercicio del deporte de lanzamiento de jabalinas, a través de una cita del Digesto<sup>10</sup>, y establece una distinción para la imputación de responsabilidad, basándose en el lugar en que acaece el accidente, y en el comportamiento del lanzador de jabalinas y el lesionado.

Entiende este autor que si el lanzamiento de jabalinas se realiza en un sitio público, resulta clara la responsabilidad del lanzador, porque al ejercitar un deporte tan peligroso en un lugar accesible a todos, se infringe la diligencia a preservar en el tráfico. Y, citando a Paulo, afirma que en este caso el lanzador no se puede exonerar con el reproche de la persona lesionada, «pues también un juego pleno de riesgos implica culpa».

Distinto es, afirma, si el lugar resulta destinado a tales ejercicios de modo reconocible por todos. Allí es necesario mantenerse en algún punto seguro. Y si el tercero actúa con imprudencia tiene él mismo la culpa, si de ello resulta herido, y excluye la responsabilidad del lanzador<sup>11</sup>.

Por tanto, de todo lo expuesto se observa que el creador de un riesgo responde del daño causado a terceros siempre que ponga en peligro a éstos, y ello se deduzca de la circunstancia del lugar donde ejercite la actividad. Si ésta se desarrolla en lugar adecuado y especialmente destinado a ello, el tercero que acude a dicho terreno conoce la peligrosidad de la actividad, o se presume que la conoce, y asume el riesgo que ello comporta, exonerando de responsabilidad al deportista causante del daño.

Ello es así, salvo una evidente excepción: los casos en los que el daño sea causado deliberadamente por el deportista. En este caso,

<sup>9</sup> A. WACKE, «Accidentes en deporte y juego según el Derecho Romano y el vigente Derecho Alemán», *Anuario de Historia del Derecho Español*, T. LIX, Madrid, 1989, pp. 555-557.

<sup>10</sup> Según D. 9,2,9,4 (*Ulpianus libro 18 ad edictum*) y D. 9,2,10 (*Paulus libro 22 ad edictum*): «Si lanzando jabalinas por diversión hubiese sido muerto un esclavo, tiene lugar la ley *Aquila*. Pero si cuando otros están lanzando jabalinas en el campo, hubiera cruzado un esclavo por aquel lugar, cesa la *Aquila*, porque no debió pasar intempestivamente por un campo en el que se arrojaban jabalinas. Sin embargo, quien lanzó deliberadamente contra él queda obligado por la *Aquila*: pues la culpa incluye también el tomar parte en un juego peligroso».

<sup>11</sup> A. WACKE, *op. cit.*, pp. 555-556, citando D. 50,17,20,3.

afirmaba Wacke, según el texto romano, «prepondera, una vez más, la culpa del lanzador sobre el hecho de que el dañado se haya puesto en peligro». Y advierte que no se trata de hechos dolosos, sino que caben también los supuestos de imprudencia <sup>12</sup>.

El elemento, pues, a tener en cuenta para la imputación de responsabilidad, según se desprende de la interpretación de los textos romanos aportada por Wacke, es la preponderancia en la culpa de los intervinientes en la causación del daño.

Y así se muestra, también, en otro caso de similares características, que igualmente analiza este autor. En este suceso de lesiones, consecuencia de un juego de pelota, extraído también del Digesto <sup>13</sup>, Fabio Mela acogió la culpa como criterio de imputación de responsabilidad, pero no decidió quien era el culpable. Y, al igual que en el caso de la jabalina, al jugador no se le puede reprochar la práctica del juego, siempre que no apunte intencionadamente a un no partícipe. Más bien debe considerarse culpable, como afirmaba Próculo, al barbero, por no haber previsto el riesgo, o más acertadamente, como más tarde consideró Ulpiano, al propio esclavo, pues también era previsible el riesgo para él.

De este modo, se reafirma que si la culpa del agente no supera la del lesionado, no puede exigirse responsabilidad. Y esto es una cuestión a decidir por el juez.

En definitiva, el deportista no es responsable de los daños ocasionados a transeúntes y espectadores, si actúa dentro del marco de la práctica normal del deporte. Sólo responde por las lesiones producidas voluntariamente o por provocar intencionadamente un peligro, es decir, si la culpa del deportista predomina sobre la culpa del espectador, al ponerse él mismo en peligro <sup>14</sup>.

<sup>12</sup> A. WACKE, *op. cit.*, pp. 557-558.

Señala, además, que este caso adquirió una relevancia especial para las doctrinas de la cooperación y la compensación de culpas. Aunque en el Ordenamiento jurídico alemán, el parágrafo 254 del BGB «lleva hoy regularmente a repartir el daño en proporción en la cual han contribuido el que causa el daño y el dañado respectivamente a la causación y de su correspondiente culpa. No obstante, esta división del daño en cuotas es, en la larga evolución histórica del problema de la compensación de culpas, relativamente creciente: el primero en fundamentarla científicamente fue Christian Wolf».

<sup>13</sup> A. WACKE, *op. cit.*, pp. 558-560: D. 9.2,11 pr. (*Ulpianus libro 18 ad edictum*): «Escribe Mela que si varios jugasen a la pelota y uno, habiendo golpeado la pelota con más fuerza, la hubiese lanzado sobre la mano de un barbero de tal modo que a un esclavo al que el barbero estaba afeitando le fuera cortada la garganta con la navaja, queda obligado por la ley *Aquilia*, cualquiera de los que fueran culpables. Próculo dice que la culpa está en el barbero; y ciertamente, si afeitaba allí donde era costumbre jugar o donde el tránsito era frecuente, hay motivo para imputarle la responsabilidad; aunque también se dice acertadamente que si alguien se confía a un barbero que tiene colocada la silla en un lugar peligroso, solo él tiene la culpa».

<sup>14</sup> A este respecto se pronuncia también V. FRATTAROLO, *La responsabilità civile per le attività sportive*, Milano, 1984, p. 55, en relación a accidentes sufridos por espectadores de

Ya en época actual podemos comprobar como los criterios de imputación de responsabilidad en esta materia, que aparecían en los textos del Derecho Romano, permanecen vigentes. Prueba de ello son las *SSTS de 16 de noviembre de 1935* y *31 de mayo de 1997*, que imputan la responsabilidad por comportamientos culposos, en casos de lesiones ocasionadas por la ausencia de la diligencia debida.

La *STS de 16 de noviembre de 1935* confirmó la imputación de responsabilidad por actuación imprudente, en el caso de un boxeador, que «al salir de un baile, sin guardar el más elemental cuidado ni tener en cuenta que pudieran salir otras personas del baile, se puso a boxear dentro del portal, y al salir M. F. le dio un fuerte puñetazo, causándole lesiones», declarando el Tribunal que se trataba de un supuesto de imprudencia temeraria, en la que «se requiere la existencia de un acto voluntario no intencional de un mal efectivo y una relación de causalidad entre ambos», circunstancias que se observan en el «acto realizado por el recurrente sin guardar el más elemental cuidado, causándole un mal previsible que debió y pudo prever».

Y en la *STS de 31 de mayo de 1997* se muestra un supuesto de lesiones causadas por accidente durante una exhibición de Taekwondo, en el que el Tribunal aprecia la existencia de culpa extracontractual, por lesiones causadas a un menor al desprenderse una astilla de uno de los palos utilizados en la competición deportiva, sin estimar la eximente de caso fortuito alegada por el agente del daño.

En el caso de autos, afirma la sentencia, «sucedió que se desprendió una astilla de los palos empleados, la que, rebasando el limitado abierto donde tenía lugar el enfrentamiento, alcanzó a un niño de cinco años que presenciaba el espectáculo y resultó lesionado en su ojo izquierdo, con secuelas de la pérdida de visibilidad del mismo, encontrándose situado en lugar relativamente próximo y no en las gradas del polideportivo donde se desarrollaba la exhibición, carente de toda protección».

En este caso, como declara el Tribunal, resulta previsible la causación de daños, si no se adoptan las medidas de seguridad necesarias, en el ejercicio de este deporte, que entraña en sí violencia, por el empleo de armas ofensivas, que deben estar en situación adecuada para su correcta utilización.

---

competiciones automovilísticas de velocidad, en las que el margen de riesgo es elevado, conocido por todos los asistentes y admitido en dicha disciplina deportiva; VILLAGÓMEZ RODIL: «Delitos deportivos», *Revista de Estudios Penitenciarios (REP)*, 1958, p. 858.

No es posible, por tanto, aplicar el caso fortuito, si falta la debida diligencia en la disposición de medios suficientes de seguridad protectora, como en este caso debía ser la debida calidad y resistencia de los palos utilizados, para evitar que se desprendieran trozos al ser golpeados violentamente.

Se advierte, pues, como en este caso se falla a favor de la víctima del daño, porque, como apuntaba Wacke, la culpa del agente supera la del perjudicado; y se hace responder al deportista de la lesión causada al espectador, por ponerle imprudentemente en peligro y causarle efectivamente un daño.

El hecho de que el espectador se haya puesto también en peligro al presenciar la exhibición en un lugar demasiado próximo y no en el destinado para tal efecto, no desvirtúa la imputación de responsabilidad al deportista, porque él tampoco tomó las medidas de seguridad oportunas para que dichas circunstancias que coadyuvaron a la causación del daño no se produjeran, como fueron la falta de medidas de protección del recinto de la exhibición y la insuficiente calidad y adecuación de los palos utilizados.

Por tanto, la creación del riesgo, sin la previsión del daño o sin tomar las medidas oportunas de seguridad, genera una culpa, por imprudencia, que prepondera sobre la conducta del perjudicado y hace responsable de la lesión al sujeto que ocasiona el daño<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> En este sentido, A. DE CUPIS, *op. cit.*, p. 187, afirma que «el ámbito de la culpa es de tal entidad que requiere se modifique su definición corriente: *Se puede afirmar 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*».

Y así lo reconocen G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, pp. 53-66; M. YZQUIERDO TOLSADA, *op. cit.*, pp. 273-284, al analizar la función de la culpa en el régimen de responsabilidad civil del profesional liberal.

Para este autor, «la ignorancia, la negligencia inexcusable, la imprudencia fuera de lo común, constituyen culpa, y así se deduce como resultado de la utilización de criterios de común experiencia, como si se tratase de cualquier deudor, prescindiendo de su cualificación técnica. Las más patentes violaciones de los deberes profesionales más elementales son así simples manifestaciones de culpa en relación con la naturaleza técnica de la actividad desarrollada por un deudor al que se le presupone una normal competencia en la materia».

Y, acudiendo al artículo 1104 del Código civil, interpreta que en aquellos casos en los que sea patente la negligencia técnica, «la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar», el profesional habrá de responder del daño causado.

Por lo que, en relación con la impericia, afirma, que, igualmente, hablar de responsabilidad por impericia es lo mismo que hablar de responsabilidad por culpa, pues «el deber de conocimiento incumbe a todo profesional, independientemente del lugar y de las circunstancias; pero una vez asumido el encargo es ese lugar y ante esas determinadas circunstancias, el conocimiento se transforma en pericia (aplicación correcta de las técnicas conocidas), y responderá de la negligencia y de su especie, la impericia».

### 2.3 La lesión a un compañero de juego o deporte

Los supuestos en los que es otro participante en el juego o acontecimiento deportivo el sujeto que sufre el daño, suelen resolverse de manera similar a los casos de lesión a terceros, pues, también, se presume que el participante en el juego conoce sus características y riesgos y los asume.

Por tanto, salvo los casos en los que el jugador causante del daño actúe de forma intencional o voluntaria para originar la lesión, o con su conducta dañosa viole gravemente el reglamento, existe una exención de culpa a su favor, producida por el propio comportamiento arriesgado de todo participante, que se expone voluntariamente a las consecuencias del juego<sup>16</sup>, e, incluso, se presume que acepta la comisión de pequeñas infracciones del juego provocadas por el desarrollo de éste.

Como prueba de ello, Wacke nos remite a un supuesto que nos muestra Alfeno en el Digesto<sup>17</sup>. Se trata de un juego de pelota en el que, por circunstancias del juego, resulta lesionado uno de los participantes, y se niega la responsabilidad del otro jugador, porque existe una presunción de exención de culpa que admite tan sólo la prueba en contrario de un golpe intencional o voluntario. Esta presunción de exención de culpabilidad es tanto más notable, dice, por cuanto que en el marco de la *lex Aquilia* normalmente se responde por una diligencia extrema, por culpa levísima (Ulp. D. 9,2,44 pr.).

Advierte, también, que resulta de gran importancia práctica el hecho de que, en esta situación, se traslade la carga de la prueba al lesionado, como en el caso de la hoguera explicado también en el Digesto, en el que el dueño del esclavo muerto sólo puede demandar al otro si prueba que el superviviente le empujó al fuego.

Y, aplicando estas situaciones al momento actual, mantiene que estos casos pueden trasladarse a los supuestos de lesiones producidas en el juego por equipos modernos, y su resultado depende decisivamente de la distribución de la carga de probar la observancia o infracción de las reglas del juego, por la dificultad probatoria de la mayoría de los casos<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> G. VIDIRI, «La responsabilità civile nell'esercizio delle attività sportive», *Giustizia Civile (Giurisprudenza)* III, 1994, p. 199.

<sup>17</sup> A. WACKE, *op. cit.*, pp. 561-562: D. 9,2,52,4 (*Alfenus libro 2 digestorum*): «Jugando unos cuantos a la pelota, uno de ellos, al intentar hacerse con la pelota, empujó a un esclavito, que cayó y se rompió una pierna. Se preguntaba si el dueño del esclavito puede demandar por la ley *Aquilia* contra aquél por cuyo empujón había caído. Respondí que no, porque parecía que lo sucedido fue más bien por casualidad que por culpa».

<sup>18</sup> A. WACKE, *op. cit.*, pp. 562-564: D. 9,2,45,3: «Como dos esclavos estuvieran saltando montones de paja en llamas, chocaron y cayeron ambos, y uno fue consumido por el

Como ejemplo, pone un caso, resuelto por la Corte Suprema Federal alemana, en el que el demandante afirma que cuando se encontraba avanzando con la pelota, un contrario le derribó antirreglamentariamente con el pie y sufrió la rotura de una pierna.

El demandado, por el contrario, declaró que el demandante se lesionó él mismo al fallar el disparo y tropezar con el pie del contrario que se hallaba en ese momento firme sobre la tierra.

La Corte Suprema falló, en contra de los Tribunales inferiores, a favor del demandado, pues no se había probado por el demandante la culpa del contrario. Incumbía, pues, al demandante la carga de probar la infracción de reglamento por el contrario, y descartar la posibilidad de una autolesión.

E, incluso, añade que la jurisprudencia más reciente tiende a limitar aún más la responsabilidad, al considerar que no toda infracción de reglamentos por parte del demandado lleva, sin más, a una obligación de resarcir daños, pues pequeñas infracciones del reglamento, debidas a la pasión que se pone en el juego, o al agotamiento físico, pertenecen a los riesgos del juego, que acepta cualquier jugador de antemano con su participación, al igual que acepta eventuales lesiones por un juego deportivamente correcto y conforme con el reglamento<sup>19</sup>.

Parece ser, pues, que el elemento clave para determinar la imputación de responsabilidad extracontractual es la distribución de la carga de la probar la existencia o falta de culpabilidad. Pero, a este respecto, debemos hacer una advertencia, pues, mientras que en los textos romanos y en la jurisprudencia alemana es el demandante lesionado quien debe soportar la carga de la prueba de culpabilidad del demandado, en nuestro Ordenamiento jurídico, en el ámbito general de la responsabilidad civil extracontractual, parece que impera la tendencia contraria.

En este sentido, las SSTs de 5 de diciembre de 1979 y 18 de marzo de 1982 invierten la carga de la prueba; «en lugar de ser la víctima la que haya de probar que el agente obró con culpa, parte de entrada con una presunción de culpa en ese obrar, y le corresponde a aquél la carga de probar que obró con toda diligencia debida. Por ello, si se tiene en cuenta lo difícil que resulta en la práctica llegar a desvirtuar totalmente aquella presunción de culpa, no admitiendo siquiera el Tribunal Supremo como prueba a este fin que el

---

fuego. Nada puede reclamarse por tal motivo, si no se entiende que el uno fue derribado por el otro».

<sup>19</sup> A. WACKE, *op. cit.*, pp. 564-566.

Vid. en este sentido, la opinión de V. FRATTAROLO, *op. cit.*, pp. 41-42; A. MARANI TORO, «La responsabilità degli atleti», *Rivista di Diritto Sportivo*, 1985, pp. 396-400.

agente ha cumplido en su acción u omisión todos los preceptos que reglamentariamente se imponen para evitar daños cuando éste ocurre, porque estima que siempre “faltó algo por prevenir, no hallándose, por consecuencia, completa la diligencia”, según Sentencia de 11 de noviembre de 1981 entre otras, no parece aventurado afirmar que la culpa como criterio de imputación del daño ha dejado paso a la mera relación de causalidad entre él y la acción u omisión»<sup>20</sup>.

En otra especialidad del ámbito deportivo, la *STS de 28 de junio de 1996*, en relación a un accidente con resultado de muerte de un integrante de una partida de caza, confirma la inversión de la carga de la prueba respecto a la diligencia de los demás miembros de la partida de caza, por la presunción de culpabilidad en las reclamaciones que se deriven de culpa extracontractual, pero resalta la preponderancia del requisito de la relación de causalidad e imputa la responsabilidad al autor real del daño, puesto que, la Ley de Caza de 4 de abril de 1970 y su Reglamento de 25 de marzo de 1971 establecen la responsabilidad subsidiaria de los miembros de la partida de caza, pero cuando no conste el autor real del daño<sup>21</sup>.

Y más claramente se pronuncia, en este sentido, la *STS de 26 de septiembre de 1994*, que condena a un cazador por causar una lesión a un compañero de caza.

En este caso, para imputar la responsabilidad civil por lesión al agente del daño, el Alto Tribunal argumenta que el eje que comporta la responsabilidad extracontractual se centra en el elemento culpabilístico del agente, y adquiere especial relieve el factor de la previsibilidad. «Todo ello demanda una mayor exigencia en los supuestos del ejercicio de la caza practicada “en línea o a la mano”, modalidad que requiere la continua existencia de un contacto verbal y visual entre los cazadores que componen la línea, exigencia que figura en el apartado 9 del artículo 53 del Reglamento de Caza, y las cautelas a observar aumentan cuando aquélla se lleva a cabo en terreno de monte bajo, por la dificultad añadida que ofrece para la visibilidad, lo cual, se infiere notoriamente de las disposiciones

---

<sup>20</sup> L. Díez-PICAZO, A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil, II*, Madrid, 1990, pp. 607-608.

Y también lo reconoce así, V. FRATTAROLO, *op. cit.*, p. 41, quien afirma que el ejercicio de la actividad deportiva, cuando sea conforme a las reglas particulares, originan relaciones jurídicas legítimas, que, por tener naturaleza técnica y voluntaria, gozan de una presunción de licitud. Situación que califica de opuesta a la que se crea en el campo civil del daño producido en el ejercicio de actividad peligrosa, que genera una presunción de culpa e inversión de la carga de la prueba.

<sup>21</sup> V. FRATTAROLO, *op. cit.*, p. 71, coincide en afirmar que si la causa eficiente del daño es individualizable en el comportamiento de un solo participante, no hay razón para extender la responsabilidad a los otros.

reguladoras sobre la caza. En tales circunstancias resulta innegable que el simple hecho de que un cazador gire sobre sí para disparar sobre una pieza que corra a ras del suelo, sin comprobar previamente que no ha perdido el doble contacto antes referido, incurre en una evidente negligencia, caracterizada por la omisión de una normal previsibilidad, lo cual, unido al resultado dañoso producido, impacto en el ojo de un compañero de cacería, de uno de los dos disparos efectuados, y a la efectiva relación causal entre la acción así realizada y el daño producido lleva a concluir que el caso enjuiciado es acreedor a que se le incluya en la culpa extracontractual definida en el artículo 1902 del Código civil».

Por tanto, y tras lo expuesto, en el ámbito civil, creemos puede afirmarse que el criterio fundamental para la imputación de responsabilidad, no es tanto la culpa sino la atribución de riesgos y la determinación del grado de importancia de la intervención del lesionado en la relación de causalidad<sup>22</sup>.

Es en este marco en el que hay que decidir la imputación de responsabilidad en materia de lesiones deportivas, pues la presunción de culpa del sujeto que produce el daño, aunque haya cumplido las normas reglamentarias del juego o deporte, sólo se desvirtúa con la asunción del riesgo por parte del deportista lesionado, que se presume aceptado con la sola participación en el deporte en cuestión<sup>23</sup>.

Por consiguiente, la exención de culpa se presume, pero por la asunción de riesgos por los participantes y por su intervención en la relación de causalidad al contribuir en el hecho generador del daño<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> La conclusión a que se llega, según manifiesta la propia sentencia, no perdería su virtualidad por el hecho de que el cazador herido hubiese perdido por su iniciativa contacto visual con el resto de los cazadores y se retrasara quedando oculto tras unas matas, pues, aun así, se está obligado a extremar las precauciones en orden a comprobar que ninguno de los compañeros haya quedado rezagado, antes de efectuar los disparos hacia atrás, y la única influencia que podría haberse reconocido al meritado acontecer era en el grado de intensidad imputable a la culpa del recurrente, la que, en su caso, hubiera entrado en la categoría de leve, incluso levísima, pero continuaría teniendo encaje en la extracontractual del artículo 1902. Y en cuanto a la posibilidad de rebote en una piedra del perdigón que alcanzó en el ojo al perjudicado, carecería de trascendencia, puesto que tal como se desarrollaron los hechos, era indiferente que el impacto se recibiese por vía directa o por la indirecta del expresado rebote.

<sup>23</sup> V. FRATTAROLO, *op. cit.*, p. 67.

<sup>24</sup> Así lo afirman: J. M. BUSTO LAGO, *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, Madrid, 1998, pp. 339, refiriéndose a la postura de la jurisprudencia francesa; G. DE MARZO, «Accettazione del rischio e responsabilità sportiva», *Rivista di Diritto Sportivo*, 1992, p. 17, citando a BONASI FENUCHI: «Il rischio sportivo», *Rivista di Diritto Sportivo*, 1955, p. 424, BONVICINI: *La responsabilità civile, I*, Milano, 1971, p. 439, TRIMARCHI: *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, p. 346; y A. MARANI TORO, *op. cit.*, p. 404.

En este sentido podemos citar la *STS de 20 de marzo de 1996*, relativa al requisito de la relación de causalidad entre el daño y la acción u omisión que la origina, en un accidente



Existe, no obstante, una sola excepción, la violación grave de las normas deportivas por parte del agente del daño, pues, en tales circunstancias, no se presume que el dañado acepta el comportamiento antideportivo del coparticipante. Y en ese caso sí le corresponde al lesionado probar la intención dañosa de aquél, la infracción grave de la normativa correspondiente, que desvirtúa la asunción de riesgos<sup>25</sup>.

En esta línea de pensamiento se ha pronunciado, también, Montero Martínez, afirmando que el criterio fundamental para imputar responsabilidad civil por las lesiones producidas a y por deportistas, gira en torno a dos elementos: por un lado, la relevancia del consentimiento del perjudicado por las lesiones deportivas y, por otro lado, la asunción de riesgos.

Pero, también, añade este autor, se hace indispensable determinar el significado de lesión deportiva, a través del término deporte y los tipos de práctica deportivas, por las diferencias que existen entre ellas y los consiguientes tipos de lesiones que pueden producirse.

E, igualmente, a nuestro entender, es importante observar cómo ha venido actuando el Tribunal Supremo en estas situaciones, aunque, una vez examinada su jurisprudencia, coincidimos con la opinión de Montero, cuando advierte que es un campo en el que muy poco se ha dicho, y que tampoco ha accedido al Tribunal Supremo de manera directa, por lo que debemos comentar los escasos supuestos que nuestro más Alto Tribunal ha tenido ocasión de analizar.

---

de esquí en el que el Alto Tribunal declaró la asunción por el accidentado de un elevado riesgo, al practicar dicho deporte en circunstancias que comportan la creación de un riesgo por parte del esquiador de elevadísimo grado.

Y la *STS de 22 de abril de 1995*, que afirmó, en relación con un accidente con vehículo de motor, que «en tales casos, cual se ha establecido de modo reiterado y constante, si bien el artículo 1902 del CC descansa en un principio culpabilístico, existe una presunción *iuris tantum* de culpa imputable al autor de los daños, siendo éste quien, por inversión de la carga de la prueba, es el llamado a producirla si quiere exonerarse de responsabilidad (Sentencias de 7 noviembre 1985 [RJ 1985\5516], 19 diciembre 1986 [RJ 1986\7682], 17 julio 1987 [RJ 1987\5801], 19 octubre 1988 [RJ 1988\7588] o 20 diciembre 1989 [RJ 1989\8856] ; al lado de esta presunción de culpa, esta Sala, en sede de responsabilidad civil por hechos de la circulación de vehículos de motor, aplica el principio de responsabilidad por riesgo, prescindiendo de la culpa de las personas que los manejan, por estimarse que el uso del automóvil implica de por sí un riesgo suficiente de suyo para hacer surgir esa responsabilidad, a salvo el caso de que la propia víctima se interfiera en la cadena causal (Sentencias de 26 de octubre 1981 [RJ 1981\3956], 6 mayo 1983 [RJ 1983\2670], 12 diciembre 1984 [RJ 1984\6039], 11 octubre 1985 [RJ 1985\4566] y 20 diciembre 1989 [RJ 1989\8856])».

<sup>25</sup> *Vid.* al respecto, BOVINICINI, *op. cit.*, p. 437; G. DE MARZO, *op. cit.*, pp. 24-25; V. FRATTAROLO, *op. cit.*, pp. 48 y 68 y ss; GARCÍA VALDÉS, C.: «Responsabilidad por lesiones deportivas», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1993, pp. 976-977; D. E. LAZAROFF, «Torts & sports: participant liability to co-participants for injuries sustained during competition», *Entertainment & Sports Law Review*, Univ. Miami.

Respecto al consentimiento del lesionado, Montero diferencia dos supuestos, el consentimiento a un daño cierto y el consentimiento a un daño eventual, es decir, el consentimiento del daño y la asunción de riesgos.

En relación al primero, admite, citando diferentes opiniones doctrinales, la relevancia del consentimiento, no como causa de justificación, sino de exclusión de la tipicidad, citando a su favor la STS de 3 de julio de 1982, porque, si se respetan las reglas de cada deporte, «el consentimiento válido (en la acepción carente de vicios) del lesionado evita la confrontación de voluntades, siguiendo con los términos de la sentencia antes relatada, por lo que no puede resultar típica la conducta de quien lesiona en esas circunstancias»<sup>26</sup>.

Pero es el segundo supuesto el que realmente interesa a efectos de lesiones deportivas, pues no puede admitirse que los lesionados, tanto deportistas como terceros, consientan el daño, sino más bien que asumen el riesgo de la lesión.

Y manteniendo la teoría del riesgo debe advertirse la diferencia entre el «juego asumido» y el «riesgo permitido», pues, cuando se asume el riesgo de ser lesionado se exige mentalmente que quien lesione respete la *lex artis*, las reglas del juego<sup>27</sup>.

Montero cree necesario definir el deporte y la lesión<sup>28</sup>, para saber los supuestos en los que entran en juego dichos presupuestos, y, a este respecto, se refiere al deporte como «esa actividad lúdica sujeta a reglas fijas controladas por organismos nacionales e internacionales que se practica en forma de competición individual o colectiva y pone en juego cualidades tales como la movilidad físi-

---

<sup>26</sup> M. MONTERO MARTÍNEZ, «El consentimiento en las lesiones deportivas», *Cuadernos de Derecho Judicial: El consentimiento. El error*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, pp. 63-69 y 76-80. Debe advertirse que dicha obra se refiere más a la disciplina del Derecho penal.

*Vid.* también, en este sentido, J. M. BUSTO LAGO, *op. cit.*, p. 330.

<sup>27</sup> M. MONTERO MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 71; Igualmente, M. ALBIN ESER, «Lesiones deportivas y Derecho penal. En especial, la responsabilidad del futbolista desde una perspectiva alemana», *La Ley*, Madrid, 1990, pp. 1133-1135.

*Vid.* también, en este ámbito, G. Covassi, «*L'attività sportiva come causa di esclusione del reato*», Padova, 1984, pp. 131 y ss., que considera como causa de exclusión de responsabilidad, bien el consentimiento, bien el ejercicio de un derecho, aunque con todas las matizaciones anteriormente señaladas.; G. DE MARZO, *op. cit.*, pp. 22-23; PROSSER AND KEETON, *On The Law of Torts*, St. Paul, Minnesota, 1984, pp. 480 y ss.

<sup>28</sup> M. MONTERO MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 70. Y, asimismo, diferencia «las lesiones sufridas “con ocasión de la práctica deportiva” y las lesiones provocadas “por el deporte” mismo. En el primer grupo se engloba la casi totalidad de los deportes, puesto que normalmente el objetivo no es el contacto físico, aunque de hecho se produzca con frecuencia; en el segundo se engloban aquellos deportes que consisten precisamente en la lucha directa entre dos o más competidores, y/o donde se persigue el golpeo del contrario».

ca, la fortaleza y la habilidad de los competidores, y provoca, como cualquier otra actividad, accidentes con resultados lesivos».

No obstante, nosotros creemos, y matizamos, que también debe incluirse en el concepto de deporte el ejercicio de toda modalidad deportiva que se realice en calidad de profesional o de aficionado sin entrar a formar parte de ninguna competición<sup>29</sup>.

En cuanto al concepto de lesiones, advierte este autor que va a limitar su significado «a lo que tradicionalmente se ha considerado como lesión; esto es, el menoscabo de la integridad física o de la salud».

Sin embargo, a nuestro juicio, y fundamentalmente en relación al daño que puede provocarse a terceros, espectadores o transeúntes, creemos que el bien jurídico dañado puede también ser un bien patrimonial, por lo que, igualmente, debe incluirse en el concepto de lesión.

Determinados, de este modo, el concepto de deporte y lesión, cabe ahora ocuparnos de la excepción, anteriormente señalada, a la teoría del riesgo como criterio de eliminación de responsabilidad para el agente del daño, es decir, la infracción de las reglas del juego, como factor que desvirtúa la exoneración de responsabilidad por asunción del riesgo del lesionado.

Y para analizar como actúa este presupuesto, en relación con las demás circunstancias que rodean la causación del daño, es importante recurrir a supuestos concretos, examinando los escasos pronunciamientos jurisprudenciales de que disponemos, situación que, cuando menos, resulta paradójica en proporción a la cantidad de lesiones que provoca el ejercicio de actividades deportivas.

Es interesante mencionar, en este sentido, el supuesto resuelto por la *STS de 1 de junio de 1951*, en el que, durante el desarrollo de un partido de fútbol de categoría regional, uno de los jugadores del equipo que iba perdiendo, irritado, agredió a un jugador del equipo contrario, dándole un puntapié entre el costado derecho y la espalda, produciéndole rotura del hígado y riñón derecho.

Evidentemente, en este supuesto no se actuó conforme a las reglas del juego, por lo que, aunque se dio por probado que el jugador que originó el daño no tuvo intención de causarlo con tanta intensidad, sí se apreció la voluntariedad e intencionalidad de causar lesión, «porque si bien en el deporte del foot-ball, es un acto lícito, y hasta jugada brillante, el quitar al jugador contrario el balón, siempre que ello se efectúe dentro de las reglas marcadas por su reglamento para el ejercicio de este noble deporte, no lo es

---

<sup>29</sup> Como también lo afirma G. COVASSI, *op. cit.*, p. 146.

menos que ha de realizarse con la más debida diligencia, sin culpa ni intención de causar mal; y en el presente caso la actuación del procesado no sólo rebasó en extremo las reglas que rigen el repetido deporte, y lo comprueba su suspensión a perpetuidad para la práctica del fútbol por la Federación Regional C., sino que ejecutó una acción voluntaria y por tanto intencional y dolosa, al llevar a cabo una agresión material, para dificultar la actuación del lesionado».

Más reciente es la *STS de 22 de octubre de 1992*, en la que se muestra, precisamente, el caso contrario, la lesión causada involuntariamente a un compañero de juego en un partido de pelota a pala.

Como indica el Tribunal, la esencia del tema está en la responsabilidad civil derivada de actos realizados en el ejercicio de una actividad deportiva a título particular entre amigos, y, particularmente, en este caso, un juego de pelota a pala en el curso del cual y como consecuencia de un pelotazo, uno de los jugadores perdió un ojo.

A este respecto, es importante destacar que se señala en la sentencia que «no existe doctrina jurisprudencial en el marco del derecho civil sobre la materia, ni tampoco una específica regulación no ya normativa sino tampoco reglamentaria, a salvo la Ley del Deporte 10/1990 de 15 de octubre, que no toca temas de este tipo, circunstancia ésta que da lugar a que este tipo de cuestiones haya de reconducirse al artículo 1902 del Código civil, precepto que aun cuando considerablemente objetivizado por esta Sala, especialmente cuando su aplicación se proyecta sobre actividades, aspectos o conductas de clara y patente trascendencia social, ha conducido a una llamada socialización de responsabilidades, lo que no es, en principio al menos, de aplicación a las competiciones deportivas, dado que el riesgo particular que del ejercicio de una actividad de ese género pueda derivar y va implícito en el ejercicio de la misma, no puede equipararse a la idea del riesgo que como objetivación de la responsabilidad ha dado lugar a la aparición de una especial figura responsabilicia, en cuanto ésta se encuentra fundada en la explotación de actividades, industrias, instrumentos o materias que si bien esencialmente peligrosos, el peligro que su puesta en funcionamiento lleva implícito se ve compensado en primer y fundamental lugar por el beneficio que como consecuencia de ello recibe la sociedad en general, y en cuanto al directamente exportador del medio, por los beneficios que a través de ello obtiene, nada de lo cual acontece en casos como el presente en el que concretamente y por lo que a él se refiere, no era un deporte de masas, ni siquiera cultural, sino al igual que acontece con otros deportes como el tenis a estos niveles, la natación, etc., no son otra cosa que aspectos

deportivos propios de la sociedad actual que a nivel individual vienen a constituir una faceta lúdico-sanitaria.

... debe también señalarse que en materia de juegos o deportes de este tipo la idea del riesgo que cada uno de ellos pueda implicar –roturas de ligamentos, fracturas óseas, etc.– va ínsita en los mismos y consiguientemente quienes a su ejercicio se dedican lo asumen, siempre claro que las conductas de los partícipes no se salgan de los límites normales ya que de ser así podría incluso entrar en el ámbito de las conductas delictivas o culposas.

Lo que ha de imperar por tanto en este tipo de actividades son las reglas de prudencia que los jugadores deben seguir».

En vista de todas estas consideraciones, el Tribunal finaliza estimando la no imputabilidad a título de culposo o negligencia del demandado, por entender que el acto que originó la pérdida del ojo no es otra cosa que una consecuencia desgraciada de cualquier tipo de juego, pero de responsabilidad inicialmente inimputable.

Para Cavanillas Múgica<sup>30</sup>, esta sentencia contiene un buen ejemplo didáctico, «por la claridad con que se encuentran representados los diversos intereses en juego».

Y, tras recordar los presupuestos que generan la imputación de responsabilidad extracontractual por daños, que se encuentran en este supuesto, y la doctrina jurisprudencial sobre inversión de la carga de la prueba, señala que el Tribunal Supremo se separa del régimen general de responsabilidad porque el supuesto se produce durante la práctica voluntaria de un juego, y ello le permite fallar a favor de la exención de responsabilidad del agente del daño, aduciendo «la función social del deporte y la asunción del riesgo por parte de la víctima».

Sin embargo, a nuestro juicio, la argumentación que el Alto Tribunal expone para diferenciar el supuesto de los sometidos a la responsabilidad civil objetiva no es la adecuada.

En primer lugar, porque, como bien explica este autor, el criterio de distinción no es que las actividades sometidas a responsabilidad objetiva benefician a la sociedad en general y las deportivas o lúdicas no, porque el propio Tribunal reconoce los beneficios sociales de la práctica del deporte<sup>31</sup>.

Y en segundo lugar, no siempre la obtención de un beneficio por el causante de un daño es el criterio que determina el sometimiento

---

<sup>30</sup> S. CAVANILLAS MÚGICA, «Comentario a la STS de 22 de octubre de 1992», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 30, pp. 949 y ss.

<sup>31</sup> *Vid.* al respecto, la crítica de GARCÍA CANTERO a esta cuestión tratada en la sentencia: G. GARCÍA CANTERO, «Nota a STS de 22 de octubre de 1992», *Anuario de Derecho Civil*, 1994-1, pp. 500-501.

a la responsabilidad objetiva, pues tal ventaja patrimonial no se produce en todos los casos de responsabilidad derivada del uso de vehículos de motor, sometidos al régimen de responsabilidad objetiva.

Y, al contrario, en el ámbito del deporte profesional, la práctica de éste reporta beneficios patrimoniales a los participantes, al ser remunerados por el desarrollo de dicha actividad, y ello no implica que deba ser insertado en los supuestos sometidos al régimen de responsabilidad objetiva.

Por tanto, el criterio básico de distinción no es el beneficio que reporte la actividad, sino el riesgo de producir daño que el desempeño de ésta produzca.

Como indica Cavanillas Múgica, este índice de peligrosidad no se produce, generalmente, en la práctica deportiva, y en los casos que pueda entenderse que ello sí ocurre entra en juego la asunción del riesgo por la víctima, que es el segundo fundamento que el Tribunal alega como elemento de exoneración de responsabilidad.

Con acierto indicaba el Alto Tribunal que, en materia de juegos o deportes, «la idea del riesgo que cada uno de ellos pueda implicar (...) va ínsita en los mismos y consiguientemente quienes a su ejercicio se dedican lo asumen».

Siempre, claro está, con la excepción a la que hacíamos anteriormente referencia, y que la propia sentencia señalaba: «que las conductas de los partícipes no se salgan de los límites normales, ya que de ser así podría incluso entrar en el ámbito de las conductas delictivas dolosas o culposas»<sup>32</sup>.

En conclusión, la alegación por el Tribunal de la asunción de riesgos, no implica el reconocimiento de una responsabilidad objetiva por riesgo desvirtuada por dicha participación de la víctima, sino una responsabilidad por culpa, cuya apreciación varía cuando se añade el factor de la asunción del riesgo<sup>33</sup>.

Factor que deja de actuar ante una infracción de las reglas del juego, que traspase los límites normales del desarrollo del juego y

---

<sup>32</sup> En este sentido, J. M. BUSTO LAGO, *op. cit.*, pp. 342-343, para apreciar asunción de riesgos por el perjudicado, estima necesarios los siguientes requisitos:

- a) Participación en la actividad en el curso de la cual se han causado los daños.
- b) Riesgo patente y de la suficiente entidad como para exigir del dañado un acto de asunción o rechazo.
- c) Libertad para asumir o rechazar el riesgo y, en todo caso, aceptación.
- d) Asunción, únicamente, de los riesgos normales de la actividad.

<sup>33</sup> S. CAVANILLAS MÚGICA, *op. cit.*, pp. 954-956, afirma, además, que es una «institución que, expresamente como tal, en mis conocimientos, es la primera vez que se recoge en una sentencia de la Sala Primera», y a la que, a su juicio, se ha denominado con un término plurívoco, al admitir diferentes significados y contenidos, que explica sintética pero profundamente: «a) como consentimiento de la víctima al daño; b) como culpa de la víctima;

sus circunstancias<sup>34</sup>, pues sí se admiten pequeñas infracciones del reglamento debidas a la pasión que se pone en el juego, o al agotamiento físico, que se suponen aceptadas de antemano por todo participante en el juego, y la diligencia exigida por las circunstancias deportivas dependerá del deporte en cuestión, del nivel o categoría de los participantes, etc.<sup>35</sup>.

c) como aceptación tácita de una modificación del régimen de responsabilidad, y d) como conducta neutralizadora de la razón por la que los riesgos se atribuyen al agente del daño».

Y se muestra favorable a la cuarta acepción, desechando las anteriores, por considerar que la nota caracterizadora de la asunción del riesgo se encuentra en «la bilateralidad del riesgo, es decir, en el hecho de que tanto la víctima como el agente del daño puedan considerarse, el uno respecto del otro, generadores de parecido riesgo».

Admite, por tanto, como elemento que contribuye a la exoneración de responsabilidad, y que ya anunciábamos en líneas anteriores, el comportamiento de la víctima de intervención en la relación de causalidad y la cooperación en el riesgo.

<sup>34</sup> J. M. BUSTO LAGO, *op. cit.*, p. 335. Según este autor, «esta perspectiva ha llevado a autores como Starck (*Obligations I. Responsabilité délictuelle*, Litec, París, 1991) a afirmar que aunque la aceptación de riesgos del accidente por la víctima fuese indiscutible—lo que también se pone en entredicho—, este hecho no suprime la responsabilidad por culpa del autor del daño. O, dicho en el sentido inverso, si la actuación del *gardien* no ha sido culposa, éste queda libre de responsabilidad civil.

En el ámbito de las actividades deportivas en donde sí se admite la «asunción de riesgos», si bien limitada a los llamados «riesgos normales», el autor del daño no es responsable más que en el caso de que su culpa resulte probada, neutralizando la responsabilidad de pleno derecho y asumiendo, pues, unos efectos comparables a las cláusulas de exoneración de responsabilidad contractual.

De esta forma, en las competiciones deportivas la responsabilidad del autor de un daño culposo está limitada por la aceptación de los riesgos normales que la propia competición en la que participa, con conocimiento de los mismos, implica. De esta forma es a la víctima a quien corresponde probar la culpa constitutiva de un riesgo anormal creado por el agente del daño (entre otras, las sentencias del Tribunal de Rouen de 16 de noviembre de 1994 (Juris-Data, núm. 049782)—admite la responsabilidad en una carrera de caballos por haberse metido en un espacio insuficiente— y de 28 de octubre de 1992 (Juris-Data, núm. 050105)—en la que se considera que la caída de un jinete no es un riesgo anormal.

En el caso de actividades deportivas colectivas y en virtud de la aceptación de riesgos por cada jugador, la responsabilidad de uno de ellos sólo surge en los casos de actitud desleal o de brutalidad contraria al espíritu deportivo. Al respecto, entre otras, sentencias del Tribunal de Pau de 18 de noviembre de 1993 (Juris-Data, núm. 047236), Tribunal de Metz de 19 de mayo de 1992 (Juris-Data, núm. 043269), Tribunal de Montpellier de 24 de septiembre de 1992 (Juris-Data, núm. 034934), de París, (25<sup>o</sup> Ch. A; Juris-Data, núm. 020567), de Rennes de 26 de junio de 1990 (Juris-Data, núm. 047606)».

E igualmente se pronuncian J. HONORAT, *L'idée d'acceptation des risques dans la responsabilité civile*, París, 1969, pp. 98-100; F. ALAPHILPPE y J. P. KARAKUILLO, *L'activité sportive dans les balances de la justice*, París, 1985, pp. 59-121, tras analizar la postura doctrinal y jurisprudencial francesa (sentencias del Tribunal de Provenza de 28 de noviembre de 1978, de París de 21 de junio de 1979, de Nancy de 24 de diciembre de 1981, de Pau de 1 de abril de 1982, de Pau de 29 de abril de 1982).

<sup>35</sup> S. CAVANILLAS MÚGICA, *op. cit.*, p. 957: «En línea de principio, no deben coincidir diligencia y cumplimiento del reglamento deportivo; una mera infracción reglamentaria se tiene por normal y ajustada a las circunstancias, lo que no significa que los deportistas disfruten de patente de corso y que ciertas agresiones que exceden de lo que la conciencia social tenga por ordinario y admisible puedan desencadenar la responsabilidad civil de su autor».

*Vid.* también, al respecto, M. ALBIN ESER, *op. cit.*, pp. 1135-1141, quien, entre otras conclusiones, entiende que, por ejemplo, en deportes que incluyen contactos físicos, no hay tipicidad de malos tratos si estos contactos (como p. ej. empujones o hacer caer o otro jugador) no conllevan más lesiones, incluso cuando se den irregularidades reglamentarias; G. DE MARZO, *op. cit.*, p. 26; A. MARANI TORO, *op. cit.*, pp. 398-399; A. WACKE, *op. cit.*, pp. 564-566.

Y así lo decidió el magistrado Montero Martínez, en sentencia de 10 de diciembre de 1992<sup>36</sup>, en la que, en la línea del fallo de la citada STS de 1 de mayo de 1951, sí imputó responsabilidad civil a un jugador de fútbol, que durante un partido agredió a un compañero del equipo contrario, con evidente infracción grave y desproporcionada de las reglas del juego, causándole una lesión de forma intencionada.

### III. RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL EJERCICIO DE ACTIVIDADES DEPORTIVAS EN PARTICULAR

Mostrados de una manera global los criterios de imputación de responsabilidad civil extracontractual a los deportistas, por daños ocasionados a otros deportistas o a terceros, y examinados según las diversas circunstancias que intervienen en la producción de la lesión, resulta, a nuestro juicio, conveniente, concretar y analizar de forma más detallada cómo se desenvuelven estos criterios de imputación dentro de los diferentes tipos de actividades deportivas, cuyo ejercicio es susceptible de llegar a provocar lesiones a los propios participantes deportistas y a terceros.

#### 3.1 Clasificación de actividades deportivas

Para lograr el objetivo anteriormente expuesto vamos a utilizar la clasificación elaborada por Albin Eser<sup>37</sup>, ya que, aunque su estudio se desenvuelve en el ámbito penal, nos parece acertada por su utilidad y creemos que, adaptándolas, evidentemente, a la materia civil, puede resultar de interés exponer sus opiniones de forma extensa.

Según este autor, existen, fundamentalmente, cuatro tipos de actividades deportivas:

– Actividades orientadas a causar lesiones (el boxeo o el duelo entre estudiantes<sup>38</sup>). Éstas plantean, a su juicio, problemas respecto

---

<sup>36</sup> M. MONTERO MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 73-74, aunque la Audiencia Provincial de Albacete revocó la sentencia, por entender que se trataba de un lance del juego.

<sup>37</sup> M. ALBIN ESER, *op. cit.*, pp. 1131-1132.

*Vid.*, también, la clasificación de FRATTAROLO, V.: *op. cit.*, p. 180; y la opinión de J. PAREDES CASTAÑÓN, «Consentimiento y riesgo en las actividades deportivas: algunas cuestiones jurídico-penales», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1990, pp. 639 y ss.

<sup>38</sup> Según explica Eser: *op. cit.*, p. 1131, «*Studentenverbindungen*: vieja tradición alemana de los miembros de asociaciones de estudiantes que practicaban y practican todavía



al consentimiento y a la cuestión de la contrariedad a las buenas costumbres.

– Deportes practicados por un número indeterminado de personas en un mismo centro deportivo, sin que este tipo de ejercicio conlleve un contacto físico recíproco directo, sin que tengan que estar dirigidas a un objeto común. Incluye entre ellos, el esquí, la caza, el lanzamiento de peso o el entrenamiento individual, donde ya un simple encuentro físico con otra persona puede suponer un contratiempo. Si de ello resultasen lesiones, afirma, generalmente sólo se plantean cuestiones de imprudencia.

– Actividades en las que se trata de alcanzar la misma meta, pero no en una lucha de uno contra el otro, sino unos junto a otros (carreras de atletismo o automovilísticas), en las que se pueden ocasionar lesiones mediante empujones y obstaculizaciones. En estos supuestos aparece la problemática jurídico-penal de una actuación contraria a un deber más que cuestiones de consentimiento.

– Actividades que suponen luchas entre contrarios, en las que los ataques corporales no son el objetivo primordial, pero sí resultan inevitables en una lucha cuerpo a cuerpo: deportes en equipo que se desarrollan en torno a una pelota, como el balonmano, el baloncesto y el tan popular fútbol. Aquí, dice Eser, el contacto corporal y el riesgo de lesiones son parte del juego, y todo jugador lo sabe y lo acepta. Por ello, la exención penal de estas lesiones no hay que buscarla en el campo de la culpabilidad, sino en el de la antijuridicidad.

No olvida, sin embargo, que por el ejercicio deportivo pueden producirse, también, lesiones a terceros, por ejemplo, al espectador que, sorprendido, no puede esquivar la pelota que sale disparada del campo de juego y se ve lesionado en la cabeza. En estos habrá que ver la impunidad, no tanto en el ámbito del consentimiento, sino, más bien, en el de la imprudencia.

Es de advertir, aunque resulta lógico, que la enumeración de las diferentes y concretas actividades deportivas mencionadas en esta clasificación, que anteriormente afirmábamos compartir, no tiene pretensión de ser absoluta, por lo que en estos cuatro grandes bloques pueden insertarse todos aquellos deportes cuyos caracteres coincidan con los especificados en cada grupo.

---

actualmente la esgrima de sable como manifestación del deporte más viril, que llevaba consigo la posibilidad de dejar cicatrices en los rostros de los contendientes. Cicatrices que por su causa eran exhibidas con orgullo como una prueba de valor y de pertenencia al estatus académico».

Pero debe señalarse, también, como ya hemos anticipado, que los diferentes criterios que, en principio, Eser asocia a cada tipo para imputar responsabilidad por lesiones, convergen, en el criterio de la asunción de riesgos, en relación con la conducta de ambas partes y el respeto de las normas reglamentarias, pues todos ellos son elementos necesarios, en su conjunto, para aclarar y atribuir responsabilidades en los diferentes casos y situaciones en los que se produce una lesión.

Situaciones que clasifica este autor, indicando, como especialmente relevantes, tres factores: el resultado (lesión leve, grave o mortal), el factor reglamento (juego reglamentario, infracción leve, grave, sin relación con el juego) y la actitud (infracción reglamentaria no intencionada, infracción consciente pero sin voluntad lesiva, aceptación de infracciones reglamentarias y de lesiones, lesión intencionada)<sup>39</sup>.

### 3.2 Responsabilidad en la práctica de actividades deportivas orientadas a causar lesiones (boxeo, artes marciales, etc.)

Existen autores que, como señala Montero<sup>40</sup>, han denunciado la ilicitud del boxeo porque su excesiva violencia y evidente peligrosidad no beneficia ni física ni espiritualmente a contendientes y espectadores, pues la base de este deporte es el contacto físico, con probabilidad máxima de lesiones, y el fin último consiste en golpear al contrario hasta lograr que pierda el sentido, o hasta que su deterioro físico le fuerce a decidir (o a su entrenador o al árbitro) el abandono del combate.

Reconocen que existen unas reglas básicas de obligada observancia, pero advierten, igualmente, que no existe uniformidad en la interpretación y en la sanción disciplinaria por los jueces de los combates (la interpretación del *knock-out* técnico es muy distinta en Europa y en los Estados Unidos).

Por todo ello, la búsqueda del fundamento de la falta de responsabilidad por lesiones en estos deportes, cuando existe intención evidente de causar daño para ganar el combate, ha originado diferentes posturas.

Aquí, mantenía Eser, se plantean problemas relacionados con el consentimiento y la contrariedad a las buenas costumbres<sup>41</sup>, que Frattarolo soluciona acudiendo a la teoría del «riesgo permitido»,

<sup>39</sup> M. ALBIN ESER, *op. cit.*, pp. 1133-1136.

<sup>40</sup> M. MONTERO MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 81.

<sup>41</sup> M. ALBIN ESER, *op. cit.*, p. 1131.

según las normas reglamentarias de la actividad, y a sus exigencias de prudencia y diligencia<sup>42</sup>.

Si bien es cierto, como declara este autor, que en esta clase de deportes la asunción del riesgo implica el consentimiento del enfrentamiento físico con las lesiones derivadas del espíritu competitivo, también lo es que el contacto físico debe adecuarse a las normas del reglamento específico que regule cada una de estas actividades y a las exigencias de la prudencia, diligencia y pericia aplicables en cada supuesto.

De este modo, la violación de los reglamentos de competiciones constituye la prueba concreta de la existencia de culpa, generadora de responsabilidad, que también debe imputarse en los casos en los que se actúe de forma imprudente y desproporcionada.

De manera semejante se manifiesta, también, nuestra jurisprudencia en las SSTS de 16 de noviembre de 1935 y 31 de mayo de 1997, citadas en líneas anteriores<sup>43</sup>, en relación a un caso de boxeo y a una competición de artes marciales, respectivamente, en las que se imputa responsabilidad por culpa extracontractual al resultar patente, como señala la ésta última, «que su actuar no fue lo ajustado a la diligencia media, atendiendo a las circunstancias concurrentes del caso concreto, a fin de evitar daños ajenos, ya que la ausencia de medidas de prudencia y seguridad se presentan notorias y suficientemente acreditadas».

Y en el mismo sentido se pronuncian los tribunales italianos, entre cuyas sentencias resulta interesante citar lo dispuesto en la sent. App. Milano 14 de octubre de 1960, confirmada en Cass. pen. 22 de noviembre de 1961, relativa a un caso de lesiones mortales, producidas durante un entrenamiento entre púgiles de categoría diferente y desigual habilidad y experiencia, que reconoce la culpabilidad de uno de los púgiles, por no haber seguido las instrucciones del entrenador y haber propinado al otro púgil golpes demasiado fuertes, que no se adecúan a la finalidad del entrenamiento<sup>44</sup>, entendiéndose, por tanto, que la prueba de la violación de las reglas del entrenamiento desvirtúa la presunción de asunción de riesgos del dañado y la exención de culpa del agente del daño desaparece, haciéndole responsable de la lesión producida.

---

<sup>42</sup> V. FRATTAROLO, *op. cit.*, pp. 47-49.

*Vid.* también al respecto, A. MARANI TORO, *op. cit.*, p. 406; J. PAREDES CASTAÑÓN, *op. cit.*, pp. 642-647.

<sup>43</sup> *Vid.* p. 11 de este trabajo.

<sup>44</sup> *Vid.* la exposición más detallada de este caso y otros relacionados, en V. FRATTAROLO, *op. cit.*, pp. 49-50; e, igualmente, la opinión de MARANI TORO, A.: *op. cit.*, pp. 401-402.

### 3.3 Responsabilidad de participantes en carreras de velocidad (con vehículos de motor, ciclistas, etc.)

Como ya se expuso al principio, al tratar de la clasificación de actividades deportivas, este tipo de deportes se encuadraría en el bloque de aquellos en los que los participantes tratan de conseguir la misma meta, pero no mediante una lucha de uno contra otro, sino de unos junto a otros. En estos casos, manteníamos que el riesgo de lesión puede provenir de conductas imprudentes o de actos que supongan obstaculizaciones o conlleven empujones, por lo que en la mayoría de las ocasiones nos encontraríamos, o bien ante imprudencias o infracciones del reglamento, si la acción fue voluntaria o consciente respecto del daño o se produjo fuera de los límites normales permitidos para el desarrollo de la competición, o ante casos fortuitos, si la lesión se produjo aún con la actuación diligente de los participantes, determinada en conexión con la finalidad de alcanzar la victoria.

En el primer caso resultaría clara la responsabilidad por culpa o negligencia del agente del daño, que la asunción de riesgos del lesionado no desvirtúa, precisamente por la extralimitación de la conducta en relación al riesgo permitido. Y en el segundo caso, es indudable la ausencia de responsabilidad del dañante por entrar el suceso en el ámbito del «riesgo asumido» por todo participante en estas competiciones<sup>45</sup>.

### 3.4 Responsabilidad de esquiadores, cazadores y alpinistas

a) *El esquí* forma parte del grupo de actividades deportivas que pueden desarrollarse por un grupo de personas en un mismo lugar deportivo, sin necesidad de ningún tipo de contacto físico, puesto que el ejercicio de este deporte ni siquiera tiene que estar dirigido a lograr un objetivo común.

Eser mantenía que si resultasen lesiones en el desarrollo de este tipo de actividades, entre las que incluía el lanzamiento de peso o el entrenamiento individual, «generalmente sólo se plantean cuestiones de imprudencia»<sup>46</sup>.

Y coincide en esta apreciación la opinión sustentada por Frattarolo, a cuyo razonamiento, más extenso, nos sumamos, pues para

<sup>45</sup> Vid. al respecto, F. ALAPHILPPE y J. P. KARAQUILLO, *op. cit.*, pp. 88-92, en relación con la sentencia de la Corte de Casación de 2.º Ch. de 2 de octubre de 1980; V. FRATTAROLO, *op. cit.*, pp. 77-80, 184-190, 198-203, citando la sent. Trib. Monza, de 30-marzo-1965, entre otras.; A. MARANI TORO, *op. cit.*, pp. 406-407; J. PAREDES CASTAÑÓN, *op. cit.*, pp. 649-651.

<sup>46</sup> M. ALBIN ESER, *op. cit.*, pp. 1131-1132.

este autor, en la práctica del esquí alpino, al igual que en las competiciones de vehículos de motor y ciclistas, la velocidad es una de las características más atrayentes, y ello provoca un notable factor de riesgo en relación a la peculiaridad de los instrumentos usados y del ambiente en el que se ejercita el deporte. Además, requiere un sumo grado de habilidad y control, por lo que la forma de culpa más típica en este caso es la impericia debida a la inexperiencia o insuficiente conocimiento de las reglas técnicas del deporte, de las precauciones necesarias para mantener en todo momento y en cualquier circunstancia el control de la velocidad y el equilibrio<sup>47</sup>.

La conducta de los esquiadores debe adecuarse, por tanto, a una serie de reglas, a las que la jurisprudencia reconoce el valor de reglas de común prudencia, y podrá exigírseles responsabilidad por los daños causados según el mayor o menor respeto de estas reglas<sup>48</sup>.

Pero, al igual que se manifestaba en relación con las competiciones de velocidad en las que intervenían vehículos de motor o ciclistas, deben ser aplicados los principios acogidos a propósito de éstas, según los cuales los participantes no están obligados a reducir la velocidad o a abstenerse de otros comportamientos que pueden perjudicar el éxito de la carrera; es decir, debe respetarse el derecho del esquiador a practicar este deporte, sin otros límites que los derivados del respeto al reglamento y a las normas de prudencia compatibles con la finalidad deportiva<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> V. FRATTAROLO, *op. cit.*, pp. 81 y ss.

*Vid.* en este sentido la STS de 20 de marzo de 1996, *cit.*, en p. 19.

<sup>48</sup> *Vid.* también en este sentido, J. PAREDES CASTAÑÓN, *op. cit.*, p. 640.

Y STS de 27 de abril de 1998: «El motivo se desestima porque el resultado de la prueba evidencia la conducta imprudente del esquiador, ya que se deslizaba por una pista destinada a niños o a principiantes, separada de un barranco por una valla o red sujeta al poste en cuestión y próxima a la cafetería. La más elemental norma obliga a adecuar la velocidad a la situación de la pista para ser en todo momento dueño de los esquís y evitar cualquier contratiempo previsible, que en este caso fue el cruce inesperado de un niño. Dice la sentencia recurrida acertadamente en su fundamento de derecho tercero: «... el accidente sufrido por el señor L.T. fue debido exclusivamente a su conducta imprudente, porque, teniendo en cuenta que se deslizaba por una pista destinada principalmente a los niños, o a principiantes, lo hacía sin observar adecuadamente las normas de comportamiento más arriba mencionadas, ni la diligencia que le era exigible según las circunstancias personales, de tiempo y de lugar, pues no adecuó su velocidad a la situación en que se desenvolvía su actividad, como demuestra la violencia del golpe, ante las maniobras o reacciones inesperadas que cabe esperar de los niños, a pesar de haber visto a uno que, finalmente, se le cruzó en su trayectoria obligándole a efectuar una maniobra brusca, forzada, debido a la velocidad que llevaba, cayendo al suelo y golpeándose con el poste, ya que, de otro modo, podría haber dominado sus movimientos y no hubiera perdido el equilibrio».

<sup>49</sup> V. FRATTAROLO, *op. cit.*, pp. 81-83. Opinión que apoya mostrando la tendencia jurisprudencial en este sentido: Pret. Castel di Sangro, 11 de julio de 1957, Pret. Pistoia, 7 de julio de 1958, Pret. Cuornè, 9 de marzo de 1962, App. Bolonia, 26 de febrero de 1972, Cass. 1 de abril de 1980, entre otras.

Por lo que nos remitimos, en cuanto a razonamientos más concretos sobre los supuestos de lesiones, a lo manifestado en el apartado anterior dedicado a las carreras de velocidad ciclistas o de vehículos con motor.

b) *La caza* es una actividad deportiva que se practica sin una finalidad esencialmente competitiva, pero suele ejercitarse con armas de fuego y en condiciones ambientales a menudo difíciles y hostiles (terrenos accidentados, obstáculos naturales y artificiales), por lo que, como ya mencionábamos anteriormente con ocasión de las sentencias de 26 de septiembre de 1994 y 28 de junio de 1996<sup>50</sup>, que confirmaban en este ámbito una presunción de culpabilidad del cazador que origina un daño, por la demanda de una mayor exigencia de previsibilidad y prudencia en los supuestos de ejercicio de la caza en estas circunstancias, es de señalar la particular atención que esta disciplina ha recibido del Estado, mediante una regulación protectora de la seguridad pública, y una rigurosa carga de la prueba.

En este sentido, Frattarolo ha acudido a la jurisprudencia italiana para corroborar la responsabilidad objetiva que se impone en estos supuestos cuando se producen daños, ya sea a los propios compañeros de la partida de caza o a terceros, y explica que «la jurisprudencia ha precisado que el cazador no puede alegar como disculpa el hecho de que el tercero se inmiscuyó o penetró en la zona donde se practicaba la caza, porque es obligación del primero verificar la ausencia de personas y cosa entre su arma y el blanco antes del disparo»<sup>51</sup>.

c) *El alpinismo*, o escalada de montaña, al igual que la caza, es un deporte altamente peligroso que no se practica de forma competitiva, y también se integra en el bloque de actividades deportivas en las que el contacto físico con otra persona puede suponer, cuando menos, un contratiempo, por lo que si se producen lesiones habría que acudir, también, como señalaba Eser, al criterio de la imprudencia<sup>52</sup>.

Evidentemente, todo aquel que practica este deporte debe ser consciente del riesgo que su ejercicio implica, pero la aceptación

---

<sup>50</sup> SSTS citadas en p. 16 de este trabajo, y basadas en la responsabilidad objetiva atenuada impuesta por las disposiciones de la Ley de Caza de 4 de abril de 1970, que en su artículo 33.5. establece: «Todo cazador estará obligado a indemnizar los daños que causare con motivo del ejercicio de la caza, excepto cuando el hecho fuera debido únicamente a culpa o negligencia del perjudicado o a fuerza mayor. En la caza con armas, si no consta el autor del daño causado a las personas, responderán solidariamente todos los miembros de la partida de caza».

<sup>51</sup> V. FRATTAROLO, *op. cit.*, pp. 87-88, citando las sentencias de Cass. 28 de septiembre de 1964 y Cass. 23 de diciembre de 1968; A. MARANI TORO, *op. cit.*, p. 405.

<sup>52</sup> M. ALBIN ESER, *op. cit.*, pp. 1131-1132.

del riesgo no actuará como causa de exoneración de responsabilidad cuando se interponga la conducta culposa de uno de los compañeros.

Cuestión bastante difícil de dilucidar puesto que el comportamiento del culpable del siniestro debe ser evaluado teniendo en cuenta la observancia de las cautelas propias de la técnica alpina, como el uso de los instrumentos idóneos, la elección cauta del recorrido, etc.<sup>53</sup>.

Por tanto en los deportes alpinos han de mantenerse los criterios de imputación de responsabilidad que actúan en todas aquellas prácticas deportivas, cuyas reglas exigen el respeto de las técnicas y costumbres derivadas de cada actividad en particular, y la adopción de las precauciones necesarias para su ejercicio, que incluyen el grado de preparación, habilidad y experiencia de los deportistas que lo practican, en este caso de los alpinistas.

### 3.5 Responsabilidad en el ejercicio de deportes en equipo (balonmano, baloncesto, fútbol, etc.)

Respecto a la posibilidad de causar lesiones en este tipo de actividad deportiva, y la consiguiente responsabilidad que puede generar, podemos sistematizar y analizar los diferentes supuestos, siguiendo los elementos y argumentos aportados por Eser<sup>54</sup>, a los que ya hacíamos referencia anteriormente:

#### A) CUANDO SE RESPETAN LAS REGLAS DEL JUEGO

En opinión de Eser, sea cual sea la forma y entidad de la lesión, al jugador no se le imputará responsabilidad alguna, por la adecuación social de su comportamiento, o por la falta de infracción de un deber.

Sin embargo, y en el ámbito civil, nosotros pensamos que más bien debe afirmarse que quedará exento de responsabilidad por la asunción del riesgo del lesionado, dentro del respeto de las normas reglamentarias, que desvirtúa la presunción de culpa<sup>55</sup>.

<sup>53</sup> V. FRATTAROLO, *op. cit.*, pp. 89-91 y 181.

<sup>54</sup> M. ALBIN ESER, *op. cit.*, pp. 1137-1141.

<sup>55</sup> Como también mantiene V. FRATTAROLO, *op. cit.*, pp. 67-69, basándose en sentencias de Trib. Roma, 31-dic-1948, Trib. milit. Roma, 25-junio-1962 (boxeo), y Cass., Sez.II.pen, 9-oct-1950, Trib. Varese, 1-mayo-1970 (fútbol), entre otras.

## B) CUANDO SE INFRINGEN LAS NORMAS REGLAMENTARIAS

Habrá que distinguir entre:

a) *Infracciones leves*, son aquellas irregularidades reglamentarias justificadas por contribuir, de alguna manera, al buen funcionamiento del juego.

Objetivamente, conllevan un riesgo mínimo de lesiones, que se puede deducir, bien de la poca relevancia del efecto de protección de la regla (prohibición del empujón poco peligroso), bien del hecho de que una regla de mayor protección (prohibición de saltar empujando o de golpear a otro) sea infringida sólo de modo poco significativo (ataque casual fácil de esquivar).

Eximentes subjetivas podrían ser, como afirma Eser, la inquietud, exaltación, o conducta impulsiva, teniendo en cuenta, además, el tipo y la finalidad del juego.

La posible comisión de este tipo de infracciones leves se asumen y aceptan por todo aquel que participa en deportes en equipos con posibilidad de contacto corporal.

Por tanto, afirmamos como Eser, el jugador quedará exento de responsabilidad cuando el daño provenga de una infracción reglamentaria que se mantenga en el marco del «riesgo permitido» y, ello, con independencia de la entidad de la lesión que produzca<sup>56</sup>.

b) *Las infracciones graves*, por la gravedad potencial del supuesto que las originan, son las que provocan tal grado de riesgo que conllevan una alta probabilidad de lesión.

En esta categoría Eser incluye supuestos como el intento de apropiarse del balón previamente atrapado por el portero, o el «recurso último» del defensa en un lugar desde el cual puede darse con la cabeza en la portería; y considera que este tipo de infracciones reglamentarias no pueden incluirse dentro del denominado «riesgo permitido», porque el ordenamiento jurídico no debe proteger por completo la integridad física y la salud.

Pero aún en estos supuestos, en los que se excluye la permisividad, se admite una excepción a la imputación de responsabilidad al agente del daño, que surge cuando existe un consentimiento individual en la lesión concreta. Situación que se produciría si el jugador consintiera una conducta claramente peligrosa.

Pero el límite a este consentimiento se encuentra all  donde acaba el poder de disposición del lesionado, es decir, no será eficaz cuando la aceptación de determinados riesgos y lesiones atente, incluso con el consentimiento del afectado, contra las buenas cos-

---

<sup>56</sup> En sentido semejante, J. PAREDES CASTA N, *op. cit.*, pp. 652-656.



tumbres: riesgos mortales o pérdidas de órganos vitales, lesiones con deformación permanente o mutilaciones graves.

C) CUANDO SE PRODUCEN LESIONES INTENCIONADAS, INFRINGIENDO O NO EL REGLAMENTO

En este caso, Eser se remite a los principios aplicados a las infracciones reglamentarias con alto riesgo, porque, a su juicio, «aquel que, aprovechando la cobertura de actuación dentro del marco permisivo de la regla, intencionadamente y con ocasión del juego cause lesiones actuará abusando de las reglas dadas y, por lo tanto, infringiendo un deber. Por ello han de quedar fuera del «riesgo permitido» general las lesiones causadas intencionadamente, infrinjan el reglamento o no. Pues el «riesgo permitido» sólo quiere dejar impune el riesgo y no lesiones determinadas».

A pesar de ello, también en este caso se admite una excepción: el consentimiento individual y concreto, y son aquí, igualmente, las buenas costumbres las que determinan el límite de disposición, es decir, los supuestos de consentimiento concreto en riesgos mortales o mutilaciones graves.

Todos estos factores, evidentemente, no sólo son aplicables o intervienen para determinar la imputación de responsabilidad en los casos de lesiones entre participantes o compañeros de juego o actividades deportivas, sino también en los supuestos en los que resulta lesionado un tercero; y han de ponerse en relación con la imprudencia, teniendo presente, también, el factor actitud respecto del tercero lesionado, porque la consciencia del tercero del riesgo provoca su asunción, y actúa como criterio exonerante de responsabilidad para el deportista que produce el daño, siempre que éste haya actuado con la debida diligencia en el ejercicio de la actividad deportiva y su culpa no se considere preponderante<sup>57</sup>.

#### IV. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESTATAL FRENTE AL DENOMINADO DERECHO DEPORTIVO

Como ya hemos tenido oportunidad de observar en líneas anteriores, resultan muy escasos los fallos judiciales que se refieren a

---

<sup>57</sup> Vid. al respecto, V. FRATTAROLO, *op. cit.*, pp. 55 y 73; y SSTS de 1 de mayo de 1951, 22 de octubre de 1992 y 10 de diciembre de 1992, citadas anteriormente.

esta materia, aunque en la práctica se producen gran cantidad de lesiones en este ámbito.

Las razón de que estos supuestos no lleguen a los Tribunales puede ser, como también piensa Montero<sup>58</sup>, la creencia colectiva de que los supuestos de daños normalmente producidos en el deporte se solucionan a través de sanciones deportivas, impuestas por los Comités de Competición o Disciplinarios, y que los Tribunales no deben intervenir. Además, ocurre que distintas Federaciones Nacionales e Internacionales sancionan a los equipos o deportistas que acuden a los Tribunales ordinarios (así la FIFA o la UEFA en fútbol, por citar casos probablemente más conocidos); e, incluso, el propio deportista casi nunca acude a los Tribunales y acepta la sanción deportiva aunque esté convencido de que fue intencionada.

Todo ello tiende a provocar, como advierte Eser<sup>59</sup>, que la actividad deportiva se desenvuelva «dentro de unas federaciones que, a su vez, disponen de una jurisdicción propia que puede imponer sanciones», y fomentar propuestas «de crear un “ámbito jurídico libre” a favor de unos mecanismos de autorregulación a través de las federaciones».

Posibilidad o tendencia que este autor, a nuestro juicio acertadamente, rechaza, porque, por un lado, la protección de bienes fundamentales, como la integridad física y la vida, no se puede dejar sin más en manos de unos meros mecanismos de autorregulación; y por otro lado, se produciría una discriminación de trato entre deportistas, porque solo una parte de la actividad deportiva se desarrolla en las federaciones, y de éstas sólo una pequeña parte dispone de una propia jurisdicción sancionatoria. Ello ocasionaría, por tanto, un trato desigual en situaciones iguales, ya que al deportista federado se le podría imponer simplemente una «pena» federativa por

---

<sup>58</sup> J. MONTERO MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 74, quien expresa sus opiniones en el marco del Derecho penal.

<sup>59</sup> M. ALBIN ESER, *op. cit.*, pp. 1130-1131, en oposición a una corriente doctrinal surgida en Alemania.

*Vid.* también en este sentido, M. CARDENAL CARRO, *Deporte y Derecho: las relaciones laborales en el deporte profesional*, Univ. de Murcia, 1996, pp. 42 y ss., quien explica que «junto a la regulación emanada por el Estado para ordenar el deporte, las instituciones deportivas privadas, desde su origen, necesariamente debieron dotarse de una reglamentación al tratarse de un fenómeno esencialmente jurídico».

De esta forma han concurrido dos regulaciones distintas y en muchos aspectos enfrentadas.

[...] Dadas estas «diferencias de valoración» entre los ordenamientos estatal y deportivo, considerar a este último como un ordenamiento autónomo pretendía ser una vía para justificar ese fenómeno jurídico, que debía ser respetado en su autonomía»; A. MARANI TORO, *op. cit.*, pp. 397-398, para quien «el reconocimiento del Ordenamiento deportivo, no significa que el Ordenamiento Estatal haya renunciado al poder de juzgar los eventos lesivos causados por el ejercicio de la actividad deportiva y que, en particular, haya renunciado a ejercitarlo en base a los normales criterios de valoración de la responsabilidad».

haber causado graves lesiones a su contrario por una falta, mientras que al deportista de un pequeño club privado podría sancionársele con una verdadera pena monetaria e, incluso, con una anotación en el registro penal.

En consecuencia, el Estado tiene que conservar la última responsabilidad, y ello implica que la autorización de sanciones deportivas impuestas por la jurisdicción privada federativa no se puede entender como un cese de la responsabilidad general, puesto que el Derecho estatal debe aplicar su carácter vinculante también al ámbito del deporte.

El razonamiento de Eser, en relación con el Derecho penal en el Ordenamiento jurídico alemán, es extensible, igualmente, al Ordenamiento jurídico español y también, evidentemente, al ámbito civil de la responsabilidad extracontractual, máxime cuando podría esgrimirse como fundamento de la convivencia y relación, que existe en nuestro Ordenamiento entre el denominado Derecho deportivo y el Derecho civil y penal.

En relación a este Derecho deportivo, Montero mantiene que, si bien se ha negado muchas veces que sea parte del Ordenamiento jurídico, por tratarse de normas federativas o de asociaciones privadas y por el rango normativo que ostentan, hoy en día no existe obstáculo para entender que las normas emanadas de las Federaciones Deportivas admitidas y establecidas en cada país forman parte de él<sup>60</sup>.

Y a este respecto, puede verse la Ley 10/90, de 15 de octubre, del Deporte, que corrige y amplía la Ley 13/80, de Cultura Física y Deporte, y las normas que la desarrollan, entre las que destaca el Real Decreto 1591/92, de 23 de diciembre, sobre Disciplina Deportiva; el Real Decreto 769/93, de 21 de mayo, que aprueba el Reglamento para la Prevención de la Violencia en los Espectáculos Deportivos; y el Real Decreto 849/93, de 4 de junio, por el que se determinan las prestaciones mínimas del Seguro Obligatorio Deportivo.

De toda esta normativa, parte del que se considera Derecho deportivo, las disposiciones que resultan más interesantes para nuestro estudio son el Real Decreto sobre Disciplina Deportiva y el Real Decreto relativo al Seguro Obligatorio Deportivo.

---

<sup>60</sup> M. MONTERO MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 74-76.

Vid. igualmente, M. CARDENAL CARRO, *op. cit.*, pp. 44-45 y 50-69, para quien los análisis de la doctrina «fueron constatando la inexistencia de obstáculo alguno que impidiese la plena aplicación del Derecho estatal a las controversias que tuviesen por objeto la materia deportiva.

[...] Por otra parte, [...] se veía la necesidad de un marco conceptual nuevo para enfocar la coexistencia de los dos ordenamientos».

El primero de ellos, en su exposición de motivos, explica que «esta disposición pretende compaginar la autonomía de la organización privada deportiva con el ejercicio de las funciones de ordenación y tutela que en materia deportiva corresponden a los poderes públicos, y que en el campo sancionador se traducen, especialmente, en el diseño de la posición jurídica de los sujetos sometidos a la disciplina deportiva, garantizando el pleno disfrute de los derechos de defensa constitucional y legalmente reconocidos».

En este sentido, su artículo 5.1, precisamente en referencia a la compatibilidad de la Disciplina Deportiva, establece que «el régimen disciplinario deportivo es independiente de la responsabilidad civil o penal, así como del régimen derivado de las relaciones laborales, que se regirá por la legislación que en cada caso corresponda»; y posteriormente, en el artículo 34, que desarrolla el artículo 83 de la Ley del Deporte, prevé la posibilidad de concurrencia de responsabilidades, en concreto deportivas y penales, e impone a los órganos disciplinarios deportivos competentes que, de oficio o a instancia del instructor del expediente, comuniquen al Ministerio Fiscal aquellas infracciones que pudieran revestir caracteres de delito o falta penal.

En tal caso, dispone, «los órganos disciplinarios deportivos acordarán la suspensión del procedimiento, según las circunstancias concurrentes, hasta que recaiga la correspondiente resolución judicial.

En cada supuesto concreto los órganos disciplinarios valorarán las circunstancias que concurran en el mismo, a fin de acordar motivadamente la suspensión o la continuación del expediente disciplinario deportivo hasta su resolución e imposición de sanciones, si procediera.

En el caso de que se acordara la suspensión del procedimiento podrán adoptarse medidas cautelares mediante providencia notificada a todas las partes interesadas».

Por tanto, el régimen deportivo no se considera preferente ni excluyente del resto de las disciplinas del Ordenamiento jurídico, sino que, al contrario, sus normas se integran en el Ordenamiento jurídico al mismo nivel, siendo únicamente de aplicación subsidiaria o complementaria en caso de que se deriven responsabilidades civiles o penales, con ocasión del ejercicio de la actividad deportiva<sup>61</sup>.

---

<sup>61</sup> *Vid.* al respecto, C. GARCÍA VALDÉS, «Responsabilidad por lesiones deportivas», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1993, pp. 966-970. Para este autor,

Y en este sentido, el segundo de los Reales Decretos, antes citados, sobre el Seguro Obligatorio Deportivo, desarrolla la prescripción del artículo 59.2. de la Ley del Deporte, según el cual «todos los deportistas federados que participen en competiciones oficiales de ámbito estatal deberán estar en posesión de un seguro obligatorio que cubra los riesgos para la salud derivados de la práctica de la modalidad deportiva correspondiente, incluido el entrenamiento para la misma».

En conclusión, la determinación de imputación de responsabilidad civil extracontractual, en caso de producción de daños con ocasión de la práctica deportiva, se realizará mediante la aplicación de la normativa del derecho civil y de acuerdo con sus criterios, pero, eso sí, teniendo en cuenta y valorando, lógicamente, todas las circunstancias y principios que intervienen y se relacionan con el fenómeno deportivo (teoría del consentimiento, riesgo asumido, riesgo permitido, infracción de reglamentos, etc.)<sup>62</sup>, y sin que ello suponga ningún obstáculo para que en los casos exentos de responsabilidades según sus preceptos, los órganos disciplinarios deportivos impongan las sanciones que estimen convenientes, en virtud del régimen deportivo correspondiente<sup>63</sup>.

---

«el respeto de los derechos de defensa, reconocidos en el artículo 24 de la Constitución Española, y de plena aplicación a los procedimientos que la Administración siga para la imposición de sanciones; y, finalmente, la subordinación a la autoridad judicial (...) implica que la colisión entre una actuación jurisdiccional y una actuación administrativa haya de resolverse necesariamente en favor de la primera. Ello, a su vez, provoca las siguientes consecuencias: por un lado, el necesario control *a posteriori* por la autoridad judicial de los actos administrativos mediante el oportuno recurso; por otro, la imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta, según el Código penal o las leyes penales especiales, mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellas, y, por último, la necesidad de respetar la cosa juzgada».

<sup>62</sup> Vid. en este sentido, M. CARDENAL CARRO, *op. cit.*, pp. 68-69, quien considera que «también las instituciones propias del Derecho civil, al relacionarse con el fenómeno deportivo, sufren las modificaciones derivadas de la presencia de la axiología deportiva en el ordenamiento general [...]; igualmente se modaliza la normativa de la responsabilidad extracontractual».

<sup>63</sup> Así lo establecen los artículos 73 y 74 de la Ley del Deporte, según los cuales:

Artículo 73: 1. «El ámbito de la disciplina deportiva, a los efectos de la presente ley, y cuando se trate de actividades o competiciones de ámbito estatal y, en su caso, internacional, o afecte a personas que participen en ellas, se extiende a las infracciones de reglas del juego o competición y normas generales deportivas tipificadas en esta ley, en sus disposiciones de desarrollo y en las estatutarias o reglamentarias de Clubes deportivos, Ligas profesionales y Federaciones deportivas españolas.

2. Son infracciones de las reglas del juego o competición las acciones u omisiones que, durante el curso del juego o competición, vulneren, impidan o perturben su normal desarrollo.

Son infracciones de las normas generales deportivas las demás acciones u omisiones que sean contrarias a lo dispuesto por dichas normas».

Artículo 74 (desarrollado por el artículo 6 del Real Decreto sobre Disciplina deportiva): 1. «La potestad disciplinaria atribuye a sus titulares legítimos la facultad de investigar

## V. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ORGANIZADORES DE ESPECTÁCULOS Y COMPETICIONES DEPORTIVAS

### 5.1 Responsabilidad de organizadores sin ningún tipo de contrato deportivo con los participantes

Analizada la responsabilidad de los deportistas por daños producidos a terceros, espectadores o transeúntes, y a los propios compañeros o participantes en las diferentes clases de acontecimientos deportivos, es interesante, e, incluso, necesario, examinar si a los organizadores de espectáculos y competiciones deportivas se les puede imputar, y hasta qué punto, la responsabilidad por dichos daños ocasionados por los deportistas, cuando se han infringido u omitido las correspondientes medidas de seguridad, según la disciplina deportiva de que se trate.

A este respecto, mantenemos, como Vidiri<sup>64</sup>, que el problema radica en establecer los límites de la responsabilidad imputable al organizador de competiciones deportivas, por el daño producido durante o con ocasión de estas competiciones.

Para ello, este autor considera importante aclarar o concretar la figura y función del organizador, para después especificar las obligaciones que implica su actividad.

Con el término «organizador» define a «la persona física, jurídica, la asociación, el Comité que promueve, asumiendo toda la responsabilidad en el ámbito del ordenamiento jurídico del Estado (por lo tanto: responsabilidad de orden penal, civil, administrativa), el encuentro de uno o más atletas con el objeto de alcanzar un resul-

---

y, en su caso, sancionar o corregir a las personas o entidades sometidas a la disciplina deportiva, según sus respectivas competencias.

2. El ejercicio de la potestad disciplinaria deportiva corresponderá:

a) A los jueces o árbitros, durante el desarrollo de los encuentros o pruebas, con sujeción a las reglas establecidas en las disposiciones de cada modalidad deportiva.

b) A los Clubes deportivos, sobre sus socios o asociados, deportistas o técnicos y directivos o administradores.

c) A las Federaciones deportivas españolas, sobre: Todas las personas que forman parte de su propia estructura orgánica; los Clubes deportivos y sus deportistas, técnicos y directivos; los jueces y árbitros, y, en general, todas aquellas personas y Entidades que, estando federadas, desarrollan la actividad deportiva correspondiente en el ámbito estatal.

d) A las Ligas profesionales, sobre los Clubes deportivos que participan en competiciones oficiales de carácter profesional y sobre sus directivos o administradores.

e) Al Comité Español de Disciplina Deportiva, sobre las mismas personas y Entidades que las Federaciones deportivas españolas, sobre estas mismas y sus directivos, y sobre las Ligas profesionales».

<sup>64</sup> G. VIDIRI, *op. cit.*, pp. 200-207.

tado en una o más disciplinas deportivas, independientemente de la presencia de más o menos espectadores, y, por consiguiente, independientemente del espectáculo público».

El organizador debe cumplir una serie de obligaciones, dirigidas a eliminar el riesgo provocado por la práctica deportiva, o al menos, reducir considerablemente su magnitud.

Y entre estas obligaciones destacan: la verificación de la idoneidad del lugar destinado a las competiciones, las condiciones psicofísicas de los mismos atletas (valiéndose en este caso de los órganos médico-federales propuestos para el control de los competidores), y el control de los medios técnicos usados por los atletas, porque, aunque no siempre es necesario el uso de medios o aparatos técnicos para practicar algunas disciplinas, como la marcha o la maratón, sí son importantes en deportes como el salto con pértiga o los lanzamientos de disco y jabalina, el tenis, etc. En estos casos, los organizadores que predisponen o procuran dichos medios deben adecuarlos al dictamen de los reglamentos federales para verificar todos los requisitos, asegurándose que son seguros y que están preparados para evitar la producción de hechos dañosos (ej. protección con colchones reglamentarios en la caída del salto con pértiga, red metálica de protección de la tarima para el lanzamiento del martillo, etc.).

Y si es el atleta el que hace uso de un medio técnico propio, incumbe al organizador el deber de verificar la regularidad, pero cuando el hecho dañoso deriva de la propia inadecuación, su responsabilidad se verá disminuida si concurre la conducta dolosa del atleta dirigida a eludir el control, sustituyendo por ejemplo, en modo fraudulento, el medio que había sido verificado.

Pero lo cierto es que nada puede ser atribuido al organizador si, no obstante la acertada conformidad de los medios empleados a las disposiciones reglamentarias, por las propias características intrínsecas y por el uso que se les ha dado, se han causado daños a los participantes en la competición o a terceros.

Sin embargo, a diferente conclusión debe llegarse, si los organizadores no observan las obligaciones de control, custodia y conservación de los aparatos, especialmente aquellos extrínsecamente peligrosos, y por la inobservancia de tales obligaciones se origina un hecho lesivo.

Además, hay que atender a criterios normales de prudencia común al organizar competiciones, procurando que los participantes tengan la misma o similar experiencia y capacidad, pues, en caso contrario, constituirá, sobre todo en los deportes violentos y

altamente peligrosos, un peligro para la propia integridad física de los competidores.

Igualmente, debe existir un grado de diligencia común al verificar si los participantes de la competición se encuentran en condiciones psico-físicas idóneas para realizar la actividad competitiva, e incumbe a los organizadores, si las circunstancias así lo aconsejan, verificar a través de un facultativo médico, preferiblemente especializado en medicina deportiva, las condiciones reales del atleta y prohibir su participación si se descubre una merma de las mismas.

Y, por último, hay que señalar que en la realidad práctica la responsabilidad de los organizadores se origina frecuentemente por la falta de adecuación del lugar de ejercicio de la actividad deportiva, en relación a la capacidad de garantizar la seguridad de los atletas y de los espectadores, pues existe la obligación de que posteriormente a la homologación por parte de la federación deportiva competente, se haga un mantenimiento regular del lugar para conservarlo en ese mismo estado<sup>65</sup>.

Todo ello, induce a mantener que es competencia de los organizadores vigilar la seguridad de los atletas, de los espectadores y de los terceros, interesados o no en la competición, y procurar las medidas necesarias para evitar que en el lugar donde se desarrolla el espectáculo deportivo el peligro pueda concretarse en daño. Para tales fines deberá disponer de carteles informadores de las condiciones de peligrosidad, letreros manifestando a los participantes y al público las oportunas disposiciones y medidas adoptadas, y alzar vallas u otros sistemas protectores para la tutela de los espectadores y el desarrollo normal de la competición, evitando, así, eventos dañosos<sup>66</sup>.

Será la naturaleza y entidad de cada disciplina deportiva la que aconseje tomar las correspondientes medidas de prudencia y diligencia, incluso, más allá de la particular observancia de las leyes de pública seguridad y las normas emanadas de la autoridad administrativa competente para tutelar los intereses de la colectividad en caso de actividades deportivas peligrosas.

En definitiva, la responsabilidad civil del organizador se atribuye cuando se vulneran dichas obligaciones de control y seguridad, necesarias para evitar, en la medida de lo posible, el

---

<sup>65</sup> Vid. en este sentido, V. FRATTAROLO, *op. cit.*, pp. 124-128, fundándose en las decisiones del Trib. Forlì, 12 de junio de 1981, Pret. Rovigo, 19 de febrero de 51.

<sup>66</sup> V. FRATTAROLO, *op. cit.*, p. 129; Trib. Busto Arsizio, 22 de febrero de 1982, Trib. Milano, 15 de noviembre de 1971, App. Torino, 21 de octubre de 1966, Trib. Biella, 26 de noviembre de 1965, entre otra.



riesgo<sup>67</sup>, e, incluso, cuando ello se produce por la conducta culpable de auxiliares y colaboradores, en sentido estricto, y de cuantos, en ejecución de una orden recibida, realizan funciones inherentes a la preparación del desarrollo de la competición<sup>68</sup>.

Una responsabilidad que tendrá naturaleza contractual cuando los espectadores hayan accedido mediante pago al espectáculo deportivo, pues los organizadores tienen la obligación de procurar un lugar idóneo que no lo exponga a incidentes peligrosos, y naturaleza extracontractual cuando los lesionados sean sujetos extraños a la competición y no hayan realizado ningún desembolso<sup>69</sup>.

Y responsabilidad que desaparecerá o no se imputará si el evento dañoso se produce por caso fortuito, externo al riesgo propio de la actividad deportiva, o por culpa exclusiva del participante en la competición, de terceros o de la propia víctima<sup>70</sup>, o se compartirá, transformándose en solidaria o colectiva, si son varios los sujetos que han intervenido en la relación de causalidad del hecho dañoso, es decir, si existe una pluralidad de responsables<sup>71</sup>.

Estos supuestos y criterios de atribución de responsabilidad a los organizadores de competiciones deportivas, se reflejan en la línea doctrinal que nuestro Tribunal Supremo mantiene, y entre las decisiones que se ocupan del tema pueden citarse, por resultar interesantes, la STS de 27 de mayo de 1997 (daños ocasionados en bolera), STSJ Navarra de 10 de junio de 1997 (accidente alpino) y SSTS

<sup>67</sup> En este sentido, *Vid. V. FRATTAROLO, op. cit.*, pp. 118-119, 124; L. ANDORNO, «La responsabilité civile des institutions organisatrices de spectacles sportifs dans la loi argentine núm. 23184 du 21 juin 1985», *Gazette du Palais*, núms. 182-183, 1994, pp. 11-12.

<sup>68</sup> V. FRATTAROLO, *op. cit.*, pp. 123-124, se manifiesta en esta misma línea, apoyándose en la decisión del Trib. Milano, 6 de marzo de 1969 y Cass. 10 de julio de 1968.

<sup>69</sup> *Vid. V. FRATTAROLO, op. cit.*, pp. 121-122; J. FERNÁNDEZ COSTALES, «La responsabilidad civil en los estadios de fútbol y recintos deportivos», *La Ley*, 1985, p. 952.

Y en este sentido se pronuncian, también, F. ALAPHILIPPE y J. P. KARAKUILLO, *op. cit.*, pp. 117-119, a propósito de una sentencia de la Corte de Apelación de París, de 19 de mayo de 1982, que resuelve un supuesto de incumplimiento de una obligación reglamentaria, entendiéndose que constituye una falta que genera la responsabilidad de su autor.

La no aplicación del reglamento de seguridad, en este caso, supone una imprudencia por falta de precauciones y no prevención de un riesgo que no es imprevisible, por lo que establece que la Federación francesa de tenis, organizadora de un encuentro internacional en el Estadio Roland-Garrós de París, es responsable de las consecuencias dañosas del accidente sufrido por una espectadora, por no haber podido evitar, por falta de precauciones, la agravación de las heridas de la víctima, gravemente quemada después de una repentina inflamación de su falda.

Los organizadores han incumplido su obligación de medios, al no mantener, como obligan los reglamentos de seguridad, los espacios libres que habrían permitido apagar rápidamente el incendio, detener el origen del perjuicio y la intervención inmediata de beneficiosos auxilios.

<sup>70</sup> *Vid. al respecto, L. ANDORNO, op. cit.*, p. 12.

<sup>71</sup> *Vid. J. FERNÁNDEZ COSTALES, op. cit.*, pp. 955-956; L. ANDORNO, *op. cit.*, p. 12.

de 13 de febrero de 1997, 3 de abril de 1997, 18 de junio de 1997 y 17 de octubre de 1997 (lesiones en espectáculos taurinos).

La STS de 27 de mayo de 1997, se ocupa de los daños causados a un tercero por un accidente producido en una bolera.

El supuesto tuvo lugar en un negocio de marisquería en el que existía una bolera que, por un lado daba a una pared y por el otro al resto del establecimiento, existiendo por este lado una red de nylon, a lo largo del recorrido lateral de la bolera, sujeta a tres columnas del local y a poca distancia de las mesas existentes al otro lado.

En un momento dado un cliente lanzó una bola, y un menor que, con permiso de sus padres, se dirigió hacia las boleras por fuera de la red y de una columna existente hacia el final de las pistas, donde se encuentran los bolos, por permitirlo la elasticidad de la red, se inclinó hacia adelante, situándose sobre el canalón por el que rodaba la bola, la cual le golpeó en la cabeza, causándole lesiones graves.

Presentada la demanda, exigiendo responsabilidad civil extracontractual, contra los titulares del negocio de marisquería, que participaban al mismo tiempo en la explotación comercial de la bolera, contra el dueño de la bolera y participe también en su explotación y contra el cliente que se hallaba jugando en la bolera, se desestima respecto a este último y se condena al pago de la correspondiente indemnización con carácter solidario al resto de los demandados.

Indemnización que el Tribunal Supremo fija conforme a un criterio distributivo, según el cual, «si el encargado de mantener la bolera y la red delimitadora de la misma en el debido y exigible estado de seguridad para las personas era don J. G. R., en su calidad de dueño de la misma, ha de atribuírsele un mayor grado de responsabilidad en la causación de los hechos que a los otros tres condenados, aquí recurrentes, los cuales no tenían encomendada dicha misión, sino que solamente se limitaban a suministrar el local que sirviera de aposento o ubicación a la expresada bolera, aparte de que aun cuando fuera idéntico el grado de responsabilidad de los condenados, que no lo es, al existir entre ellos (dueño de la bolera y dueños del local) constituida verbalmente una sociedad civil irregular con un desigual porcentaje de participación en los beneficios, ese mismo baremo porcentual debe aplicarse a la distribución de las pérdidas (art. 1689.1 del CC), por lo que si al dueño de la bolera le corresponde un 75 por 100 en las ganancias y a los otros tres condenados (dueños del local) solamente un 25 por 100, en esa misma proporción deben contribuir al pago de la cantidad total, aunque

todos ellos con el carácter de deudores solidarios frente a la demandante...».

Por tanto, en esta sentencia se refleja claramente que el criterio de imputación de responsabilidad, en este caso con pluralidad de sujetos responsables y, por ello, de carácter solidario, es la culpa o negligencia por la inobservancia de las correspondientes medidas de seguridad, que pudieran haber eliminado el riesgo y evitado el daño.

Una responsabilidad que se atribuye en mayor grado al sujeto que resultó ser más imprudente y negligente, al corresponderle la adopción de los sistemas de seguridad necesarios para evitar el evento dañoso.

En este caso, la falta de adecuación del lugar para el ejercicio de dicha actividad queda patente, y se convierte en causa de exoneración para el cliente del local y de imputación de responsabilidad para los dueños y organizadores de la actividad deportiva.

En la misma línea se pronuncia la *STSJ de Navarra de 10 de junio de 1997*, en un caso de lesiones sufridas por un montañero al caer en una sima en el curso de una operación de rescate.

En este caso se atribuye responsabilidad civil extracontractual al club de montaña convocante de la operación de rescate, por omisión de las instrucciones precisas para integrar a los voluntarios en los grupos dirigidos por el personal de Protección Civil, en zonas de gran peligrosidad, argumentando que «el moderno concepto de culpa no consiste solamente, según el criterio clásico, en la omisión de la diligencia exigible según las circunstancias del caso, ya que actualmente se ha ampliado el concepto de culpa para abarcar aquellas conductas donde hay negligencia sin una conducta antijurídica y aquellas otras en que partiendo de una actuación diligente y lícita, no sólo en su inicio sino en su desarrollo, se entiende existente también conducta culposa a virtud de un resultado socialmente dañoso que impone la desaprobación de la acción o de la conducta, por ser contraria a los valores jurídicamente exteriorizados; es decir, es una conducta socialmente reprochable».

Y en este caso, concluye la sentencia, se demuestra «la existencia de una relación causal entre aquella falta de una adecuada organización, o más bien, entre el hecho de no integrar en la búsqueda organizada al accidentado en cuyo nombre se demanda y el desgraciado suceso, en zona que incrementaba los riesgos naturales de la actividad por lo que requería incrementar las medidas de organización y autoprotección».

Extenso es el razonamiento de imputación de responsabilidad al club organizador del rescate que, en sus considerandos, manifiesta

la sentencia, pero su esencia radica en considerar que la culpa que provoca la responsabilidad, se concreta en la falta de verificación y control de las condiciones psico-físicas y el grado de experiencia de los montañeros voluntarios que acudían a la operación de rescate, en orden a integrarlos en diferentes grupos, según la naturaleza y peligrosidad de la zona a rastrear y los profesionales encargados de la dirección.

Los criterios normales de prudencia común fallaron en este aspecto, y, por tanto, la falta de esta medida de seguridad provoca la incurrancia en culpa del club organizador y le hace responsable del daño sufrido por uno de los miembros de los grupos de rescate.

Y parecidos razonamientos se observan, igualmente, en las sentencias del Tribunal Supremo que se ocupan de los accidentes producidos durante el desarrollo de espectáculos taurinos, aunque en estos casos para excluir la responsabilidad.

Así, en la *STS de 13 de febrero de 1997*, con ocasión de un accidente con resultado de muerte de un «asistente espontáneo» en un festejo taurino organizado por un Ayuntamiento de Vitoria, este Tribunal declara la improcedencia de responsabilidad extracontractual al entender que el suceso se produjo por culpa exclusiva de la víctima.

En este supuesto, el Ayuntamiento organizó una suelta de «vaquillas» en una plaza portátil, y cuando salió la primera, la víctima saltó al ruedo provocando al animal, que pasó dos veces a su lado sin embestirlo, hasta que, persistiendo aquél en su actitud, fue embestido frontalmente por la res, en forma tal que ingresó cadáver en el Hospital, a donde fue conducido rápidamente desde la plaza de toros en una ambulancia previa práctica de una cura de urgencia.

Fundamentada por el Tribunal la competencia de la Jurisdicción civil, y basándose en el artículo 1902 del Código civil, mantiene que no puede imputarse en este caso una responsabilidad por riesgo a la entidad organizadora, menos aún ante la temeridad de la conducta del fallecido, pues cuando los espontáneos se lanzan imprevisiblemente al ruedo asumen incidentalmente el riesgo que ello lleva consigo.

Explica el Tribunal al respecto, que «una cosa es que la celebración de aquel espectáculo –suelta de vaquillas– en una plaza portátil origine un riesgo que pudiera conceptuarse de intrínseco o natural al festejo en sí mismo considerado y otra bien distinta que el resultado dañoso se produjera con el concurso de una falta de previsión o de diligencia, que, unida a aquel peligro, fuera factor desencadenante del accidente, o en concurrencia de determinada actuación del Ayuntamiento que produjera un incrementado riesgo

intrínseco, lo que no acaeció, tampoco, en el caso de que tratamos, y pretender lo contrario sería elevar el riesgo a la categoría de elemento causal de la culpa extracontractual y objetivar de manera absoluta la responsabilidad a derivar de ella, con olvido de que la pura y simple creación de un riesgo no puede comportar la existencia de la mentada culpa, puesto que, conviene reiterar, que, en todo caso, ha de concurrir el elemento culpabilístico, por leve que fuese, imputable en este caso al Ayuntamiento organizador del espectáculo...

(...) La argumentación precedente expuesta encuentra plena confirmación en su proyección al caso de autos, en cuanto que los hechos declarados probados revelan que el infortunio originado se debió a culpa exclusiva de la víctima, cuyo proceder fue la causa eficiente del trágico accidente, sin intervención alguna culpabilística del Ayuntamiento demandado...».

Y a similar conclusión llegan las *SSTS de 3 de abril de 1997, 18 de junio de 1997 y 17 de octubre de 1997*.

En todas ellas, al igual que en la anterior, se declara la inexistencia de responsabilidad del Ayuntamiento organizador del festejo taurino, argumentando la «falta de reproche culpabilístico al promotor del festejo en la causalidad del accidente».

Reconocen la «existencia de un riesgo inherente a toda suelta de vaquillas», pero no lo consideran causa suficiente de imputación de responsabilidad si el festejo se celebra con las medidas normales e idóneas de seguridad –burladeros–, sin defectos técnicos ni estructurales de la plaza de toros portátil, y el accidente se produce por una insuficiente diligencia y presteza de la víctima para intervenir en dicho festejo, por lo tanto, por culpa exclusiva del dañado que asume «los peligros propios de la intervención en dicha fiesta taurina».

De este modo, concluye la *STS de 3 marzo de 1997*, «en la producción del resultado lesivo aquí enjuiciado, no intervino culpa o negligencia alguna por parte del Ayuntamiento demandado (organizador del festejo), sino que el mismo fue debido única y exclusivamente a la falta de atención y cuidado del propio demandante lesionado que, habiéndose decidido, por su propia voluntad, a tomar parte activa en la suelta de la vaquilla en el interior del ruedo de la referida plaza de toros, no supo guarecerse adecuada y oportunamente en los burladeros de la misma ante la proximidad del animal que le perseguía y que terminó embistiéndole en una pierna.

(...) El accidente enjuiciado... no fue debido a ningún defecto estructural o técnico de la plaza de toros portátil...

[...] Hay constancia de un informe técnico favorable a las idóneas condiciones de seguridad... para los festejos taurinos que tuvieran

lugar,... apareciendo igualmente acreditado que la referida plaza, para el festejo taurino de autos, se encontraba en idénticas condiciones técnicas que cuando fue emitido el informe anteriormente dicho...».

## 5.2 Responsabilidad de organizadores cuando existe un contrato deportivo con los participantes

En este tema, merece particular atención la posibilidad de imputar responsabilidad a los organizadores de competiciones deportivas, o entidades que promuevan y organicen estos eventos, cuando entre éstos y los deportistas existe una relación jurídica derivada de un contrato deportivo, como ocurre, por ejemplo, con la relación contractual que existe en el caso de los futbolistas profesionales.

Al respecto, es importante hacer una pequeña referencia, porque de otro modo desbordaría las pretensiones de este trabajo, a la naturaleza jurídica del contrato de trabajo deportivo, para dilucidar la posible aplicación del artículo 1903 del Código civil, relativo a la responsabilidad civil del empresario derivada de la relación de dependencia del causante del daño, aunque ésta puede generarse sin necesidad de la existencia de contrato alguno entre las partes<sup>72</sup>.

En este marco, el artículo 1903 del Código civil establece la responsabilidad de «los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones».

El fundamento de esta responsabilidad radica en el criterio de la culpa *in eligendo* y de la culpa *in vigilando*, derivadas de las obligaciones de elegir bien y vigilar la actuación de sus subordinados, que corresponden a los empresarios y cuya negligencia genera una responsabilidad directa por culpa, que sólo se desvirtúa con la prueba en contrario del empresario, aunque posteriormente está facultado para repetir del subordinado lo que por este concepto haya pagado.

Por lo visto, cabe deducir que ha de existir, por tanto, como presupuesto indispensable una relación jerárquica o de dependencia con el ejecutor del acto causante del daño<sup>73</sup>.

<sup>72</sup> Vid. al respecto, I. SIERRA PÉREZ, *Responsabilidad del empresario y relación de dependencia*, Madrid, 1997, pp. 157-158.

<sup>73</sup> L. Díez-PICAZO/A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil II*, Madrid, 1990, pp. 626-627.

### 5.2.1 NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DEPORTIVO

Algunos autores han llegado a afirmar que no podía encajarse esta modalidad contractual en ninguna institución civil delimitada, sino que debía incluirse en el marco fluido de los contratos mixtos o múltiples, en los que una de las partes se obliga a varias prestaciones principales que corresponden a diversos tipos de contrato, mientras que la otra promete una contraprestación unitaria; y afirmaban, además, que el contrato deportivo era una nueva categoría que por sus especiales características no podía incluirse dentro del denominado contrato de trabajo<sup>74</sup>.

Sin embargo, la propia legislación laboral ha regulado posteriormente, en el Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, la Relación Laboral especial de los deportistas profesionales, en desarrollo del artículo 2.1.d) del Estatuto de los Trabajadores, Ley 8/1980, de 10 de marzo, que reconoce expresamente la relación laboral de los deportistas profesionales, por tener como ámbito de aplicación general, artículo 1.1., a los «trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario».

Pero, en relación a la materia que interesa en este trabajo, es el artículo 1 del citado decreto, el que afirma:

«2. Son deportistas profesionales quienes, en virtud de una relación establecida con carácter regular, se dediquen voluntaria-

<sup>74</sup> A. MAJADA, *Naturaleza jurídica del contrato deportivo*, Barcelona, 1948, pp. 56-58 y 68-70.

Este autor, que basaba sus argumentos en la Ley de 26 de enero de 1944, citando el artículo 1 de dicha Ley, entendía por «contrato de trabajo, cualquiera que sea su denominación, aquél por virtud del cual una o varias personas participan en la *producción* mediante el ejercicio voluntariamente prestado de sus facultades intelectuales y manuales, obligándose a ejecutar una obra o a prestar un servicio a uno o varios patronos o empresarios o a una persona jurídica de tal carácter bajo la *dependencia* de éstos, mediante una remuneración, sea la que fuere la clase o la forma de ella».

Hacia hincapié en la utilización por dicha norma del término «producción», y entendía que en este tipo de contratos no cabe hablar de producción, tal y como se entiende en el contrato de trabajo. Y, además, agregaba que el elemento remuneratorio, esencial en el contrato laboral, no aparece siempre en el contrato deportivo, pues el ejercicio del deporte no tiene finalidad lucrativa.

Y añadía que «las notas comunes –ejercicio voluntariamente prestado de facultades físicas, dependencia, remuneración en su caso– pierden su aparente virtualidad asimiladora, sin necesidad de detenernos a examinar otros conceptos: jornada legal, seguros sociales, conflictos de trabajo y existencia de una jurisdicción especial».

Por otra parte, decía, «piénsese en la diversidad de prestaciones tan distintas de la relación laboral que deriva, por ejemplo, del contrato deportivo relativo al ejercicio del fútbol: jugar o no según el criterio inapelable del entrenador, efectuar cuanto sea necesario para hallarse en las mejores condiciones y de juego posibles en todo momento, restricción incluso de la libertad personal en el reposo obligado de los jugadores con anterioridad al partido, etc.».

mente a la práctica del deporte por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de un club o entidad deportiva a cambio de una retribución.

Quedan excluidos del ámbito de esta norma aquellas personas que se dediquen a la práctica del deporte dentro del ámbito de un club percibiendo de éste solamente la compensación de los gastos derivados de su práctica deportiva.

3. Quedan incluidas en el ámbito de aplicación del presente Real Decreto las relaciones con carácter regular establecidas entre deportistas profesionales y empresas cuyo objeto social consista en la organización de espectáculos deportivos, así como la contratación de deportistas profesionales por empresas o firmas comerciales, para el desarrollo, en uno y otro caso, de las actividades deportivas en los términos previstos en el número anterior.

4. Las actuaciones aisladas para un empresario u organizador de espectáculos públicos, de deportistas profesionales a que se refiere este Real Decreto, estarán excluidas de la presente regulación, sin perjuicio del carácter laboral común o especial que pueda corresponder a la contratación y de la competencia de la jurisdicción laboral para conocer de los conflictos que surjan en relación con la misma.

5. Los actos, situaciones y relaciones que afectan a los deportistas profesionales propios del régimen jurídico deportivo se regirán por su normativa específica. Se entienden por tales, la determinación de la forma, clase y naturaleza de las competiciones, su organización, el señalamiento de las reglas del juego y el régimen disciplinario aplicable a los infractores de tales reglas».

Por tanto, queda clara la situación de la relación laboral o contrato de trabajo existente entre los deportistas profesionales y sus clubs o entidades deportivas cuando se cumplen los requisitos establecidos en el artículo anterior, entre ellos, la realización del deporte por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección del club o entidad deportiva a cambio de una remuneración.

#### 5.2.2 RELACIÓN DE JERARQUÍA O DEPENDENCIA Y RESPONSABILIDAD DE LOS CLUBES O ENTIDADES DEPORTIVAS POR ACTOS DE LOS DEPORTISTAS

Hemos apuntado anteriormente que es requisito indispensable para que el empresario responda extracontractualmente por sus empleados, cuando éstos han sido los agentes del acto causante del daño, una relación de jerarquía o dependencia, y este requisito



surge con la función de dirección y organización que la entidad deportiva realiza respecto de los deportistas profesionales que contrata.

Si además tenemos en cuenta que es perfectamente aplicable el criterio de la culpa *in eligendo*, por la selección que la entidad realiza para contratar a sus deportistas, y que posteriormente el desarrollo de la actividad deportiva va a estar subordinado a las órdenes e instrucciones del cuadro directivo y técnico de la entidad, queda clara la responsabilidad de ésta, en relación con el artículo 1903 del Código civil, cuando los deportistas profesionales, dependientes de dicha entidad, causan daño a otro deportista o a un tercero en el ejercicio de sus funciones<sup>75</sup>.

Se trata, como señalábamos al principio, de una responsabilidad directa que se desvirtúa con la prueba en contrario de la entidad, y que permite al empresario que soporta la indemnización el ejercicio de un derecho de repetición frente al autor real del daño para reembolsarse de lo abonado en tal concepto (art. 1904).

#### 5.2.2.a) *Particular referencia al club de fútbol y al futbolista profesional*

Cabrera Bazán ha concretado el estudio de esta especial relación laboral, analizando la relación contractual de los futbolistas profesionales con el club de fútbol, y ha defendido la naturaleza empresarial y laboral del club de fútbol y la condición de trabajador por cuenta ajena del futbolista profesional, por entender que se dan todos los requisitos exigidos para ello, con especial referencia a la relación de dependencia y subordinación en el contrato deportivo y la intensidad de esta dependencia.

Respecto del club de fútbol como empresa laboral, este autor comienza su reflexión relacionando el concepto legal de empresa en lo laboral con su aplicación al club de fútbol. Y, en este sentido, define a éste como «aquella persona jurídica propietaria de la obra, explotación, industria o servicio, donde se preste el trabajo por los jugadores que tiene contratados», y como «aquella persona jurídica bajo cuya dependencia los jugadores profesionales de fútbol participan en la producción mediante el ejercicio voluntariamente prestado de sus facultades intelectuales y materiales, obligándose a prestar un servicio al club mediante una remuneración, sea cual fuere la clase de ésta»<sup>76</sup>.

<sup>75</sup> Vid., en este sentido, la reflexión de A. MAJADA, *op. cit.*, pp. 100-101.

<sup>76</sup> J. CABRERA BAZÁN, *El contrato de trabajo deportivo (un estudio sobre la relación contractual de los futbolistas profesionales)*, Madrid, 1961, pp. 87-88. Hay que tener en

Por otra parte, el jugador de fútbol profesional, a su juicio, reúne todos los requisitos esenciales para que le sea reconocida su condición de trabajador por cuenta ajena: alteridad o trabajo en beneficio del acreedor, remunerabilidad y dependencia.

Y es a este último elemento al que hace especial referencia, tras rebatir las opiniones de otros autores que consideran incompatibles deporte y espectáculo con profesión.

Estima, en este sentido, que la subordinación se refleja en la obligación del jugador profesional de someterse y acatar unas normas técnico-deportivas, impuestas por la sociedad-empresa que le tiene contratado. Y añade que, incluso, son normas que superan en rigurosidad y dureza a las conocidas en el ámbito ordinario del Derecho Laboral<sup>77</sup>.

Opinión que sustenta con un análisis de los contratos-tipo a los que el jugador no tiene más remedio que adherirse, asumiendo una serie de compromisos y obligaciones a cambio de la correspondiente remuneración<sup>78</sup>:

«a) Jugar por el club de un modo eficaz y en la mejor forma que pueda exigirse a su habilidad y condiciones físicas. Una actividad que ha de realizarse de acuerdo con las instrucciones que el jugador reciba de los técnicos al servicio del club.

(...) La facultad de organizar cómo ha de prestarse la función de jugar corresponde por entero al club..., el entrenador dictará al jugador la forma en que ha de actuar y a ella habrá de atenerse, sin excusas ni pretextos, subordinando sus naturales afanes de éxito personal al triunfo y éxito del equipo a que pertenece...

(...) Se cumple, por un lado, en este sentido, el requisito de la despersonalización o desindividualización, de falta de iniciativa propia, que revela que no existe la libre determinación del jugador en el modo de prestarse la función...; y por otro, no se trata de una subordinación psicológica social o personal, sino que es una dependencia funcional, que coordina actividades diversas encaminadas a la obtención del fin a que se contrae el objeto del contrato y al que las partes se han adherido, en expresión de voluntades libres.

---

cuenta que la reflexión de este autor se produce estando vigente la Ley del Contrato de Trabajo de 1944, a la que hace referencia.

<sup>77</sup> J. CABRERA BAZÁN, *op. cit.*, pp. 41-45 y 54.

<sup>78</sup> J. CABRERA BAZÁN, *op. cit.*, pp. 54-68.

En síntesis, el artículo 7.1 del Real Decreto de 26 de junio de 1985, sobre deportistas profesionales, establece que «el deportista profesional está obligado a realizar la actividad deportiva para la que se le contrató en las fechas señaladas, aplicando la diligencia específica que corresponda a sus personales condiciones físicas y técnicas, y de acuerdo con las reglas de juego aplicables y las instrucciones de los representantes del club o entidad deportiva».

[...] Sólo de pasada queremos hacer notar la extraordinaria dureza y rigor con se castiga la falta de eficacia en el juego: por lo menos en primera instancia, el propio club es árbitro supremo para enjuiciar esta eficacia, con el grave quebranto que para la otra parte, el jugador, puede representar esta unilateralidad de decisión.

b) Asistir al campo de juego del club o a cualquier otro lugar, que éste o quien obre en su representación le indique, con objeto de actuar en partidos o entrenamientos.

El club determinará los lugares, jornadas y horarios de entrenamientos, medios de locomoción en los desplazamientos y todo lo relativo a las concentraciones, sin tener que someterse a la autorización previa de organismos superiores.

c) A efectuar cuánto sea necesario para hallarse en las mejores condiciones físicas y de juego en todo momento.

d) A cuidar personalmente de todo lo que le corresponda realizar con referencia a su adecuado régimen de vida, y a cumplir, a tal fin, cuantas instrucciones le comuniquen el club, sus directivos, el entrenador, o persona delegada».

Y concluye este autor su extensa reflexión, ratificando la existencia de una relación de subordinación y dependencia de intensísimo grado, en rigor y amplitud, en el contrato que liga al jugador y club.

Extensa ha sido la exposición de la opinión de este autor, respecto a esta particular relación contractual-laboral en la disciplina futbolística, porque a través de ella se puede apreciar, indudablemente, la relación de jerarquía o dependencia que apuntábamos como requisito indispensable para imputar responsabilidad extracontractual a las entidades deportivas organizadoras, por los daños causados por sus deportistas profesionales a otros deportistas o a terceros, en el ejercicio de sus funciones, de acuerdo con el artículo 1903 del Código civil.

Por tanto, sí puede afirmarse que dichos clubs o entidades deportivas están sujetas al régimen de responsabilidad extracontractual establecido en el artículo 1903 del Código civil, cuando los deportistas profesionales, contratados por ellos, causen daños a otro deportista o a terceros en el ejercicio de sus funciones, y les sea imputable responsabilidad por ello.

## VI. EL RESARCIMIENTO DEL DAÑO

El Derecho de daños y la práctica jurisprudencial viene reconociendo como indemnizatorios el daño patrimonial, tanto daño emergente como lucro cesante, y el daño moral, de ahí, precisa Pantaleón

Prieto, que la doctrina jurisprudencial venga reconociendo la necesidad de reparar el daño o sufrimiento moral, «que si bien no atiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigido, principalmente, a proporcionar en la medida de lo posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado –STS de 31 de mayo de 1983 y las en la misma citadas–»<sup>79</sup>, y como afirman las SSTs de 4 de julio de 1985 y 7 de mayo de 1987, que se producirá al privar o reducir, en algunos casos, la expansión genérica de la personalidad en el medio social, o la «pérdida del optimismo necesario para afrontar los avatares de la existencia».

### 6.1 El resarcimiento del daño sufrido por el tercero. Valoración y liquidación

Si es un tercero, no participante en la actividad deportiva, el que sufre un daño producido por un deportista en el ejercicio de tal actividad, habrá de determinarse, obviamente, la clase de daño sufrido.

Si se produce un daño patrimonial material, la reparación puede realizarse *in natura* o por equivalente, haciendo una valoración del objeto dañado, pero los perjuicios más graves, y de los que nos vamos a ocupar en este momento, son los que provocan las lesiones personales, físicas y morales.

En estos casos, entran en juego diversos factores, en los que se apoya la jurisprudencia para valorar el daño y proceder a la correspondiente liquidación, fijando una cantidad concreta, que debe tener en cuenta lo establecido en la Ley 8-11-1995, de Seguros Privados, que modifica (en su disposición adicional 8.<sup>a</sup>) determinados artículos y la denominación del texto refundido 21-3-68, sobre Uso y Circulación de Vehículos a motor, por el de Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, estableciendo, en un anexo, un sistema de valoración de daños personales, que incluye una serie de criterios para determinar la responsabilidad e indemnización, y Tablas que fijan la cuantía concreta a indemnizar según el tipo y entidad de lesión sufrida<sup>80</sup>. Cantidades que la

---

<sup>79</sup> F. PANTALEÓN PRIETO, «La indemnización por causa de lesiones o de muerte», *Anuario de Derecho Civil*, 1989, pp. 621-622.

<sup>80</sup> Sistema que F. PANTALEÓN PRIETO, «De nuevo sobre la inconstitucionalidad del sistema para la valoración de daños personales de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de vehículos a motor», *Revista Jurídica La Ley*, 1997, 1, pp. 2080-2084, tras «Indemnizaciones tasadas, subvenciones indirectas: la valoración de los daños personales en el Proyecto de Ley de supervisión de los Seguros Privados», *Revista de Responsabilidad civil, Circulación y Seguro*, 1995, 6, pp. 387-391, critica fervorosamente, considerándolo, incluso, inconstitucional, por entender que las tablas que fijan las cuantías resultan, como mínimo, injustas, al no tener en cuenta la totalidad del perjuicio realmente causado, en los casos de responsabilidad civil por dolo o culpa grave.

propia ley manda actualizar anualmente, al primero de enero de cada año, y en su defecto, automáticamente según el IPC correspondiente, en cuyo caso ordena que se publiquen dichas actualizaciones por Resolución de la Dirección General de Seguros, para facilitar su conocimiento y aplicación.

Por tanto, a dicha regulación hacemos remisión, junto a la vigente Resolución 22-2-1999 de la Dirección General de Seguros, emitida para dar cumplimiento a la orden actualizadora de la Ley.

En relación con el daño emergente, ha de valorarse, pues, la gravedad del daño, en función del tipo de lesión sufrida, los gastos médico-hospitalarios-farmacéuticos, la pérdida de ingresos durante la convalecencia, las secuelas físicas residuales de la lesión y el daño moral o sufrimiento padecido durante el período curativo.

Y respecto al lucro cesante, habrá de tenerse en cuenta, junto con las circunstancias personales y familiares de la víctima, las futuras secuelas físicas y morales, que provoquen una merma de las fuentes de ingresos, y perjudiquen el desarrollo futuro de la personalidad y el estado de ánimo del perjudicado, como consecuencia de repercusiones psíquicas.

Mención especial merecen en estos aspectos las sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1981 y 7 de octubre de 1985, en las que, además de una fijación concreta de todos los conceptos, se hace referencia al método de cuantificación de la indemnización, fijación detallada o señalación de tanto alzado, y a la competencia para fijar las bases o factores considerados, con posibilidad de recurrirlas<sup>81</sup>.

---

*Vid.* también, pero en sentido contrario, M. MEDINA CRESPO, *La valoración civil del daño corporal. Análisis jurídico del sistema incluido en la Ley 30/95*, T. I, Madrid, 1999, pp. 46-47, 85-87, 249-258 y 411-415, que defiende el sistema de valoración de la Ley, por entender que ésta permite una interpretación no meramente literal sino sustancial y acorde con los valores constitucionales.

<sup>81</sup> En este sentido pueden verse, también, entre otras, las SSTs de 27 de octubre de 1978 (Penal), de 16 de mayo de 1983 (Civil), y STC. 78/1986, de 13 de junio.

En la STS de 27 de octubre de 1978 (penal), este Tribunal, de una forma más inflexible y firme advierte que, «partiendo del principio, consagrado por este Tribunal, según el cual el *quantum* de la indemnización es materia encomendada exclusivamente al prudente arbitrio o a la libérrima discrecionalidad de los Tribunales de Instancia, no cabe duda de que, en casos de notoria simplicidad fáctica, podrán dichos organismos jurisdiccionales –aunque ello no sea siempre aconsejable– señalar una cantidad alzada que, globalmente, responda al imperativo general de resarcimiento (...) sin necesidad, por tanto, de entrar en distinguos o pormenorizados siempre implícitos y fácilmente perceptibles en las narraciones históricas de sus sentencias, por sobrias y escuetas que sean aquéllas; pero cuando, como en el caso presente, se trata de un suceso de compleja resultancia, con diversos factores que es preciso conjugar para el hallazgo de una cifra que satisfactoriamente enjuge el daño causado y afronte la indemnización de los perjuicios ocasionados, no es lícito ni permisible que el Tribunal de Instancia se encierre en insólito hermetismo ni que se reserve *in pectore* las bases y los datos objetivos que ha tenido en cuenta para fijar, prudencialmente, el monto económico del resarcimiento, sino que, antes bien, es indispensable que, desde el punto de

Así, en la STS de 20 de febrero de 1981, se considera que, «en las hipótesis de lesiones corporales, la cifra indemnizatoria se obtiene, de ordinario, conjugando diversos factores y conceptos que, generalmente, son los siguientes: duración de las lesiones hasta el alta de sanidad; gastos hospitalarios, médico-farmacéuticos y otros similares; pérdida de haberes, salarios, sueldos, emolumentos o ganancias, consecutiva a la imposibilidad en que se ha encontrado el lesionado de trabajar o de dedicarse a sus ocupaciones habituales durante el lapso de tiempo que media desde el día de autos al de su total curación; secuelas residuales, esto es, deformidades, pérdida de miembros o de órganos, o incapacidad para su trabajo habitual o para cualquier clase de tarea o de ocupación, total o parcial, general o especial, permanente o transitoria, y, finalmente, *pecunia doloris* o daño moral, al que se refiere el artículo 104 del Código penal y que significa el padecimiento o sufrimiento, los sinsabores y contrariedades sufridos durante el período curativo, así como la repercusión psíquica que las secuelas resultantes hayan

---

vista fáctico, en la preceptiva declaración de hechos probados y de modo claro, expreso y terminante, cite todos aquellos pormenores que han de constituir las bases o exponentes que, adicionados o combinados entre sí, han de contribuir armónicamente al cálculo y fijación de la suma concreta que se ha de satisfacer al ofendido, dando con ello respuesta adecuada a la problemática relacionada con la responsabilidad civil dimanante de delito, donde no se puede revisar, como ya se ha dicho, el *quantum* del resarcimiento, pero donde quedan sometidos a la censura casacional los factores y bases objetivos tenidos en cuenta por el Tribunal *a quo* para llegar a la determinación concreta y específica de las sumas que los obligados a resarcir han de abonar, en tal concepto, a la víctima o víctimas».

Y en la STS de 16 de mayo de 1983 (Civil), se mantiene que, «tendente la reparación al logro del justo resarcimiento del perjudicado, que no deberá obtener más que el equivalente del daño sufrido sin ventaja alguna —sentencia de 15 de diciembre de 1981—, es de advertir que de la relación de partidas que se expresan en el hecho tercero de la demanda tienen que ser descartadas las que conciernen a las hipotéticas ganancias dejadas de obtener en sus pretendidas exhibiciones de modelos de prendas femeninas, por la carencia en autos de una prueba sobre el particular mercedora de crédito (comunicaciones obrantes a los folios 204 a 217), así como la indemnización pecuniaria por la imposibilidad de desempeñar las actividades como Agente de Seguros, condición que no podía ostentar (certificación del Colegio correspondiente al folio 216), aunque sí es adecuado señalar la cantidad de 1.000 pesetas por cada uno de los setecientos veintiséis días que la lesionada invirtió en su curación (folio 261), suma a la que han de añadirse las correspondientes a los conceptos de las operaciones de cirugía plástica y estética para eliminar las ostensibles y extensas cicatrices (750.000 pesetas, según aseveración del especialista a los folios 8 y 9), honorarios médicos de asistencia (13.000 pesetas), deterioros de ropa y calzado (6.040 pesetas) y gastos de desplazamientos (56.000 pesetas), con más la cifra de 1.000.000 de pesetas, que se estima prudente como *pretium doloris*, de la curación prolongada del tratamiento y la alteración sensible en el aspecto de las extremidades de una mujer de veintiún años y la secuela delimitación a ochenta grados de los movimientos de abducción y rotación externa del hombro derecho».

Por ello, el Tribunal Constitucional en sentencia 78/1986, de 13 de junio, estimó un recurso de amparo porque «el Juzgado de Instrucción no ha determinado en forma pormenorizada los daños causados, ni ha expuesto los fundamentos legales que le permiten establecerlos, así como tampoco ha razonado los criterios por los que ha calculado el *quantum* indemnizatorio correspondiente a las lesiones derivadas del hecho punible».

podido tener sobre el ánimo del ofendido, el que se siente desdichado ante su minusvalidez o disminución de su capacidad física y laboral con incidencia en sus relaciones familiares y sociales.

Ante estos diversos factores determinantes de la indemnización procedente, los Tribunales de Instancia suelen operar de diverso modo: unos, en menor número, pero más meticulosos, fijando detalladamente tantos sumandos como sean los conceptos que, en cada caso, se han de tomar en consideración, adicionándolos después, expresa o tácitamente hasta obtener la cifra total indemnizatoria, y otros, los más, limitándose a señalar una sola cantidad o tanto alzado, dentro de la cual se albergan, de un modo un tanto incógnito, los distintos factores concurrentes, pero reservándose *in mente* el Tribunal, tanto la índole y relevancia de dichos factores, como la suma parcial que destina a la reparación o indemnización de cada uno de ellos»<sup>82</sup>.

Y la STS. de 7 de octubre de 1985, declara que, «es doctrina sentada, de modo constante e invariable, por esta Sala, aquella según la cual el *quantum* de la indemnización es cuestión exclusivamente confiada al discrecional criterio de las Audiencias, siendo, por consiguiente, inaccesible a la casación, donde no es posible intentar y menos conseguir la revisión de la citada cuantificación, mientras que los conceptos determinantes de la referida indemnización, o las bases fijadas por el Tribunal inferior a dicho efecto, pueden motivar una legítima pretensión casacional y ser objeto de revi-

---

<sup>82</sup> «En el caso de autos, el Ministerio Fiscal solicitó, sin pormenores ni sumas parciales, la cantidad de 500.000 pesetas en concepto de indemnización, mientras que la acusación particular, con la misma generalidad e inconcreción, elevó la cifra indemnizatoria a 3.000.000 de pesetas; y la Audiencia *a quo*, dando adecuada respuesta a lo solicitado y sintiéndose, con razón, árbitro soberano del *quantum* de la indemnización, si bien, en la narración histórica de su sentencia, estableció de modo detallado el soporte fáctico de dicha indemnización, consignando la duración de las lesiones –doscientos cincuenta y siete días–, la índole de las mismas –cortes en los dedos de la mano derecha–, las secuelas resultantes –cicatrices retráctiles en la zona palmaria y en los dedos índice, medio, anular y meñique de dicha mano, así como trastornos vasomotores y afectación de movilidad de las interfalángicas de los referidos dedos, lo cual constituye, por la rigidez de la mano, una incapacidad si no total, grave para el trabajo y para desenvolverse en las actividades usuales de la vida–, y la edad, estado civil y profesión del ofendido –cincuenta años, casado y capataz de una empresa–, en el cuarto Considerando y en el fallo de la misma, se limitó a señalar, como indemnización, la cifra total de 700.000 pesetas, sin referirse ni detallar los diferentes conceptos que tuvo en consideración a la hora de fijar tal suma.

Siendo así y habiendo globalizado y aglutinado el Tribunal *a quo* la indemnización que, a su juicio, corresponde y era adecuada y justa para enjugar los daños y perjuicios habidos, nada permite suponer que, dentro de dicha suma, no se tuviera en cuenta los perjuicios morales, cuyo desglose e indemnización separada, que ahora pretende el recurrente, sean de obligado acogimiento, toda vez que dicha parte, en su calificación definitiva, se limitó a solicitar una cantidad alzada que resumía su pretensión indemnizatoria, sin que, por tanto, la Audiencia de origen, fiel al principio *nemo iudex ultra petita partium*, al no singularizar la cifra correspondiente, en su caso, a los perjuicios morales, incidiera en incongruencia omisiva ni en el error *in iudicando* denunciado».

sión en la citada vía, particularmente cuando los conceptos operantes o las bases tenidas en cuenta para la consecutiva fijación exacta de los daños y perjuicios no corresponden con los datos insertos en el *factum* de la sentencia recurrida o no se consignan y reseñan en el mismo.

Tratándose de delito o delitos de lesiones, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios a que se refieren los artículos 101 y siguientes del Código Penal, suele abarcar los siguientes conceptos: gastos médico-farmacéuticos hasta la total curación; ingreso y permanencia en centros hospitalarios; intervenciones quirúrgicas; ambulancias u otros gastos de transporte devengados como consecuencia de la necesidad de traslado con el fin de recibir asistencia médica permanente o de carácter ambulatorio; secuelas resultantes; pérdida de miembros principales o secundarios; prótesis; deformaciones; incapacidad para el trabajo habitual durante el período de curación; invalidez, permanente o transitoria, residual, total o parcial, y, finalmente, *pecunia doloris*, o daños o perjuicios morales, de los cuales se ha ocupado este Tribunal, en las sentencias de 20 de febrero de 1981 y 4 de julio de 1985, y que, en casos como el de autos, consisten en la pesadumbre, en la aflicción y en los padecimientos o sufrimientos experimentados por la víctima desde que se la lesiona hasta su sanidad. Pudiéndose agregar que, para la fijación exacta de los referidos daños y perjuicios, puede ser práctica recomendable la de descomponer la indemnización en tantas partidas como sean los conceptos reparables o indemnizables, señalando una cantidad para cada una de ellas, de tal modo que, sólo sumándolas o adicionándolas, se obtenga la suma total; pero esto no obstante, nada impide que las Audiencias aglutinen dos o más conceptos mencionándolos expresamente, señalando prudencialmente una cantidad alzada y única que comprenda la reparación o indemnización correspondiente a cada uno de los conceptos operantes en el referido orden de la responsabilidad *ex delicto*».

Por último, hay que destacar que en la STS de 2 de febrero de 1980 el Tribunal se ha esforzado por realizar una valoración concreta de la indemnización, desglosando las cantidades conforme a conceptos más detallados y pormenorizados, que enumera y explica, aportando una serie de argumentos razonados y suficientemente motivados, que, en opinión de Pantaleón, debería incitar a continuar en esta línea<sup>83</sup>.

En esta sentencia, se precisa que, «no es dudoso que corresponda a la Administración soportar todos los gastos necesarios genera-

---

<sup>83</sup> F. PANTALEÓN PRIETO, *op. cit.*, p. 633.



dos por el tratamiento preciso para la recuperación de la normalidad psicofísica de la víctima y, hasta donde llegue la técnica médica, la rehabilitación, pero también tendrá que comprenderse en el concepto indemnizatorio con propósitos equilibradores la valoración de la minoración psicofísica en su proyección económico-profesional, acudiendo a razonables previsiones a la luz de los hechos conocidos, y, por último, no pueden marginarse daños que, si bien escapan al concepto preciso de daños patrimoniales, como son los derivados del dolor físico, de la disminución de facultades y de las perturbaciones anímicas, con origen directo en el hecho generador de responsabilidad, y no son fácilmente traducibles en valoración económica, son indemnizables, por cuanto la reparación ha de tender a objetivos totalizadores o integrales.

Respecto a la minoración de la integridad física, en una valoración proyectada al ámbito económico profesional, a los efectos de obtener, en la medida limitada en que es posible, un concepto que sirva al objetivo de cobertura dineraria del daño causado, por fuerza tenemos que acudir, en una estimación razonable, a previsiones fundadas en los aspectos temporales y de intensidad de aquella minoración en la actividad profesional actual y futura de lo que constituye el área de la ocupación laboral o profesional que desempeñaba el recurrente, y, en estos puntos, es sumamente ilustrativo el dato legal de haber pasado aquél, por fuerza de su incapacidad generada por el hecho dañoso desencadenante de la responsabilidad patrimonial, a la situación funcional que se establece y rige por el Estatuto del Instituto Social de la Marina...

[...] Junto a la proyección económico-profesional que hemos estudiado y a la reparación de los gastos de asistencia sanitaria, satisfechos por lo que se nos dice, se incluyen en los indemnizables los que sin tener un carácter propiamente patrimonial, deben, sin embargo, tomarse en consideración, cuales son el daño constituido por el dolor psicofísico que la lesión comporta, con trascendencia en distintas áreas, daños cuya naturaleza escapa a toda objetivación medible, por lo que, en este punto, el *quantum* ha de moverse dentro de una ponderación razonable, incrementando el capital o sumaalzada sustitutivo del complemento de prestación periódica y temporal, capital o sumaalzada que respondiendo a objetivos de asegurar una renta temporal, supuesta una rentabilidad fácil de obtener en el mercado de dinero, y, teniendo en cuenta que el abono de un capital con potencialidad productora de 600.000 pesetas anuales, es una indemnización que supera con criterios nominalistas la reducción de ingresos cifrada en esa misma cantidad, se estima adecuada, en una estimativa que no puede tener otras bases objetivas que

las que hemos dicho, una indemnización de 7.450.000 pesetas (siete millones cuatrocientas cincuenta mil pesetas); de las que 750.000 pesetas corresponden a las diferencias de haberes desde el primero de mayo del año anterior hasta el momento de la decisión judicial y 6.700.000 pesetas al capital o cantidad alzada con potencialidad productora de la renta que hemos dicho, y en la anticipada entrega de este capital con entrada plena en el patrimonio del actor, la indemnización correspondiente a los otros elementos no directamente patrimoniales, pero merecedores de una estimación indemnizatoria».

Y, además, en relación al momento de la determinación de la cuantía indemnizatoria, defiende la posibilidad de concretarla en el momento de ejecución de sentencia, para conseguir una indemnización integral de todos los daños, conocidos y previsibles, y entiende que es ese momento procesal el más adecuado, en la mayoría de las ocasiones, por disponer ya de la mayor parte de los datos que integran los conceptos y factores a considerar.

## **6.2 El resarcimiento del daño sufrido por el deportista y su valoración y liquidación**

Como hemos observado, el resarcimiento del daño sufrido por la víctima se valorará y liquidará de acuerdo con los principios generales del Derecho de Daños, pero en esta materia es importante destacar que si la víctima es un deportista la indemnización del daño debe tener en cuenta las especiales circunstancias del mundo deportivo, para fijar el daño emergente y el lucro cesante que la lesión provoca.

Y en este sentido, cuando es el deportista quien sufre el daño, debemos tener presente, también, al valorar tanto el daño emergente como el lucro cesante, que, variarían en gran medida si la víctima es un deportista profesional y no un aficionado.

Por tanto, vamos a centrar esta parte de estudio en el daño sufrido por un deportista profesional, y, en este ámbito, se debe hacer una particular referencia a la disminución o cese de ingresos que provienen del ejercicio de la actividad deportiva. Una valoración complicada porque la obtención de ganancias depende de diversos factores, variables en cada caso, y de eventos inciertos teniendo en cuenta el momento en que se encuentre la carrera deportiva cuando se produce la lesión, y el grado de obtención de ganancias.

En primer lugar, deben tenerse en cuenta las diferentes «vidas deportivas», o duración que las distintas actividades competitivas tienen en el marco profesional.

También habrá de considerarse el momento en que se encuentra la carrera deportiva, al inicio, en la cumbre, o en declive.

En el primer caso, como advierte Frattarolo, «la determinación del daño es particularmente delicada, sobre todo si el atleta ha obtenido importantes éxitos y existen fundadas expectativas de que se repitan. Por otra parte, la carrera deportiva difícilmente sigue un desarrollo lineal y, en deportes individuales, está sometida frecuentemente al éxito de otros atletas y otras variables circunstancias que pueden producir una reducción de ingresos»<sup>84</sup>.

Por ello, habrá que tomar como referencia, para la valoración, las ganancias obtenidas por otros atletas en la misma disciplina deportiva y en aquel momento, y el éxito de todo el movimiento deportivo al que pertenece.

Y respecto a la liquidación de la indemnización por el daño, también la naturaleza de las remuneraciones percibidas por el atleta inciden notablemente, pues puede tratarse de un sueldo fijo, com premios, renovaciones pactadas, o con otros elementos que concurrán a formar la ganancia total.

Por lo que respecta a los premios y otras partidas, por sí mismas variables, piensa Frattarolo que «será necesario adoptar una valoración media que tenga en cuenta los conseguidos anteriormente, y eventualmente los obtenidos por otros atletas de la misma categoría en el mismo deporte; y por lo que respecta al sueldo fijo, hay que tener presente que normalmente tiende a decrecer según se aproxima el fin de la actividad competitiva».

Otra fuente importante de ingresos deriva de los contratos de publicidad, cuya importancia será proporcional a la notoriedad y éxitos del deportista, debiéndose tener también en cuenta el momento en el que se produce el daño y la posibilidad de obtener en el futuro ganancias por tal concepto.

Y, del mismo modo, podrá alegarse por el deportista y tenerse en cuenta la posibilidad de asunción de encargos futuros al finalizar la actividad competitiva, si se ha mermado por el hecho dañoso, así como el posible daño moral que pueda sufrir el deportista, en relación con el prestigio adquirido, la popularidad e importancia del deporte practicado, y la previsión de un crecimiento ante futuros éxitos deportivos.

Evidentemente, la valoración y liquidación del daño es cuestión bastante complicada, pues ha de tenerse en cuenta tanto el daño moral como el patrimonial, con especial detenimiento en el lucro cesante, que, esencialmente está en función del momento profesio-

---

<sup>84</sup> V. FRATTAROLO, *op. cit.*, pp. 165-169.

nal en que se encuentra el atleta, su prestigio, y sus diferentes fuentes de ingresos actuales y posiblemente futuros.

Cuestiones, todas ellas, que habrán de sopesarse por los Tribunales haciendo uso de la equidad como elemento integrador y determinante de la cuantía indemnizatoria.

### 6.3 El resarcimiento del daño sufrido por sociedad o ente deportivo

Del mismo modo que la lesión del deportista afecta a sus ingresos y a su vida deportiva, también puede repercutir en la entidad deportiva a la que pertenece, pues puede resultar dañada por la pérdida temporal o definitiva de los servicios prestados por el deportista, sobre todo cuando éste es de vital importancia, por sus cualidades, para los éxitos de la entidad o puede reportarle importantes beneficios económicos.

Sobre este tema también ha reflexionado Frattarolo<sup>85</sup>, quien, basándose en la jurisprudencia y en la Ley italiana de 23 de marzo de 1981, núm. 91, que regula las relaciones entre sociedades y deportistas profesionales, aporta las siguientes conclusiones, naturalmente, cuando las lesiones se han producido durante el desarrollo de la actividad deportiva:

«a) El vínculo de pertenencia del atleta o jugador a la sociedad deportiva no configura un bien tutelable del mismo modo que un derecho real, pero sí se agota en el derecho relativo de la sociedad a la prestación de obras del atleta.

b) Consecuentemente, no puede constituir objeto de resarcimiento del daño la lesión del valor patrimonial recaudable por la sociedad por la posible cesión a otra sociedad de la relación jurídica de prestación deportiva con el jugador.

Ha precisado, además, la sentencia Cass. 29 marzo 1978, núm. 1.459, que, normalmente, «se trata de un valor posible, no existente en el acto, porque sería adquirible por la sociedad (de fútbol), solamente si y cuando (es posible pero no verificable) se cediese, tras la correspondiente retribución, el contrato de trabajo dependiente (a parte de que el valor no incrementaría el patrimonio social, o lo incrementaría sólo en parte, porque la sociedad cedente deberá a su vez contratar a otro jugador, para conservar la eficiencia de su equipo)».

---

<sup>85</sup> V. FRATTAROLO, *op. cit.*, pp. 169-174.

c) Ni siquiera es susceptible de específico resarcimiento la lesión al valor del equipo, entendido como composición y combinación de valores individuales de los atletas en particular, que forma parte del valor de la marcha de la empresa deportiva pero no se distingue.

d) Puede ser en cambio resarcido, según la cit. Cass. 29-marzo-1978, núm. 1.459, el daño derivado de la disminución de rendimiento de la empresa, constituido por el ejercicio de actividad empresarial de organización y preparación de espectáculos deportivos».

Por tanto, en estos casos parece claro que sólo los perjuicios que claramente puedan derivarse de la rentabilidad del deportista para la entidad, y dentro de ella, son los que van a valorarse para fijar la correspondiente indemnización a dicha entidad.

De ello se deduce que no se considerará daño la expectativa o posibilidad de cesión del deportista a otra entidad, pero sí la reducción de rendimientos económicos que la insustituibilidad del deportista produzca en la entidad.

Dependerá, pues, de la calidad del deportista y de las posibilidades de la entidad de contar entre sus deportistas con otro jugador o deportista que sustituya en la entidad al compañero con lesión temporal o definitivamente dañado.

Distinciones y puntualizaciones muy sutiles, como advertía Frattarolo, que harán muy difícil la cuantificación, en su caso, de la indemnización debida a la entidad deportiva a la que pertenece el deportista dañado, cuando la lesión de éste sea causa directa de perjuicio a la entidad.

## VII. ILÍCITOS DEPORTIVOS FRAUDULENTOS

### 7.1 Fraude deportivo y responsabilidad civil extracontractual

Además de las lesiones, hay que tener en cuenta que el daño producido por los deportistas profesionales en el ámbito de su profesión, ejercicio de la actividad deportiva, puede originarse como consecuencia de acciones ilícitas tendentes a alterar el resultado de la competición. Acciones que pueden originar varios supuestos, según el medio empleado para dicho fin: comportamiento deportivo fraudulento, chantajes económicos a la propia entidad a la que el deportista pertenece, uso de estupefacientes o sustancias ilícitas en

el ambiente deportivo (doping), falsificación o uso indebido de documentos para participar en una competición, etc.<sup>86</sup>.

En estos casos, el problema del resarcimiento del daño a la sociedad deportiva aparece, no sólo en las hipótesis en que se ha producido la corrupción, alterando el desarrollo y éxito de la competición, sino también cuando se han realizado tentativas, actos directos para alterarla (oferta y pago de premios «para vencer o perder»), por los perjuicios determinados por la aplicación de sanciones deportivas.

Al respecto, advierte Frattarolo que examinando los efectos penales de los fraudes deportivos, como «“arreglos” en carreras hípcas, planeados por los apostantes y jinetes para alterar el resultado y cobrar las ganancias de las apuestas, la jurisprudencia ha revisado los elementos del delito mencionado.

Viceversa, decidiendo sobre el reciente y polémico caso del futbolista-apostante, el Trib. de Roma ha absuelto “porque el hecho no subsiste”, al futbolista y apostante, dado que, aun probado el “pacto fraudulento”, para predeterminar el resultado del partido objeto de la apuesta, faltaba en cambio del todo la prueba de los artificios del futbolista dirigidos a alterar el desenvolvimiento del partido, deducible de su propia conducta de competición; de la eficacia causal de los supuestos artificios sobre la determinación de un evento complejo y condicionado por un número elevado de concausas, cual es el resultado de un partido de fútbol, del daño inmediato de los apostantes clandestinos»<sup>87</sup>.

Sin embargo, el análisis profundo de los diferentes argumentos esbozados para la exclusión del delito en estos supuestos, no supone ningún obstáculo en relación con la imputación de responsabilidad civil, pues los mismos hechos o conductas pueden ser susceptibles de una valoración independiente a los efectos de dicha responsabilidad civil.

De igual forma, debe considerarse fraudulento el uso de sustancias o estupefacientes para mejorar el rendimiento del deportista y, por tanto, suficientes para vulnerar el principio de paridad competitiva de los participantes y de la lealtad y corrección deportiva.

## 7.2 Sujetos perjudicados y resarcimiento del daño

Evidentemente, en el caso de fraude relacionado con apuestas deportivas, los «principales perjudicados», si el deportista no cum-

<sup>86</sup> Vid. A. ESER, *op. cit.*, p. 1132; V. FRATTAROLO, *op. cit.*, pp. 155-163.

<sup>87</sup> V. FRATTAROLO, *op. cit.*, pp. 156-158; Trib. Roma, 22-diciembre-1980.

ple el pacto fraudulento, son los propios apostantes, pero, lógicamente, no tienen ningún derecho de resarcimiento por ello, puesto que, a parte de razones morales y de buena fe, el ilícito deportivo, el daño deportivo, no ha llegado a producirse.

Pero los que sí pueden sufrir las consecuencias más graves por la conducta del deportista fraudulento, se haya llegado a realizar el comportamiento ilícito o se haya quedado en tentativa, son una serie de sujetos que intervienen en el desarrollo del acontecimiento deportivo.

Como señala Frattarolo<sup>88</sup>, «estas consecuencias repercuten en varias direcciones:

a) En relación a derechos deportivos y patrimoniales de la sociedad u otros rivales dañados por el resultado amañado (p. ej. respecto a la formación de la clasificación o del orden de reparto de premios).

b) En relación a derechos deportivos y patrimoniales de la sociedad comprometida por la aplicación de las sanciones deportivas que siguen al principio de responsabilidad objetiva (se piensa en la penalización en puntos que determinan un retroceso a la serie inferior y, por tanto, la posible reducción de los ingresos, la devaluación de la plantilla de jugadores, etc.).

c) En relación a los derechos de la personalidad de la sociedad y ente deportivo, como el prestigio derivado del ejercicio legal de la actividad deportiva, que pueden resultar dañados por el inicio de un procedimiento por presunta responsabilidad».

Para este autor, la primera clase de daño puede ser reparado aplicando sanciones deportivas y con la intervención de jueces deportivos, pero las otras dos clases pueden ser valoradas con independencia y el daño y el nexo causal se pueden demostrar con la prueba de la existencia del acuerdo ilícito o de la oferta de corrupción, al menos en los casos más clamorosos y generalizados.

En todos estos casos es evidente el perjuicio que sufren todos estos sujetos, que ven dañada su personalidad y su patrimonio por la conducta ilícita y antideportiva de un rival, compañero o integrante de una entidad, tanto en los casos de desarrollo total de la actividad fraudulenta, como en las simples tentativas, y, por ello, dicha actuación es susceptible de provocar la correspondiente responsabilidad civil extracontractual y la obligación de resarcimiento para compensar el daño.

---

<sup>88</sup> V. FRATTAROLO, *op. cit.*, pp. 161-162.

**BIBLIOGRAFÍA**

- ALAPHILIPPE, F. y Karaquillo, J. P.: *L'activité sportive dans les balances de la justice*, París, 1985.
- ALBIN ESER, M.: «Lesiones deportivas y Derecho penal. En especial, la responsabilidad del futbolista desde una perspectiva alemana», *La Ley*, Madrid, 1990.
- ANDORNO, L.: «La responsabilité civile des institutions organisatrices de spectacles sportifs dans la loi argentine n<sup>o</sup>. 23184 du 21 juin 1985», *Gazette du Palais*, núms. 182-183, 1994.
- BONASI FENUCHI: «Il rischio sportivo», *Rivista di Diritto Sportivo*, 1955.
- BONVICINI: *La responsabilità civile, I*, Milano, 1971.
- BUERES: *El acto ilícito*, Buenos Aires, 1986.
- BUSTO LAGO, J. M.: *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, Madrid, 1998.
- CABRERA BAZÁN, J.: *El contrato de trabajo deportivo (un estudio sobre la relación contractual de los futbolistas profesionales)*, Madrid, 1961.
- CARDENAL CARRO, M.: *Deporte y Derecho: las relaciones laborales en el deporte profesional*, Univ. de Murcia, 1996.
- CATTANEO, G.: *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958.
- CAVANILLAS MÚGICA, S.: «Comentario a la STS de 22 de octubre de 1992», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n<sup>o</sup>. 30.
- COVASSI, G.: «L'attività sportiva come causa di esclusione del reato», Padova, 1984.
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R.: *La responsabilidad civil*, Bilbao, 1998.
- DE CUPIS, A.: *El daño*, Trad. por Martínez Sarrión, Barcelona, 1975.
- DE MARZO, G.: «Accettazione del rischio e responsabilità sportiva», *Rivista di Diritto Sportivo*, 1992.
- DÍEZ-PICAZO, L.: «La responsabilidad civil hoy», *Anuario de Derecho civil*, 1979-IV.
- DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil, IV*, Madrid, 1990.
- FERNÁNDEZ COSTALES, J.: «La responsabilidad civil en los estadios de fútbol y recintos deportivos», *La Ley*, 1985.
- FRATTAROLO, V.: *La responsabilità civile per le attività sportive*, Milano, 1984.
- GARCÍA CANTERO, G.: «Nota a STS de 22 de octubre de 1992», *Anuario de Derecho Civil*, 1994-I.
- GARCÍA VALDÉS, C.: «Responsabilidad por lesiones deportivas», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1993.
- HONORAT, J.: *L'idée d'acceptation des risques dans la responsabilité civile*, París, 1969.
- MAJADA, A.: *Naturaleza jurídica del contrato deportivo*, Barcelona, 1948.
- LAZAROFF, D. E.: «Torts & sports: participant liability to co-participants for injuries sustained during competition», *Entertainment & Sports Law Review*, Univ. Miami.
- MARANI TORO, A.: «La responsabilità degli atleti», *Rivista di Diritto Sportivo*, 1985.
- MEDINA CRESPO, M.: *La valoración civil del daño corporal. Análisis jurídico del sistema incluido en la Ley 30/95, T.I*, Madrid, 1999.
- MONTERO MARTÍNEZ, M.: «El consentimiento en las lesiones deportivas», *Cuadernos de Derecho Judicial: El consentimiento. El error*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.



- PANTALEÓN PRIETO, F.: «La indemnización por causa de lesiones o de muerte», *Anuario de Derecho Civil* 1989.
- «Comentario al art. 1902 del C.c.», *Comentarios del Código civil, T. II*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- Indemnizaciones tasadas, subvenciones indirectas: la valoración de los daños personales en el Proyecto de Ley de supervisión de los Seguros Privados», *Revista de Responsabilidad civil, Circulación y Seguro*, 1995, 6.
- De nuevo sobre la inconstitucionalidad del sistema para la valoración de daños personales de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de vehículos a motor», *Revista Jurídica La Ley*, 1997, 1.
- PAREDES CASTAÑÓN, J.: «Consentimiento y riesgo en las actividades deportivas: algunas cuestiones jurídico-penales», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1990.
- PROSSER AND KEETON: *On The Law of Torts*, St. Paul, Minnesota, 1984.
- SANTOS BRIZ, J.: *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, Madrid, 1993.
- SIERRA PÉREZ, I.: *Responsabilidad del empresario y relación de dependencia*, Madrid, 1997.
- TRIMARCHI: *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961.
- VIDIRI, G.: «La responsabilità civile nell'esercizio delle attività sportive», *Giustizia Civile (Giurisprudenza) III*, 1994.
- VILLAGÓMEZ RODIL: «Delitos deportivos», *Revista de Estudios Penitenciarios* 1958.
- WACKE, A.: «Accidentes en deporte y juego según el Derecho Romano y el vigente Derecho Alemán», *Anuario de Historia del Derecho Español*, T. LIX, Madrid, 1989.
- YZQUIERDO TOLSADA, M.: *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Madrid, 1989.

## RELACIÓN DE JURISPRUDENCIA

### JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

#### Tribunal Supremo

- 16 de noviembre de 1935 (Ar. 2.109).
- 1 de junio de 1951 (Ar. 1.446).
- 27 de octubre de 1978 (Crim. Ar. 3.338).
- 2 de febrero de 1980 (Cont-Adm. Ar. 743).
- 20 de febrero de 1981 (Crim. Ar. 760).
- 16 de mayo de 1983 (Ar. 2.826).
- 4 de julio de 1985 (Crim. Ar. 3.953).
- 7 de octubre de 1985 (Crim. Ar. 4.783).
- 7 de mayo de 1987 (Crim. Ar. 3.022).
- 22 de octubre de 1992 (Ar. 8.399).
- 26 de septiembre de 1994 (Ar. 6.989).
- 22 de abril de 1995 (Ar. 3.492).
- 20 de marzo de 1996 (Ar. 2.244).
- 28 de junio de 1996 (Ar. 4.906).
- 13 de febrero de 1997 (Ar. 701).

- 3 de abril de 1997 (Ar. 2.729).
- 27 de mayo de 1997 (Ar. 4.142).
- 31 de mayo de 1997 (Ar. 4.146).
- 18 de junio de 1997 (Ar. 5.416).
- 17 de octubre de 1997 (Ar. 7.269).
- 27 de abril de 1998 (Ar. 3.262).

### **Tribunales Superiores de Justicia CCAA**

- STSJ Navarra de 10 de junio de 1997 (Ar. 4.901).

### **Tribunal Constitucional**

- STC 78/1986, de 13 de junio (Ar. 484).

## **JURISPRUDENCIA ITALIANA**

### **Tribunales**

- Trib. Roma, 31 de diciembre de 1948.
- Pret. Rovigo, 19 de febrero de 1951.
- Pret. Castel di Sangro, 11 de julio de 1957.
- Pret. Pistoia, 7 de julio de 1958.
- Pret. Cuorgnè, 9 de marzo de 1962.
- Trib. milit. Roma, 25 de junio de 1962.
- Trib. Biella, 26 de noviembre de 1965.
- Trib. Milano, 6 de marzo de 1969.
- Trib. Varese, 1 de mayo de 1970.
- Trib. Milano, 15 de noviembre de 1971.
- Trib. Roma, 22 de diciembre de 1980.
- Trib. Forlì, 12 de junio de 1981.
- Trib. Busto Arsizio, 22 de febrero de 1982.

### **Tribunal de Apelación**

- App. Torino, 21 de octubre de 1966.
- App. Bolonia, 26 de febrero de 1972.

### **Tribunal Casación Italiano**

- Cass. Pen. 9 de octubre de 1950.
- Cass. Pen. 22 de noviembre de 1961.
- Cass. 28 de septiembre de 1964.
- Cass. 10 de julio de 1968.
- Cass. 23 de diciembre de 1968.
- Cass. 29 de marzo de 1978.
- Cass. 1 de abril de 1980.

**JURISPRUDENCIA FRANCESA****Tribunales**

- Tribunal de Rennes, 26 de junio de 1990 (J-D. 047606)<sup>89</sup>.
- Tribunal de Metz, 19 de mayo de 1992 (J-D. 043269).
- Tribunal de Montpellier, 24 de septiembre de 1992 (J-D. 034934).
- Tribunal de Rouen, 28 de octubre de 1992 (J-D. 050105).
- Tribunal de Pau, 18 de noviembre de 1993 (J-D. 047236).
- Tribunal de Rouen, 16 de noviembre de 1994 (J-D. 049782).
- Tribunal de París, (25.<sup>o</sup> Ch. A; J-D. 020567).

**Corte de Apelación**

- Corte de Apelación de Provenza, 28 de noviembre de 1978 (R.c. 17)<sup>90</sup>.
- Corte de Apelación de Nancy, 24 de diciembre de 1981 (R.c. 33).
- Corte de Apelación de Pau, 1 de abril de 1982 (R.c. 34).
- Corte de Apelación de Pau, 29 de abril de 1982 (R.c. 35).
- Corte de Apelación de París, 19 de mayo de 1982 (R.c. 36)

**Corte de Casación**

- Corte de Casación de París, 21 de junio de 1979 (R.c. 20).

---

<sup>89</sup> Núm. Juris-Data.

<sup>90</sup> Núm. Répertoire civil, éditions Dalloz.

# BIBLIOGRAFÍA

## Libros

**ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen:** *Negocios atributivos post mortem*, Cedecs Editorial, Barcelona, 1998, 263 pp.

El doctor Jochen Albiez Dohrmann, profesor titular de Derecho civil de Granada, afronta en este libro un estudio monográfico en torno a una de las materias salpicada de problemas complejos y frecuente aplicación práctica: el campo de los actos convencionales que, siendo por naturaleza *inter vivos* por no estar todavía la sucesión abierta, pretenden alcanzar directa o indirectamente efectos sucesorios. Actos que otorgados entre personas vivientes contienen cláusulas en que, sin renunciar a la disposición o al goce de los bienes durante la vida del causante, prolongan los efectos *post mortem* aproximándose al régimen sucesorio.

En este libro selecciona el autor una muestra numerosa de casos típicos, «supuestos concretos» (contractuales o no) que procuran alcanzar el mismo resultado: ordenar en vida del disponente (mediante atribuciones patrimoniales) la transmisión definitiva a favor del beneficiario por cauces distintos al testamento, estipulación o pacto sucesorio. Actos dispositivos válidos y eficaces ya que sin incurrir en la prohibición de pactos sucesorios ni quebrantar la libertad de testar (por transmisión del patrimonio sin reservarse bienes suficientes) aseguran el bien o los bienes cuando falte el disponente.

Se trata de un estudio detallado de problemas singulares con visión del conjunto, las modalidades que cambian y las que no cambian la naturaleza del acto. Este enfoque reúne las ventajas de describir un panorama amplio, con los inevitables reparos de no agotar la problemática que suscita cada una de las cuestiones singulares comprendidas en la perspectiva general. Esto explica que el número de notas, con abundantes referencias bibliográficas y de jurisprudencia (478), casi duplique el de páginas de que la obra consta (263). No es, en definitiva, un libro para leer de un tirón y donde sólo «entra» la letra grande.

Tampoco es, en rigor, una obra de síntesis, sino de elaborada construcción o de reflexión a partir de «casos reales»: los supuestos de disposición de bienes para después de la muerte otorgados a través de esquemas negociales, sobre todo de carácter convencional. La selección se hace según el principio de idoneidad para una misma función.

Se ofrece en este libro una versión global de diversas atribuciones patrimoniales con efecto *post mortem*, cuidadosamente reconstruida a través de datos, de caso en caso, la disciplina del caso concreto y los efectos derivados de pactos especiales.

Analiza cuestiones de indudable aplicación práctica: los supuestos más importantes y frecuentes, qué normas se aplican, cómo distinguir en cada contrato o convenio la perfección y la consumación, y la interpretación, cómo interpretar *ad casum* las normas. Interpretación que admite mayor amplitud cuando se trata de actos *inter vivos* conexos a la muerte (flexibilidad para ampliar supuestos con base en la libertad de pacto) o con sentido restricto (no más allá del catálogo legal de reglas y excepciones), cuando se trata de disposiciones a causa de muerte que pueden resultar lesivas al modelo legalmente establecido de régimen sucesorio.

Los contratos que examina son de naturaleza bien distinta, de materia civil y mercantil, venta, cláusulas de continuación de la sociedad con el heredero, mandato *post mortem*, depósito bancario, depósito a favor de tercero, renta vitalicia, pactos insertos en escritura de donación, donación con reserva de la facultad de disponer, de usufructo, donación con cláusula de premoriencia... En relación a sus características propias analiza las cláusulas donde se prevé el efecto traslativo con las circunstancias concurrentes. En particular las cláusulas discutibles, porque exceden el área contractual y su eficacia depende de si invaden o no las reglas imperativas sucesorias. La dificultad de encuadrarlas en una u otra categoría tiene algunos supuestos realmente comprometidos, como la manera de entender el artículo 1341 CC sobre las donaciones matrimoniales de bienes futuros, y su alcance en orden a la capacidad, la revocación y la forma.

En general, la referencia a la vida del causante y del beneficiario añade un tinte o matiz aleatorio por la incertidumbre de la duración de la vida. El carácter aleatorio es obstáculo a la acción resolutoria. Si bien la contemplación del peligro de la muerte, la probabilidad de la duración de la vida, no es incompatible con los contratos conmutativos, no es irrelevante a efectos de la procedencia o no de la acción o eficacia de cláusulas resolutorias. La acción resolutoria es más propia de los conmutativos con reciprocidad de intereses que de los aleatorios donde la duración probable de la vida prolonga la incertidumbre de ganancia o pérdida.

El autor sigue un esquema que se basa en la distinción y los puntos de contacto entre actos de última voluntad y actos con eficacia *post mortem*: los límites discutibles, las razones de la diferencia, en qué casos una disposición es por naturaleza sucesoria y en qué otros no, el alcance en los efectos registrales de la transmisión del dominio o derechos reales, las posibles interrelaciones entre actos con efecto *post mortem* y de última voluntad, la interpretación y las acciones, las que evitan la burla de la normativa o los derechos sucesorios, las formalidades y el contenido de los pactos.

Las vías contractuales más frecuentes en la práctica, que el autor toma como paradigma o prototipo, son la donación *inter vivos* condicionada a la supervivencia del donatario y la estipulación a favor de tercero a causa de muerte. Otras figuras contractuales en relación con aquéllas logran efectos semejantes, sin dejar de ser atribuciones patrimoniales en vida del disponente o donante para el momento de la muerte. Coinciden en el empleo de mecanismos contractuales «idóneos» que, al margen, sin recurrir o «minar» al Derecho sucesorio, producen efectos diferidos total o parcialmente a la muerte del transmitente.

La jurisprudencia es propicia a su admisión a través del principio de libertad contractual establecido en el artículo 1255 CC. Contrasta la amplitud de criterio de la autonomía privada en los actos *inter vivos* con la disciplina más rígida a que se somete la autonomía de la voluntad en materia propiamente sucesoria, aunque nuestro sistema sucesorio, según defiende el autor refiriéndose al Código civil, es abierto.

Entre los supuestos concretos objeto de examen en este libro están comprendidas las figuras jurídicas que han superado el transcurso del tiempo y mantienen todavía interés y viva discusión por los conflictos y choque de principios que su frecuente aplicación suscita.

Sin duda que ponderar las posibilidades y alternativas de actos *extra testamentarios* es campo propicio para un estudio monográfico de conjunto.

Pero no obsta analizar en cada caso qué pretende el disponente, qué interés se propone garantizar al elegir este cauce, qué mecanismos pueden emplearse y qué límites encuentran su aplicación, es decir, qué función cumple en el acto con-

creto la previsión del cese de vivir, qué posición jurídica ocupa el beneficiario antes y después de producirse el evento previsto. En términos generales, asegurar al disponente contra otras transgresiones y al beneficiario o destinatarios contra la eventual revocación arbitraria o abusiva.

El período de tiempo transcurrido entre la formación del contrato, el que quisieron celebrar las partes y la consumación ulterior de tales actos discurre entre la vida del causante y la muerte, el fin es que lo que unifica y atrae hacia sí el régimen jurídico por la prestación preferente. No deja de ser, en expresión del autor, un enfoque pragmático.

Se trata de un estudio muy interesante no sólo por razón de la materia sino por las aportaciones de Derecho comparado, problemas del método sistemático, la solución del problema en sistemas diferentes, los puntos semejantes entre los diferentes sistemas jurídicos.

El doctor Albiez presta atención a las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales, ofreciendo así un elenco amplio de posibles soluciones jurídicas contrastadas cada una de ellas en cada sistema al que las normas aplicables pertenece, en particular los sistemas francés, italiano y alemán. La diversidad cultural y geográfica sobre las formas de elegir, títulos por los que se puede disponer a favor de otro y el contenido, los derechos y obligaciones que nacen de ese título.

Por su influencia en el Código civil, es de notar que en Derecho francés, por la irrevocabilidad de las donaciones, se prohíbe la donación de bienes futuros y la donación con reserva de la facultad de disponer, y, por su proximidad a los pactos sucesorios, la donación de bienes futuros (art. 943 CC francés). La donación de cosa ajena es anulable y por tanto confirmable.

Paradójicamente, las liberalidades entre cónyuges son en Francia revocables y las otorgadas por razón de matrimonio admiten cláusula de revocación. Se diría que en el país vecino la irrevocabilidad, que es la regla de las donaciones entidadas como contrato, en unos casos es requisito de esencia y en otros elemento natural. La donación *post mortem*, ejecutable a la muerte del donante, es válida y confiere, antes del fallecimiento, al donatario un derecho de crédito a término, que puede ser garantizado. También es válida la donación con cláusula de reserva de usufructo en beneficio del donante o de un tercero (art. 946 CC francés), por el desplazamiento actual y definitivo de la nuda propiedad. Como cláusula usual, la de retorno convencional, según la cual la donación se resuelve y los bienes donados vuelven al patrimonio del donante si premuere el donatario. Cláusula prevista como válida en los artículos 951 y 952 CC francés, y se funda en que el donante quiere favorecer a una persona determinada pero no que los bienes pasen a manos extrañas<sup>1</sup>. Mientras que los codicilos no: no reconocemos los codicilos propiamente dichos. El Derecho francés es concluyente: calificamos con el nombre de testamento todos los actos de última voluntad revestidos de las formalidades necesarias para su validez, que en este Código se establezcan. En Derecho alemán no existe tal recelo a los pactos sucesorios.

Como el autor no es historiador, la línea argumental no se detiene en tales vicisitudes históricas, no es un juicio histórico sino positivo, con base en el Derecho vigente.

Cuestión distinta es que invoque una línea histórica como antecedente, lo que hace siempre con recato y referencia a los historiadores que han estudiado la evo-

<sup>1</sup> *Droit patrimonial de la famille, Régimes matrimoniaux, successions libéralités partages d'ascendant indivision*. Bajo la dirección de Michel Grimaldi, Dalloz Paris, 1998, p. 728.

lución histórica, los precedentes romanos<sup>2</sup>. No pocos problemas en que se detiene fueron discutidos en la historia, donde la distinción entre *iure ultimae voluntatis* y actos *inter vivos* se encontraba con privar la *libera testandi factio* o pactos contra *bonos mores*, pactos de renuncia inicuos, como la renuncia a una gran herencia por una modesta atribución inmediata, promesa con premio para excluir la libertad de testar, que se entendía viciada como condición torpe.

Se distribuye la materia en tres partes, que ocupan las 263 páginas, densas y nutridas de información.

Dedica la primera parte al marco general, donde en unas observaciones preliminares traza los confines entre los actos *inter vivos* y *mortis causa*, analiza la posibilidad de determinaciones patrimoniales en vida tendentes a la ordenación del fenómeno sucesorio, la validez y eficacia en el contexto del Derecho sucesorio. La segunda, a las donaciones, en particular la donación *mortis causa*, sin duda por ser la clásica variedad más estudiada por la doctrina, claro paradigma donde abundan resoluciones discrepantes sobre su admisión en los Tribunales. En esta parte incluye en el término genérico «otras» para exponer la analogía de contenido, formas de negocios atributivos *post mortem*. La tercera parte, acaso la más problemática por las incidencias económicas y tributarias, se dedica a las estipulaciones a favor de tercero *post mortem*.

Mientras que el testamento concita las cuestiones relativas a la forma y revocación como ser acto formal y esencialmente revocable y sus disposiciones se concentran en torno a la posición del heredero como sucesor y el legatario como adquirente, el pacto sucesorio de ordinario mira a terceros, vivientes o nacederos; origina y reglamenta el vínculo jurídico, su esfera rebasa la relatividad característica de los contratos y su desenvolvimiento se traduce en términos de cumplimiento e incumplimiento. Los efectos, al menos indirectos, en los pactos sucesorios se producen antes (en el texto está virtualmente contenido el contexto) y después de la muerte del o de los disponentes.

Punto de partida en este estudio son los pilares sobre los que se asienta el Código civil: la autonomía privada y la libre disposición, que sitúa el trabajo en el marco de la posible configuración actual sin la esclavitud del lastre histórico de prohibiciones desaparecidas, pero sin la acrítica postura de ignorar la experiencia, que tiene como lugar común la historicidad del Derecho. El pie forzado, el recelo ante los pactos hereditarios tan característico de los códigos latinos y la intangibilidad de la legítima (el orden público sucesorio), con la gama de acciones y excepciones que defienden el principio informador.

Dedica particular atención al estudio de las donaciones con efecto *post mortem*, que califica de acto de disposición, que se rigen por las reglas comunes a las donaciones *inter vivos* y, dentro de ellas, por las de origen contractual (arts. 618 y 621 CC).

Destaca el autor que en el Código civil la donación *mortis causa* ha perdido autonomía, ha sufrido, dice, la «condena» a que fue sometida por el legislador francés. En la donación con efectos *post mortem* hay, a su juicio, sólo una causa: el *animus donandi* y, en consecuencia, la muerte del donante no tiene como efecto la atribución patrimonial (cuya causa se encuentra en la misma donación). El

---

<sup>2</sup> La permanencia de este tipo de contratos y la continuidad histórica ha sido objeto de estudio en fecha reciente por CHARLES MIRAMON, *Les donnés au Moyen Âge. Une forme de vie religieuse laïque (1180-1580)*, Paris, 1999, p. 386. E. 82073. El estudio de los textos romanos que realiza D'ORS en el Código de Eurico (1960), 33, 233, es una obra clásica. Recientemente, sobre el particular se ha pronunciado ESPEJO LERDO DE TEJADA, en *La sucesión contractual en el Código civil*, Universidad de Sevilla, 1999, en especial en las pp. 97 y ss.

óbito señala el momento de la adquisición definitiva del bien donado por parte del donatario (p. 70). Parece que la distinción radica en el pensar en la muerte ante las circunstancias que concurren como motivo cualificado del acto *inter vivos* de otorgamiento y no querer todavía los efectos finales, que quedan supeditados al evento (*post mortem*). En definitiva, el efecto traslativo no nace directamente con la muerte, sino que deriva del acto sucesivo que provoca el desplazamiento. El donante no quiere desprenderse de los bienes en vida o recuperarlos cuando cese el peligro, sino ordenar la sucesión pensando en que el donatario le sobreviva o encargando a un tercero que cumpla en su caso la obligación de dar. Acaso la consumación y el agotamiento se identifican con las consecuencias fiscales de una o dos transmisiones. En Derecho histórico (como recuerda Vismara), el término *post mortem* concretaba los bienes existentes al tiempo de la propia muerte, también los adquiridos sucesivamente a la perfección de la *donatio*.

Llama la atención que el autor (que no sigue la antigua distinción entre teoría y práctica) no se recrea en encasillar los contratos en torno a las categorías generales o tipos clásicos de actos *inter vivos*, pero cuenta con ellas. De modo que donaciones onerosas, renta vitalicia a favor de tercero *post mortem*, con carácter indemnizatorio o remuneratorio, donaciones indirectas, como suscripción de un seguro de vida en beneficio de tercero, con el correspondiente de la prima, mandato *post mortem*, aceptado en vida y ejecutado en muerte, al producirse el desprendimiento una vez muerto el estipulante; pactos societarios con cláusula de sobrevivencia, pactos de alimentos, atribuciones asistenciales como albergar en casa, cuidados durante todos los días de la vida del disponente, deberes de asistencia, se encuadran en un mismo contexto, formas extratestamentarias de sucesión, no tanto por la estructura e identidad del acto como por la función (idoneidad) del desplazamiento efectivo, o, quizá mejor, definitivo *post mortem*. La renta vitalicia también puede programarse a favor de un tercero *post mortem*, para recompensar favores, garantizar las consecuencias de una ruptura matrimonial o recompensar el trabajo ajeno de que se beneficia el disponente. Aparte las precauciones sobre la licitud o ilicitud de algunas cláusulas como opuestas a las leyes o buenas costumbres.

La razón práctica aconseja centrarse en las estipulaciones y cláusulas más frecuentes para desde allí hacer la depuración, en su caso, de lo desaconsejable y seleccionar los pactos más adecuados a la realidad actual. La importancia de la calificación del tipo se debe a la acción ejercitable, el defecto de forma, las consecuencias que le son propias, la conversión conforme a otro tipo. Distintas causas, distintas consecuencias.

Aunque se refiere a las posibles formas y modalidades de las figuras que selecciona puede advertirse en este estudio una preocupación principal que toma como método de observación. De una parte, el alcance y modo de la transmisión o desplazamiento de bienes del patrimonio del causante al del beneficiario (la entrada y salida de bienes de un patrimonio a otro), disposiciones en usufructo (*tamquam usufructu*), en nuda propiedad como contraprestación o correspondiente, que comunica la concepción romana de propiedad con la de poseedor legítimo. De otra parte, si procede, la eventual revocación, o la retransmisión, reintegrar el bien, el valor, aspectos de singular interés en las donaciones, puesto que en los pactos más bien es la resolución la amenaza y, a su vez, la garantía o remedio del cumplimiento o incumplimiento.

En la primera parte del estudio, la que dedica a analizar la posibilidad y la confluencia, la línea fronteriza entre los negocios *inter vivos* y *mortis causa*, expresa la manera de enfocar las cuestiones con sentido pragmático, no doctrinario. Las concepciones dualistas clásicas se mueven entre el formalismo y la revo-



cación, la validez de pactos de irrevocabilidad confirmada o no (en Derecho histórico con juramento).

Si se califica de donación *inter vivos*, toda analogía con los legados o mandas carece de fundamento. No obstante, no cabe olvidar que el legado se ha entendido como donación hecha por testamento como ocurre en el Derecho de Navarra (leyes 165 a 171), donde se regula con extensión la donación *mortis causa*: entre legados y donaciones no hay solución de continuidad. La ley 170 prescribe expresamente que los bienes donados *mortis causa* no forman parte de la herencia y el donatario podrá tomar posesión de ellos sin intervención de los herederos o albaceas del donante.

Las donaciones *mortis causa* se diferencian de las *inter vivos*, según el contenido de los artículos 620 y 661 CC, en que las primeras producen sus efectos por muerte del donante sin vinculación actual, mientras que en las segundas, estos efectos se producen entre vivos, es decir, inmediatamente. Los efectos inmediatos y con vinculación actual caracterizan la donación *inter vivos* [según la STS de 2 de noviembre de 1999 (RJ 7999) el disponente no dona el piso, le da dinero para pagarlo; dos actos o contratos con causa diferente, donación dineraria y compra del piso con la reserva de que el donante tenga el derecho de disfrutarlo mientras viva; la donación no es *mortis causa* y la compraventa es válida]. La diferencia según la jurisprudencia está en que en las *inter vivos* la muerte es un motivo subjetivo, en las *mortis causa* la muerte se incorpora a la donación como causa específica y determinada [en este sentido, la STS de 29 de octubre de 1956 (RJ 3421)]. De modo que es *inter vivos* aunque la cosa no se entregue de momento y se reserve la entrega de bienes o cantidades, lo necesario para vivir, modalidad que no cambia la naturaleza del acto.

La vida jurídica, dice el profesor Jochen Albiez Dohrmann, está llena de manifestaciones contractuales concretas, que expresan la voluntad de querer disponer de bienes y derechos en vida en orden a beneficiar a una persona determinada para el momento de la muerte, sin que tengan que ser por ello disposiciones sucesorias. El mismo enunciado alude al aspecto positivo de ser manifestaciones de la voluntad comprendidas en la libertad de pacto (la ley del contrato) y negativo, sin ser atribuciones sucesorias propiamente dichas, aunque sus funciones sean parecidas, de bordear el recinto acotado por el Derecho imperativo sucesorio, el sector del orden público en materia de herencias (ley de la herencia). La identidad de actos *inter vivos* y la función *mortis causa* son el término de comparación<sup>3</sup>.

Cierto que la transmisión del patrimonio en vida del causante, en relación con las donaciones *omnium bonorum*, enlaza históricamente con la libertad de testar. La *donatio omnium bonorum*, en cuanto que quita la libertad de testar, salvo si el donante se reserva bienes o derechos como el usufructo.

Cuestión siempre viva, la *querella inofisiosae donationibus*. Es inoficiosa *re tantum*, *re consilio*, *animus* o propósito.

El enlace entre la vida del adquirente y la muerte del causante, la donación incierta de la vida, se encuentra ante el escollo de la sobrevivencia del beneficiario. Con ella hay que contar para la cesión del patrimonio, de pensiones<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> La donación *mortis causa* es convencional, aunque no requiere la notificación de la aceptación que hace irrevocable la donación ordinaria. En principio es revocable por la aproximación al régimen del testamento. Si se convierte en irrevocable es nula la revocación por oponerse al pacto, contravenir lo pactado.

<sup>4</sup> La venta mediante renta vitalicia es contrato instantáneo, no de ejecución sucesiva, sólo la obligación del comprador está escalonada a la duración incierta de la vida. Es negocio aleatorio.

En cada caso habrá de preguntarse el intérprete qué se donó, qué efectos produjo tal donación en los patrimonios de donante y donatario, si persiste como deuda hereditaria.

El título negocio, como la «voluntad de querer», no es un marco dogmático, describe la ascendencia alemana del autor y su formación granadina, el valor de la voluntad y la sugerencia de la imagen.

En el estudio de cada figura examinada en este libro se hace una triple referencia: al acto en sí, a las normas en que se funda y a las reglas sucesorias de los bienes, dentro y fuera del patrimonio hereditario. Así, p.e., en la reserva de facultades dominicales en su caso, como la donación *reservato usufructu*, que figura en cláusulas controvertidas ante los Tribunales [STS de 3 de noviembre de 1988 (RJ 8407), en el supuesto controvertido, la pensión alimenticia a cambio de la nuda propiedad de unas fincas], el usufructo conjunto o sucesivo, ventas con reserva de usufructo, cláusulas de reversión, el pacto de revocación o el pacto expreso de irrevocabilidad.

Entre los indicios para calificar estos actos hay que contar con los pactos de convivencia, más frecuentes en la actualidad, por razones demográficas, las que llama prestaciones asistenciales. Los alimentos debidos a título de donación (*pro donationis*, que engloba los alimentos legales) suscitan en la práctica los problemas sobre el incumplimiento por parte del donatario o por el donante, como si abandona el domicilio, la renuncia a la prestación y la acción resolutoria prevista en el artículo 1124 CC, característica de las obligaciones recíprocas.

Quién adquiere, cómo, en qué condiciones y circunstancias. Las cláusulas de convivencia, obligaciones de vivir en la casa con el donante, pactos de asistencia, tiñen el contrato de causal o modal, *causa data causa non secuta*, como ocurre si el futuro matrimonio no llega a celebrarse o se frustra el fin del contrato: *si causa non est secuta ipso iure revocatur*. Expresamente, la ley 117 del Fuero Nuevo indica que las donaciones *propter nuptias* quedarán ineficaces si el matrimonio no llega a celebrarse o desde que fuera declarado nulo.

Ahora bien, con la previsión de la vida, de por vida, se tiñe un contrato, aunque sea por naturaleza conmutativo como la venta, de aleatorio.

El Derecho sucesorio cerca el ámbito de la libertad, la autonomía privada, más allá del modelo normativo que el Código Civil se propone difundir, es decir, el testamento, pero concreta allí donde se prohíbe la sucesión contractual.

También la confusión entre la muerte como motivo del acto y la muerte como causa, donación *mortis causa*, negocios atributivos a causa de muerte, *post* será el efecto suspensivo o el término resolutorio.

Un hecho: que sobreviva al causante; un efecto, que se transmita; una circunstancia, el contenido. La titularidad y el patrimonio hereditario (desplazamiento), el orden público sucesorio se concentra en la legítima, de protección y los acreedores del disponente. En un sistema sucesorio, ¿a quién se protege?, ¿por qué?

Atribuciones con carácter exclusivamente asistencial del disponente o de terceros, cargas o modos, en general, la *fiducia*. Donaciones simuladas con reserva de usufructo por el donante que no se impone como carga sino como derecho, lo que permite revocar la donación, no el usufructo, como actos separables [STS de 15 de junio de 1995 (RJ 2889)].

A mi modo de ver, la razón de la verdadera diferencia reside en que las atribuciones se ejecutan en muerte y se preparan en vida. A ello se debe que haya un período de espera y otro de consumación, lo que lleva a cuestionar qué adquiere el donatario, en qué momento, en qué patrimonio se encuentran los bienes, las expectativas reforzadas, la caducidad por supervivencia.

El suceder del tiempo determina e influye en las titularidades patrimoniales. Pudiera decirse que en estos negocios el tiempo es divisible, señala las variables, marca los objetivos diferentes pese a la identidad del negocio entendido como figura típica o atípica, como referencia.

La donación con efectos *post mortem* constituye el tema más desarrollado, hasta la tercera parte de la obra. Estudia, qué es, por qué normas se rige, qué efectos produce, en qué se diferencia, las varias formas de *donatio mortis causa*, los diversos motivos, sus diversos efectos y consecuencias procesales, qué otras formas especiales. La *donatio mortis causa* piensa en la vida, el donante no quisiera desprenderse de los bienes, contempla y teme el peligro de perderla, según el relato de la histórica *cogitatio mortis*. Los bienes donados se apartan del patrimonio hereditario en lo que consiste su ventaja, que los bienes pasen a persona o personas determinadas con quienes en vida el donante tuvo ocasionalmente más íntima relación. Corresponde la calificación de donaciones *mortis causa* a aquéllas en que el donante no tiene intención de perder la libre disposición de los bienes donados, aplicándose el régimen de la sucesión testamentaria [RDGRN de 6 de marzo de 1997 (RJ 2033)]. Es criterio jurisprudencial reiterado que la donación *mortis causa*, a la que se refiere el artículo 620 CC, no transfiere desde luego al donatario la propiedad de los bienes donados, hasta que se produzca la muerte del donante (entre otras muchas, SSTS de 24 de febrero de 1986, 13 de junio de 1994, 25 de julio de 1996).

Están latentes las diversas concepciones de la *donatio mortis causa* entre los romanistas, especialmente debatidas entre los siglos XI-XVI, sobre la naturaleza del acto, los límites y el interés práctico de la cuestión. Si es *contractus per se* o *species legati*. Los límites de la eventualidad no lejana de la muerte, si es contrato por celebrarse entre personas vivientes, con traslado por tradición a un beneficiario y derechos y obligaciones en vida. Si es legado, por estar subordinada a la premuerte del donante, sujeta a la Falcidia, revocable por cambio de voluntad como un legado ordinario. La razón práctica con respecto a los acreedores la aplicación del *consilium fraudis*.

En particular, al referirse a las normas se dirige a los sistemas alemán, francés e italiano por la distinta manera de entender los pactos hereditarios. Hay un algo que queda fuera de la ordenación sucesoria del patrimonio hereditario, y precisamente allí se encuentra la razón de ser.

A mi juicio hay que separar los patrimonios del donante y del donatario y delimitar el patrimonio hereditario, ya que hasta la muerte *nulla est hereditas*, en cuanto derecho personalísimo nadie puede ser heredado en vida. Separar lo que pasa y lo que no pasa a la masa de la sucesión, las reservas, renta vitalicia, alimentos, usufructo.

A esto se añade que en la práctica a la sobrevivencia se añade la convivencia, por donde se aproxima a otras figuras que con ser tan peligrosas no despiertan tanta precaución por ser previstos para la vida: pactos de alimentos insertos en convenios más detallados; pactos donde el plazo de duración coincide con la vida del beneficiario; ventajas en concepto de retribución jubilatoria [STS de 8 de julio de 1991 (RJ 5376), con motivo de un pacto entre la empresa y su fundador].

La reconstrucción original clásica y la compleja realidad en que operan, con los diversos motivos y efectos, las distintas consecuencias procesales, la contraposición entre la *condenatio pecuniaria* y la *condemnatio in ipsam rem*, que Gayo recuerda como precedente histórico, el problema de la propiedad y los *iura in re aliena* (*de mortis causa donationibus*) admite donaciones *mortis causa* de renta vitalicia (*quoad vivere*), caso de que se ocupó D. 39.6.34.

Dichos pactos y cláusulas cuentan en el tiempo con otras prohibiciones, algunas desaparecidas como la intangibilidad de los capítulos *post nuptias* y la contratación entre cónyuges, además de la composición de la familia cerrada o abierta a la filiación no matrimonial.

La estipulación a favor de tercero *post mortem* es una materia menos estudiada en la doctrina y la discusión se concentra acerca de su viabilidad. La revocación parece consustancial. El mandato *post mortem*, la *fiducia*, el seguro, son figuras nada sencillas, donde la buena fe y la tutela de la confianza amplían el arbitrio judicial. Con mayor motivo las pensiones, que en el ámbito laboral tienen un régimen específico.

En definitiva, es un estudio donde la multitud de supuestos reseñados permite sugerir hipótesis. Donde el análisis de las normas se enmarca en cada sistema con una seleccionada reseña bibliográfica y donde se traduce la preocupación del autor de no eliminar las instituciones sólo porque presenten riesgos, sino ver si tales riesgos están justificados de modo que sean posibles previsiones que puedan contar con la tutela efectiva. La actual sociedad abierta al exterior aconseja estos estudios.

A mi modo de ver, sería ventajoso describir el elenco de cláusulas con una valoración que permitiera al lector una visión de síntesis sin la pérdida del detalle con que se han descrito. Esta tarea queda al lector, son objeciones no sustanciales sino de método.

Por lo que se refiere al autor, he tenido la oportunidad de seguir los primeros pasos de su andadura científica y me complace constatar de nuevo su indiscutible talante universitario, la disposición hacia los problemas que requieren tiempo por delante y la generosidad de profundizar en los problemas jurídicos y presentarlos como lo siente a la crítica, dejando a los demás la última palabra, previamente decantados los posibles significados, opciones o alternativas de solución.

Como objeciones ocasionadas por la sistemática puede señalarse la reiteración y la falta de una valorada selección de cláusulas admitidas y rechazables por razones fiscales, campo del que el autor del libro no es especialista pero no deja de ser cuestión actual. Las instituciones que no caben en el filtro fiscal acaban en un (acaso lamentable) desuso.

Es un libro que surge de la investigación en materia nada sencilla, que afecta al Derecho civil y mercantil, y donde el Derecho foral abre un abanico de posibilidades que en el Código no eran en su origen pensables.

Esto indica la predisposición de las fuentes, que aconseja señalar el significado de las estipulaciones. ¿Por qué divergen los sistemas? ¿En qué?

Hay contratos que responden a causa distinta, como los aleatorios, la renta vitalicia, donde el conflicto se produce por la debilidad del crédito de la pensión correlativo a la transmisión de presente de una cosa, de un patrimonio, de una suma. El *mandatum post mortem*, aceptado en vida y ejecutado después de la muerte, asume nuevos significados y contenido, enlaza con la posible renuncia a la revocación si los intereses no se desvían de la justa causa. No deja de ser una vía abierta a la confianza, de indudable extensión al Derecho sucesorio cuando, con mayor motivo, han desaparecido del Código civil las memorias y codicilos.

En el ámbito bancario, los depósitos bancarios de dinero a la vista, de títulos valores, con cláusula de designación con tercero beneficiario, cuentas indistintas, servicios de cajas de seguridad, han creado un uso de los negocios que cuenta con el apoyo de una jurisprudencia a la vez prudente y progresiva [se caracterizan por su «notoria pobreza de esquemas legales», según se lamenta la STS de 2 de julio de 1986 (RJ 3635)], de que se ocupa el libro.

En definitiva, el marco en que se mueve el autor, los actos atributivos en vida, recuerda en el plano de la «fuerza de ley» al Derecho transitorio: el tránsito de los bienes entre la vida y la muerte del disponente, entre la espera y la esperanza del beneficiario; en último término, el modo en que opera la muerte entre la atribución y la adquisición. Que la muerte no será un vacío jurídico ni un rincón de tormentas entre los beneficiarios por la voluntad del causante y la tutela efectiva de otros interesados legítimos.

José Antonio DORAL GARCÍA  
Catedrático de Derecho civil  
Universidad de Navarra

**CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: *Los deberes de protección del deudor en el Derecho Civil, en el Mercantil y en el Laboral*, ed. Civitas, Madrid, 2000, 519 pp. Prólogo de Luis Díez-Picazo y Ponce de León.**

1. El carácter complejo que reviste la relación obligatoria hace que la misma no pueda describirse como la simple correlación entre el deber del deudor de ejecutar la prestación y el derecho del acreedor a recibirla, sino que de aquélla derivan asimismo una serie de deberes accesorios, al servicio de la prestación principal, y de deberes de protección; el objeto de éstos es prevenir y evitar que el deudor ocasione daños al acreedor, ya sea en su persona ya en su patrimonio, con ocasión del vínculo que les une o, si se quiere, del contacto social a que la relación obligatoria da lugar entre ambas partes. Al estudio de dichos deberes de protección dedica esta monografía el Catedrático de Derecho civil Antonio Cabanillas, abordando no sólo los que derivan de contratos ya perfeccionados (deberes contractuales de protección) sino también los que se manifiestan en la etapa precontractual (deberes precontractuales). Como refleja el título de la monografía, su análisis en el campo contractual se extiende al Derecho Civil, al Mercantil y al Laboral, dando un marcado carácter interdisciplinar a su estudio; este planteamiento se halla plenamente justificado, pues entre los ámbitos propicios para el reconocimiento de deberes de protección siempre han ocupado un lugar relevante el contrato de trabajo (en cuyo marco el empresario está obligado a velar por la seguridad e higiene en el trabajo de sus empleados) y el de transporte, sin perjuicio de su posible apreciación en otros contratos (como el de prestación de servicios o el de arrendamiento), con motivo de cuya ejecución el deudor puede afectar a la esfera personal o patrimonial del acreedor. En cuanto al método, en la obra se recurre constantemente al Derecho comparado, exponiéndose de manera muy detallada el estado de la cuestión en Alemania, Francia e Italia sobre cada uno de los aspectos tratados, mas no para trasponer automáticamente a nuestro ordenamiento las respuestas dadas en aquéllos sino para destacar, en las consideraciones críticas que cierran la exposición de los diversos temas, las coincidencias y divergencias con las soluciones que a la luz de nuestro Derecho positivo cabe mantener y a cuya concreción va encaminado el análisis realizado por Cabanillas.

Por todo lo dicho, y porque la monografía no se limita al análisis de la doctrina existente en la materia sino que abarca también su tratamiento jurisprudencial en un afán de determinar las implicaciones prácticas de los diversos enfoques teóricos a propósito de los deberes de protección, la obra de Cabanillas es de obligada consulta para todo el que busque una visión global, concienzuda y detallada

del análisis doctrinal y jurisprudencial desarrollado hasta la fecha respecto de los deberes de protección y su régimen jurídico en nuestro ordenamiento y en el alemán, el francés y el italiano.

2. Hechas estas consideraciones de carácter general, pasamos a detallar el contenido de la obra, que se estructura en cuatro capítulos: los tres últimos se centran en los deberes de protección contractuales, el primero en los deberes precontractuales. Respecto de estos últimos Cabanillas expone las dos perspectivas barajadas, en los Derechos alemán y español, a la hora de calificar su vulneración, ya sea como una hipótesis de responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo* (*infra*, 2.1), ya sea como un caso de responsabilidad extracontractual (*infra*, 2.2).

2.1 Comienza el autor refiriéndose a la configuración de la *vulneración del deber precontractual de protección como hipótesis de culpa in contrahendo* o responsabilidad precontractual en *Derecho alemán*. Desde esta perspectiva, se entiende que con el inicio de las conversaciones contractuales se establece una relación jurídica preparatoria de la que derivan los deberes precontractuales y, entre ellos, los de protección. Con ello se consigue someter su vulneración al régimen de la responsabilidad contractual y, en particular, se posibilita exigir al empresario una responsabilidad objetiva *ex* § 278 BGB por los daños causados por sus auxiliares, en lugar de la responsabilidad por culpa que consagra el § 831 BGB en el ámbito extracontractual; además, el régimen contractual comporta otras ventajas para la víctima respecto del de responsabilidad aquiliana: en concreto, un plazo de prescripción más amplio (el de 30 años del § 195 en lugar del de 3 años del § 852), y un régimen de prueba más favorable a tenor del § 282, de modo que es el deudor el que debe probar que la imposibilidad de cumplimiento no le es imputable; finalmente, como el objeto de la reclamación en caso de infracción de un deber de protección es la indemnización de daños y perjuicios, su alcance se determina conforme al § 249 BGB.

La idea de la relación jurídica preparatoria para fundamentar los deberes de protección precontractuales aparece ya en el célebre *caso del linóleo*, resuelto por la sentencia del RG de 7 de diciembre de 1911, y se impuso en la doctrina alemana fundamentalmente a partir de la formulación de Heinrich Stoll en el primer cuarto del siglo xx. Antonio Cabanillas da cumplida cuenta de su posterior evolución en doctrina y jurisprudencia. Así, se refiere a las diversas tesis barajadas acerca del carácter de la indicada relación preparatoria: para algunos negocial (Stoll) y para otros –hoy opinión general– legal. Conforme a este último enfoque –del que hay diversas formulaciones–, del contacto social más intenso que comporta el inicio de las conversaciones contractuales deriva una relación especial similar a la contractual, de la que resultan concretos deberes de protección que van más allá del postulado general del *neminem laedere*, lo que legitima la aplicación de –cuando menos– ciertas reglas de la responsabilidad contractual (y muy en particular el § 278 BGB).

Cabanillas pasa entonces a exponer la *tesis de la relación unitaria legal de protección*, desarrollada especialmente por Canaris; conforme a ella, con el contacto negocial surge una relación obligatoria legal, basada en la confianza, que genera todos los deberes de protección, anteriores y posteriores a la celebración del contrato, entre las partes y frente a terceros; dicha relación, cuyo fundamento jurídico positivo se halla en el § 242 BGB (buena fe), es independiente de la relación contractual de prestación y, por ello, subsiste pese a la eventual invalidez del contrato; además, toda violación de deberes de protección debe ser tratada igual, sea cual sea el momento en que se produzca; la responsabilidad por la confianza que deriva de tal violación constituye así un tercer género de responsabilidad, independiente y distinto de la contractual y la aquiliana, y que se rige por normas

de una y otra (de la contractual se estima aplicable en concreto el § 278 BGB). Frente a esta tesis unitaria, es mayoritaria la denominada *tesis de la transformación*, conforme a la cual los deberes precontractuales de protección mutan de fundamento y naturaleza después de celebrarse el contrato: antes de ello se basan en la confianza y son deberes legales, mas con la conclusión del contrato la relación obligatoria legal de las negociaciones desaparece y surge una relación obligatoria contractual, que determina el nuevo contenido de los deberes de protección y pasa a ser su fundamento; tales deberes ya no son legales, sino contractuales accesorios, y se distinguen de los deberes de prestación por su distinta finalidad. Cabanillas explica con detalle ambas tesis siguiendo en esencia la exposición que de las mismas hace Frost, partidario de la tesis unitaria.

A continuación analiza las diversas posiciones mantenidas en Derecho alemán al concretar los *presupuestos para que surja la culpa in contrahendo por vulneración de un deber de protección*; en primer lugar, se discute si es preciso que se hayan iniciado conversaciones negociales o si, con un criterio más amplio, ha de bastar que se haya producido un contacto negocial que implique la posibilidad de celebrar un negocio, siendo suficiente, por ejemplo, la entrada como posible cliente en un ámbito negocial (que puede ser o no un establecimiento abierto al público); en segundo lugar se plantea si es preciso ser parte en las negociaciones o si la normativa de la *culpa in contrahendo* es aplicable asimismo a los terceros acompañantes; por último, se entiende que el obligado a indemnizar por infracción de estos deberes es el titular del negocio o actividad, que responde por sus auxiliares conforme al § 278 BGB.

Las *consecuencias de la incardinación de los deberes precontractuales de protección en la culpa in contrahendo* se concretan en la aplicación de la normativa contractual en los diversos aspectos que han quedado apuntados unos párrafos atrás.

En cuanto al *Derecho español*, Cabanillas hace referencia a algún autor que ha mantenido la existencia de deberes precontractuales de protección y la aplicación de las reglas contractuales a la responsabilidad derivada de su vulneración.

2.2 La *incardinación de los deberes precontractuales de protección en el ámbito de la responsabilidad extracontractual* es defendida por un sector de la *doctrina alemana*, según el cual los deberes de protección no son sino deberes delictuales que derivan del deber general de diligencia del § 823 BGB, que existe frente a todos. En este planteamiento ha influido, de un lado, la reivindicación de ciertas reformas en el régimen de la responsabilidad contractual y, en especial, del § 831 BGB, y, de otro lado, la constatación de que con las reglas de la responsabilidad extracontractual se puede llegar a resultados similares de los que procura el régimen contractual (y en particular el § 278 BGB); a estos efectos se destaca la práctica jurisprudencial de incrementar la medida de la diligencia exigida al empresario a los efectos del § 831 BGB y la tendencia a facilitarle a la víctima la prueba de la culpa; a ello se añade el entendimiento de que el plazo de prescripción de tres años propio de la responsabilidad aquiliana es más adecuado que el de treinta de la contractual, que se considera excesivo.

En *España*, la doctrina mayoritaria y los tribunales también estiman aplicable en esta hipótesis el régimen de responsabilidad extracontractual, tal y como demuestra el repaso doctrinal y de sentencias del TS y de las Audiencias efectuado por el profesor Cabanillas, quien comparte esta opinión; a su juicio, lo que importa es concretar cuál de los dos regímenes de responsabilidad –contractual o aquiliana– es aplicable a estos supuestos y no tanto si los mismos se enmarcan o no en la *culpa in contrahendo*.

3. Por lo que se refiere a los *deberes contractuales de protección*, el capítulo II de la monografía comienza exponiendo las diversas tesis existentes acerca de su configuración.

3.1 La tesis que sitúa los *deberes contractuales de protección fuera del marco contractual* se defiende, en primer lugar, por un sector de la *doctrina alemana* que insiste en la necesidad de circunscribir la responsabilidad contractual al interés de prestación o interés en el cumplimiento de los deberes insertos en el programa de prestación, siendo la responsabilidad aquiliana la respuesta adecuada para las infracciones de la integridad personal o patrimonial; los deberes de protección se contemplan como deberes del tráfico, propios del Derecho delictual, sin perjuicio de que éste deba ser reformado en aquellos aspectos que se consideran más criticables (para, por ejemplo, posibilitar la indemnización de los daños patrimoniales puros o consagrar la responsabilidad objetiva del principal por los hechos de sus auxiliares).

En el *Derecho francés* se defiende la misma tesis desde la crítica a la construcción jurisprudencial de las obligaciones de seguridad, que se conciben como contractuales y que vienen a coincidir con los deberes contractuales de protección de los que se habla en el Derecho alemán. El profesor Cabanillas expone por ello con detenimiento, de la mano de Viney, la génesis de dicha construcción jurisprudencial y su posterior evolución, así como las ventajas que comporta en relación con el régimen extracontractual y sus inconvenientes. Creada en 1911 por el Tribunal de Casación en el marco del contrato de transporte de personas a fin de dar facilidades probatorias a las víctimas de accidentes corporales, la obligación de seguridad se ha ido extendiendo posteriormente a otros contratos al tiempo que en muchos casos se iba concibiendo de forma menos estricta, obteniéndose así un efecto opuesto al inicialmente pretendido: esto es, resultados menos favorables a la víctima de los que se hubieran alcanzado de aplicarle el régimen de responsabilidad aquiliana. Entre las ventajas de la construcción comentada se apunta cómo en ciertos casos resulta más eficaz —que la responsabilidad delictual— para la protección de la víctima, y que permite ajustar el contenido de la obligación de seguridad, y la consiguiente responsabilidad, a la naturaleza del contrato y los intereses en juego. Entre los inconvenientes se destaca, de un lado, lo incierto de su ámbito de aplicación (que, al parecer, ha experimentado sucesivos avances y retrocesos en la jurisprudencia) y de su régimen jurídico, sobre todo por lo que respecta a su configuración como obligación de medios o de resultado; y, de otra parte, las desigualdades que suscita entre víctimas de hechos idénticos, pues cuando la obligación de seguridad se califica, como suele ocurrir, como obligación de medios, el cocontratante habrá de probar la culpa de la otra parte, mientras que si es un tercero el que sufrió idéntico daño podrá prevalerse de la responsabilidad por el hecho de las cosas del artículo 1384 CC, que no exige prueba de culpa alguna. Cabanillas da cuenta de los esfuerzos hechos para superar tales inconvenientes: los del Tribunal de Casación (hasta ahora meramente puntuales), que sigue moviéndose básicamente en el marco contractual aunque intentando reforzar la obligación contractual de seguridad integrando en ella la noción de responsabilidad contractual por el hecho de las cosas, y los de la doctrina, tanto en el sentido de mantener solamente las obligaciones de seguridad de resultado suprimiendo las de medios, como en la línea de descontractualizar por completo la obligación de seguridad; conforme a esta última propuesta, cualquier daño patrimonial o personal ocasionado en la ejecución del contrato debería resolverse conforme a las normas de responsabilidad delictual, circunscribiendo la responsabilidad contractual a los casos de inejecución de la obligación convenida; también se



sugiere la instauración de una responsabilidad legal, ajena a la distinción entre la responsabilidad contractual y la extracontractual.

En cuanto al *Derecho español*, Cabanillas se hace eco de algunos autores que han criticado la referida construcción francesa de la obligación de seguridad, subrayando cómo la misma, en combinación con la tesis –allí mantenida– de no acumulación de responsabilidades, comporta una excesiva extensión de la responsabilidad contractual.

3.2 Para un sector de la doctrina italiana, *los deberes de protección carecen de autonomía dentro de la relación obligatoria* pues están incluidos en el deber de ejecutar la prestación; siempre que la prestación, por su especial naturaleza, afecte a la persona de la otra parte, forma parte de su contenido el que la misma se ejecute salvaguardando esa persona. Como variante de esta tesis se mantiene que el respeto de la persona o los bienes del otro forman parte del deber de diligencia a observar en el cumplimiento; con ello se posibilita extender, en su caso, la tutela del acreedor a todos los remedios contra el incumplimiento.

3.3 En tercer lugar, estudia Cabanillas la *tesis que admite la existencia de autónomos deberes contractuales de protección*.

3.3.1 En cuanto al *Derecho alemán*, comienza analizando el *origen histórico* de tales deberes; para ello explica la génesis de la teoría de las lesiones contractuales positivas formulada por Staub a fin de colmar una importante laguna apreciada en el BGB (que a falta de una regla general de la que derivar la responsabilidad contractual sólo se refiere a algunos casos concretos de incumplimiento entre los que no se halla el cumplimiento defectuoso); conforme a dicha teoría, se introducen en el ámbito de protección contractual los daños que un cumplimiento inexacto provoque no sólo en el objeto del contrato sino también en el interés a la integridad, apreciándose entonces la existencia de una lesión contractual positiva que comporta la posibilidad de aplicar analógicamente a los casos no previstos las normas del BGB sobre imposibilidad sobrevenida de la prestación y la mora del deudor. De ahí se pasó a la construcción doctrinal de los deberes de protección, debida sobre todo a Heinrich Stoll, para quien existe un deber general de carácter contractual de no dañar al cocontratante, derivado de la buena fe y netamente diferenciado, dentro de la relación obligatoria, del deber de prestación. A continuación Cabanillas se detiene en presentar las diversas formulaciones ensayadas por la doctrina alemana para explicar el *fundamento contractual de los deberes de protección*; se pone de relieve la dificultad de buscar su apoyo en la existencia de un consenso fuera de aquellos casos en que las partes los hayan pactado expresamente o de aquellos contratos en que típicamente la prestación incluya el deber de evitar daños a la otra parte; a este respecto, el autor recuerda la ya mencionada teoría de la transformación y su oposición a la teoría de la relación unitaria legal de protección de Canarias.

3.3.2 En esta tercera tesis se inscribe asimismo la *construcción francesa de las obligaciones de seguridad*, a la que Cabanillas ya hace referencia en el capítulo I de su obra. Ahora se detiene, en primer lugar, en analizar detalladamente su *origen histórico y posterior evolución*: los primeros enfoques contractualistas apuntados en la doctrina a finales del siglo XIX para amparar a las víctimas de accidentes laborales y de transporte, y su mayoritario rechazo poco después; las propuestas para configurar la noción del riesgo –profesional o creado– como fundamento de responsabilidad; la afirmación por el Tribunal de Casación, en 1911, de una obligación contractual de seguridad a cargo del transportista de personas; la posterior extensión judicial de la figura al tiempo que se la configuraba cada vez con más frecuencia como obligación de medios, lo que, unido a la regla de no acumulación de responsabilidades contractual y aquiliana propia del

Derecho francés, ha conducido a un resultado contrario al inicialmente buscado con la construcción de la obligación de seguridad, pues ha venido a poner a la víctima en peor situación de la resultante de aplicarse las reglas de responsabilidad extracontractual; finalmente, las reticencias doctrinales ante tales efectos. A continuación, Cabanillas expone las dos perspectivas barajadas a la hora de justificar el *fundamento contractual de la obligación de seguridad*: una subjetiva, basada en una voluntad probable de las partes, y otra, más objetiva, que remite al papel integrador del contenido contractual de la equidad o el uso según el artículo 1135 CC, o a la buena fe que impone el artículo 1134.3 CC; también apunta las características que se han atribuido a esta obligación contractual. El profesor Cabanillas finaliza su referencia a esta tesis en el Derecho francés volviendo al tema de la *calificación de la obligación de seguridad como de medios o de resultado*; ambas posibilidades de configuración son admitidas mayoritariamente por doctrina y jurisprudencia, mas la exposición efectuada por Cabanillas pone de relieve un alto grado de confusión en la delimitación de los casos en que se aprecia una u otra, así como los inconvenientes que comporta para la víctima cuando se configura como obligación de medios; doctrina y jurisprudencia han tratado de poner coto a tales inconvenientes por diferentes vías, ya apuntadas en el capítulo I y con cuya especificación aquí se cierra la referencia al Derecho francés.

3.3.3 En cuanto al *Derecho italiano*, Cabanillas pasa revista a los numerosos autores que mantienen la existencia de autónomos deberes contractuales de protección, en cuanto que responden a un interés de las partes independiente del de prestación. Su fundamento se sitúa en la regla de la *correttezza* que el artículo 1175 CC italiano impone a deudor y acreedor en toda obligación, y en las especificaciones de tal regla referidas a las obligaciones contractuales plasmadas en los artículos 1337, 1375 y 1366 CC (deber de las partes de actuar conforme a la buena fe en la etapa precontractual y en la ejecución del contrato, y función integradora del contenido contractual de la buena fe). Cabanillas cierra este apartado exponiendo los argumentos barajados por esta doctrina frente a las objeciones que algunos autores le han opuesto (como el pretendido carácter superfluo de los autónomos deberes de protección o que no es tarea de la obligación contractual tutelar el interés de integridad del acreedor).

3.3.4 Observa Cabanillas cómo en *España* la doctrina suele hablar indistintamente de deberes de protección y obligaciones de seguridad; después cita la opinión de numerosos autores que, situándolos dentro del contenido contractual, subrayan su carácter autónomo respecto del deber de prestación y ven su fundamento en el principio de buena fe del artículo 1258 CC; su infracción genera, por tanto, una responsabilidad de orden contractual.

Esta es la línea de opinión que suscribe el propio autor, quien insiste en que para que la violación de una obligación de seguridad genere responsabilidad contractual es preciso que el daño haya sido causado por una actividad vinculada a la ejecución de la relación obligatoria; asimismo entiende que como la existencia de obligaciones de este tipo sólo se justifica en contratos que generen riesgos sobre los que el deudor tiene el dominio y que el acreedor no acepta, la misma es una obligación de resultado. En cualquier caso, a juicio del autor, su infracción genera también una responsabilidad aquiliana, lo que da lugar a un concurso de responsabilidades.

3.4 Admitida la existencia de deberes contractuales de protección, Cabanillas plantea en el último apartado del capítulo II la necesidad de fijar un criterio con el que pueda determinarse en cada caso concreto la *contractualidad de un deber de protección*, pues lógicamente no todo daño que se produzca entre las

partes de una relación obligatoria ha de generar una responsabilidad contractual. Son dos las soluciones propuestas al respecto. De un lado, cabe entender que los deberes contractuales de protección sólo se vulneran por daños causados, por el deudor o sus auxiliares, *en el cumplimiento de la obligación* o a consecuencia de un acto de cumplimiento de la misma, no por los causados *con ocasión del cumplimiento*; tal es la doctrina mayoritaria en Alemania, Francia e Italia, que Cabanillas cita largamente, recogiendo asimismo la opinión de los numerosos autores que en España se pronuncian en este sentido. Esta tesis se ejemplifica así: si un auxiliar de un maestro pintor rompe un espejo en la casa en que trabaja al manejar descuidadamente la escalera que está utilizando, la responsabilidad del principal sería contractual; lo que no ocurriría si el auxiliar, aprovechando la ocasión de hallarse en la casa, hurtara algo en ella, pues tal daño sólo está ocasionalmente ligado a la actividad de cumplimiento. Para la tesis opuesta, en cambio, también en este último caso la responsabilidad sería contractual, pues los deberes contractuales de protección también se vulneran por los daños causados al acreedor *con ocasión del cumplimiento de la obligación*; para esta opinión, que es defendida por algunos autores alemanes, en especial al tratar de la responsabilidad del deudor por sus auxiliares, sólo los daños que manifiestamente nada tienen que ver con el cumplimiento de la obligación quedarían fuera del ámbito de la responsabilidad contractual del deudor.

Cabanillas entiende que la primera tesis es la que mejor se acomoda a nuestro Derecho, poniendo de manifiesto, además, cómo la normativa extracontractual sirve perfectamente al objeto de tutelar de forma adecuada al acreedor dañado.

4. El capítulo III aborda la *tipología de los deberes contractuales de protección*, que en nuestro Derecho conforman una lista abierta –aparte de los legalmente tipificados– al amparo del principio general de la buena fe del artículo 1258 CC. Partiendo de esta premisa, el autor analiza los deberes de protección que aparecen en algunos contratos en particular.

4.1 Comenzando por el *contrato de transporte*, Cabanillas comparte la consideración doctrinal de que la obligación del transportista de personas de velar por la integridad del viajero y sus cosas es un deber contractual de protección. A este respecto, va analizando sucesivamente una serie de cuestiones que se ha planteado nuestra doctrina: en primer lugar, si se trata de una obligación de resultado (opinión dominante que él mismo comparte) o de medios aunque con presunción de responsabilidad (Menéndez); su delimitación temporal o espacial; y, por último, si cabe o no concurrencia de responsabilidades contractual y extracontractual cuando el viajero resulta dañado. Expone asimismo la posición de nuestra jurisprudencia, que partiendo de la inicial calificación de la responsabilidad del transportista como extracontractual, ha acogido después en alguna ocasión el enfoque contractual; asimismo admite la concurrencia de responsabilidades, parecer que coincide con el del autor.

4.2 Otra obligación de seguridad es la que atribuye nuestra Ley de *Viajes Combinados* de 6 de julio de 1995 al organizador y al detallista en el sentido de que han de prestar asistencia al viajero; para Cabanillas es una obligación de resultado cuyo incumplimiento legitima la resolución del contrato y no sólo la exigencia de una indemnización.

4.3 Tras presentar la doctrina y jurisprudencia existente al respecto, Cabanillas extiende a los *contratos de utilización de mecanismos de remonte* (telesquíes, teleféricos, etc.) las apreciaciones que ya hizo respecto del contrato de transporte por las similitudes que guardan entre sí: existe en él un deber de protección que es de resultado, y los daños que puedan producirse en su ejecución dan lugar a un concurso de responsabilidades, contractual y extracontractual.

4.4 El autor se detiene particularmente en los deberes de protección en el *contrato de trabajo*, presentando primero las líneas básicas marcadas al respecto por la *Directiva europea* de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de las medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, para centrarse después en el *Derecho español*.

Refiriéndose a éste, Cabanillas analiza en primer lugar *el reconocimiento de la categoría del deber de protección del empresario*, cuyo carácter contractual no se pone en duda por nuestras doctrinas civil y laboralista; esta última destaca cómo el mismo constituye, al propio tiempo, un deber jurídico-público del empresario (y a veces también del propio trabajador) frente al Estado, que se cuida de imponer rigurosas obligaciones en materia de seguridad e higiene por cuya inobservancia el infractor ha de responder también frente a él. A continuación Cabanillas trata de delimitar el contenido y los límites de las prestaciones de seguridad desde la perspectiva del contrato de trabajo. Destaca después el carácter recíproco de la prestación de seguridad para ambas partes, para apuntar los efectos jurídicos que se deducen de ello (inspirados en el art. 1124 CC) y detenerse particularmente en el *ius resistentiae* del trabajador o derecho a no realizar la prestación de trabajo en condiciones de inseguridad o insalubridad.

Se pasa entonces a exponer la regulación del deber de protección del empresario, primero en la *Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo*, de 9 de marzo de 1971 –ya derogada en este punto–, luego en el Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) –Texto Refundido de 24 de marzo de 1995– y, finalmente, en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales de 8 de noviembre de 1995 (en adelante LPRL), de trasposición a nuestro Derecho de la Directiva europea de 12 de junio de 1989. En concreto, el ET –en sus arts. 4.1.d) y 19– consagra el deber de seguridad e higiene como un deber del empresario derivado del contrato de trabajo; Cabanillas se detiene particularmente en analizar los cinco apartados en que el artículo 19 ET desarrolla los derechos y deberes de las partes en esta materia.

Por lo que se refiere a la LPRL, tras resumir las razones por las que su promulgación fue necesaria, el autor examina el *deber general de protección frente a los riesgos laborales* regulado en el capítulo III de la citada Ley; así, citando abundante doctrina laboral, se examinan las siguientes cuestiones en relación con dicho deber: su configuración como obligación contractual, sin perjuicio de su dimensión jurídico-pública; las notas que lo caracterizan (su carácter genérico y abierto –art. 14.2 LPRL– mas no impreciso, pues su contenido se somete a los principios generales especificados en el art. 15 LPRL; su fungibilidad –no es una obligación que deba satisfacer personalmente el empresario–; su atribución principal –aunque no exclusivamente– al empresario; su permanencia a lo largo de toda la relación laboral); y el debate doctrinal acerca de si se trata de una obligación de medios o de resultado, defendiendo el propio autor esta última configuración. Por último, Cabanillas detalla las específicas *obligaciones en que se concreta el deber general de protección frente a los riesgos laborales* conforme a los artículos 16 y ss LPRL.

El autor cierra el estudio del deber de protección del empresario analizando *las consecuencias de su incumplimiento*. De un lado, mantiene que la consiguiente responsabilidad del empresario es de carácter contractual; de otro, el trabajador está facultado para optar entre resolver el contrato y exigir el cese del incumplimiento, a la vez que puede reclamar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios; además, ostenta el *ius resistentiae*, sobre el que el autor vuelve para presentar su regulación en la LPRL y el significado que le atribuye la doctrina laboral. Finalmente, Cabanillas se detiene de manera especial en el problema,

muy controvertido en doctrina y jurisprudencia, de la *configuración de la responsabilidad del empresario por los daños y perjuicios sufridos por el trabajador* a resultas del incumplimiento, por parte de aquél, de sus obligaciones de seguridad; el hecho de que se configure como contractual o como extracontractual determina, además, si la jurisdicción competente es la social o la civil. El autor expone con detenimiento las tres tesis existentes en este punto, sus argumentos y las objeciones que se les han opuesto, citando detalladamente autores y tribunales que mantienen cada una de ellas. Para la primera (asumida en diversas sentencias de la Sala 4.<sup>a</sup> del TS y algunas de las más recientes de la Sala 1.<sup>a</sup>, así como en algunas de los Tribunales Superiores de Justicia y defendida por un importante sector de la doctrina, especialmente laborista), la responsabilidad es contractual y la jurisdicción competente la social, de acuerdo con los artículos 9.5 LOPJ y 2 LPL. La mayoría de las sentencias de la Sala 1.<sup>a</sup> del TS (también algunas de Tribunales Superiores de Justicia), en cambio, sostienen que la responsabilidad es extracontractual y la competencia de la jurisdicción civil, competencia cuyos beneficios para los trabajadores en la práctica admiten los mismos autores que critican esta tesis. Para la tercera y última tesis, existe una concurrencia de responsabilidades, contractual y extracontractual; esto ha sido mantenido por la Sala 1.<sup>a</sup> del TS y por un sector de la doctrina, con el que Cabanillas expresa su acuerdo, y que destaca cómo siendo la jurisdicción laboral la competente para conocer de la responsabilidad contractual del empresario, ello no es óbice para reconocer la competencia de la jurisdicción civil para conocer de su responsabilidad aquiliana, derivada de no haber adoptado las necesarias medidas de prevención en orden a la seguridad e higiene de sus trabajadores, infringiendo así el deber general de no dañar a otro del artículo 1902 CC.

4.5 Para el autor, las mismas razones que determinan la existencia de deberes de protección en el contrato de trabajo, justifican su apreciación en el *contrato de servicios* sobre aquél que encarga el servicio, así como en los contratos de *obra, mandato, comisión y mediación*.

4.6 Por último, se refiere Cabanillas al deber de protección *del arrendador* respecto a la persona y los bienes del arrendatario, deber reconocido legalmente, y por cuya infracción surge una concurrencia de responsabilidades, contractual y extracontractual.

5. El capítulo IV y último se centra en el *incumplimiento de los deberes contractuales de protección*, analizado, una vez más, desde la perspectiva de Derecho comparado.

5.1 En cuanto al *Derecho alemán*, Cabanillas vuelve a referirse a la doctrina de las lesiones contractuales positivas tal y como la propuso Staub, las críticas de que ha sido objeto, y lo que actualmente se entiende por tal: a saber, cualquier impedimento del cumplimiento no encuadrable en los supuestos de imposibilidad, mora o garantía por vicios, que son los explícitamente reglados en el BGB. Para fundamentar la responsabilidad derivada de este tipo de lesiones se aduce la aplicación analógica de las disposiciones sobre imposibilidad y mora, de las que se extrae el principio general de que el deudor está obligado a reparar los daños que el acreedor sufra en su patrimonio u otros bienes jurídicos a resultas de una infracción de obligaciones imputable al deudor; Cabanillas expone los casos que se encuadran en las lesiones contractuales positivas, entre los que se sitúa precisamente la violación de deberes de protección, de ahí que pase a exponer las consecuencias que derivan de tales lesiones. Éstas son la indemnización de daños y perjuicios (sujeta al plazo de prescripción de treinta años del § 195 BGB), la pretensión de cumplimiento (de aceptación discutida por lo que se refiere a los deberes de protección) y la posibilidad de resolver la relación obligatoria si es duradera.

Por último, se refiere Cabanillas a la distribución de la carga de la prueba y a las distintas tesis que se mantienen en relación con los diversos casos de lesiones contractuales positivas: *a)* Para buena parte de la doctrina procede la aplicación analógica de las reglas previstas para los casos de imposibilidad de la prestación y mora (§§ 282 y 285 BGB), de donde resultaría que, probado por el acreedor el daño y la relación causal, y sin necesidad de probar la culpa del deudor, éste debería acreditar que el daño se debe a una circunstancia de la que él no ha de responder. *b)* Según el BGH, el acreedor debe probar que la causa del daño procede de la esfera de riesgo del deudor y, entonces, el deudor sólo se liberará si prueba que no ha de responder de la infracción contractual. *c)* Hay autores que distinguen según el carácter del deber de protección, de modo que sólo si es de resultado —no si es de actividad— estiman aplicable el § 282 BGB. *d)* Finalmente, hay quien entiende que el citado párrafo en ningún caso es aplicable a la infracción de los deberes de protección, sujetos a este respecto a las normas vigentes para la responsabilidad aquiliana, de forma que es el dañado quien debe probar los presupuestos de su pretensión y, entre ellos, la culpa del deudor.

5.2 En *Derecho italiano*, se acepta comúnmente que una de las consecuencias del incumplimiento de deberes de protección es la indemnización de daños y perjuicios, pero se discute si cabe pretender el cumplimiento en forma específica y remedios sinalagmáticos como la resolución y la excepción de incumplimiento. Tampoco es pacífico el tema de la carga de la prueba, discutiéndose, al igual que en Derecho alemán, si cabe o no la aplicación analógica de la regla contractual existente al respecto —y que exime al acreedor de probar la culpa del deudor— o la regla extracontractual.

5.3 En *Derecho francés*, observa Cabanillas que el incumplimiento de una obligación de seguridad da lugar a las consecuencias de la responsabilidad contractual, siendo el problema más grave a este respecto el de la calificación de estas obligaciones como de medios o de resultado, lo que repercute especialmente en el tema de la carga de la prueba.

5.4 Cabanillas se refiere en último lugar al *Derecho español*. Observa el autor cómo en él la indemnización de los daños derivados de la infracción de deberes de protección tiene perfecta acogida en la fórmula del artículo 1101 CC, rigiéndose por las normas de la responsabilidad contractual (con su régimen de prueba y plazo). A su juicio —y en contra de la opinión de algún autor—, su infracción legitima asimismo para poner en marcha remedios sinalagmáticos como la resolución (y cita varios preceptos que así lo disponen expresamente en relación con el contrato de trabajo o el arrendamiento) o la excepción de incumplimiento (el *ius resistitiae* del trabajador, amparado en nuestro ordenamiento, es una muestra de ello). También estima posible exigir el cumplimiento específico de la obligación de seguridad o ejercitar preventivamente una acción inhibitoria. En materia de prueba, señala que el acreedor debe acreditar el fundamento de su pretensión, esto es, la infracción del deber de protección, que, siendo —a su juicio— una obligación de resultado, comporta acreditar que el mismo no se ha obtenido al resultar dañado el acreedor o sus bienes; el deudor deberá entonces acreditar, como hecho extintivo de la pretensión creditoria, que la contravención se debe a caso fortuito o fuerza mayor conforme al artículo 1105 CC.

Concluye Cabanillas refiriéndose a la *conurrencia de responsabilidades contractual y extracontractual* como posible efecto —que él mismo y otros autores admiten— de la causación de daños por incumplimiento de un deber de protección. Expone las diversas tesis mantenidas al respecto por doctrina y jurisprudencia, comenzando por la *teoría de la no acumulación*; conforme a ella, un mismo hecho no puede generar ambos tipos de responsabilidad o, si lo hace, ha de preva-

lecer la contractual como régimen especial; si la víctima se equivoca ejercitando la acción que no debe, el tribunal la desestimaré y aquélla deberá iniciar un nuevo proceso ejercitando la otra acción; Cabanillas expone detalladamente los argumentos de Pantaleón, partidario de esta tesis –siempre y cuando el tribunal pueda variar si es preciso las normas invocadas por el demandante sin que ello se considere incongruente– y crítico de la teoría de la acumulación, especialmente si se afirma la posibilidad de opción.

En cuanto a la *teoría de la acumulación*, Cabanillas distingue entre la tesis de la concurrencia de pretensiones (o teoría de la opción) y la tesis del concurso de normas. Conforme a la primera (*conurrencia de pretensiones*), dominante en doctrina y jurisprudencia, el lesionado dispone de dos pretensiones distintas e independientes, y puede elegir entre hacer valer una u otra responsabilidad según su conveniencia; si el juez desestima la acción ejercitada, la víctima podrá hacer valer la otra en un nuevo proceso, sin que haya cosa juzgada. Frente a esto, la segunda tesis mantiene la existencia de un *concurso de normas* –contractuales y extracontractuales– fundamentadoras de una única pretensión –tendente al resarcimiento del daño–, por lo que la víctima puede limitarse a ofrecer al juez los hechos en que basa su pretensión resarcitoria, pues la calificación jurídica que haga de los mismos no vincula al juez, que es quien decide cuál es la normativa aplicable, pudiendo variar la invocada en su caso por el actor sin que ello comporte incongruencia; esta tesis, que es la defendida en Alemania, teniendo también insignes partidarios en la doctrina española, a los que se refiere Cabanillas, es la que el autor estima más idónea en el ámbito de los daños por incumplimiento de deberes de protección, dada la dificultad que a veces comporta la previa calificación de la responsabilidad en que ha incurrido el demandado.

El autor pasa después a examinar exhaustivamente la *doctrina jurisprudencial* en esta materia, deteniéndose también en los pareceres doctrinales expresados al respecto, y poniendo de relieve cómo cada una de las tesis que se acaban de exponer se sigue en diversas sentencias, que el profesor Cabanillas cita detalladamente. No obstante, aun habiendo fallos que siguen la teoría de la no acumulación, la opuesta es la dominante; el autor destaca cómo, dentro de esta última, son numerosísimas las sentencias que aceptan –a veces implícitamente– la concurrencia de pretensiones, pero últimamente se aprecia una clara tendencia favorable a la apreciación de un concurso de normas.

Ya en sus *consideraciones críticas* destaca Cabanillas que la cuestión de fondo en todo este tema radica en la forma de concebir la *causa petendi*, a cuyo respecto existen dos teorías: la tesis de la individualización, de un lado, mantiene que conforman la causa de pedir tanto los hechos en que se funda la acción como su fundamento jurídico, por lo que el juez no puede mutar este último so pena de incurrir en incongruencia; en cambio, para la tesis de la sustanciación sólo los hechos integran la causa de pedir, correspondiendo la determinación de la norma aplicable al juez, que puede variar la fundamentación jurídica de la demanda. El autor se expresa a favor de esta última teoría, destacando el favor doctrinal con que cuenta así como su seguimiento en la jurisprudencia más reciente, terminando con la exposición de las últimas sentencias del TS y de las Audiencias Provinciales en este sentido.

**COLÁS ESCANDÓN, Ana María: *La ratificación*, ed. Comares, Granada, 2000, 582 pp.**

1. La enorme trascendencia práctica de la figura de la ratificación por el representado de las actuaciones llevadas a cabo por el falso representante (que no ha sido autorizado como tal o que se ha extralimitado en el ejercicio de sus funciones), así como la notable ausencia de estudios doctrinales sobre dicha figura dentro de nuestro país hacen especialmente interesante y recomendable la lectura de esta monografía.

Si alguna vez se ha criticado a la investigación universitaria (y, por ende, a la producción bibliográfica que de ella resulta) un cierto alejamiento respecto de los problemas que se plantean en la práctica, tales críticas en modo alguno pueden formularse a la obra de Ana María Colás Escandón, que consigue involucrar al lector en la gran variedad de cuestiones pendientes en torno a la ratificación (o a la representación en general), que la autora va analizando concienzuda y rigurosamente a través de los siete capítulos que componen su libro.

2. La sistemática de esta monografía sorprende en un primer acercamiento por varias razones. Por un lado, la *Introducción* deja sentadas –y resueltas, según el criterio de la autora– ciertas cuestiones trascendentales sobre la representación, tales como la distinción entre la directa o indirecta o la calificación de esta última como verdadera y propia representación. De otro lado, se advierte igualmente que el concepto de ratificación no se ofrece hasta bien avanzada la obra (en concreto, en el capítulo cuarto), después de que hayan sido examinadas la evolución histórica y regulación actual sobre la ratificación (capítulo primero), su naturaleza jurídica y distinción de figuras afines (capítulo segundo) y la situación y posibles efectos del negocio jurídico sometido a ratificación (capítulo tercero). Todo ello se hace, como veremos, con un objetivo claro que la autora parecía vislumbrar desde el comienzo mismo de la Tesis doctoral que ha dado lugar a la publicación de esta monografía.

3. En efecto, se analiza en la *Introducción* el tema clásico de la diferenciación entre la representación directa (actuación del representante en nombre y por cuenta del representado) e indirecta (actuación del representante *propio nomine*, pero por cuenta o interés del representado).

Expone la autora en este punto las dos tesis que conviven dentro de nuestra doctrina sobre la naturaleza de la llamada representación indirecta. En opinión de algunos autores, ésta es verdadera representación en cuanto que de ella se derivan efectos directos para la persona del representado (en concreto, se le transmiten, sin necesidad de nuevo negocio con el representante, los derechos que dimanan de la actuación representativa, aunque no las obligaciones). Otras opiniones, por el contrario, sostienen que no se trata de una modalidad de representación, ya que tanto los derechos como las obligaciones que derivan del negocio realizado por el representante *propio nomine* recaen directamente sobre él, siendo necesario un posterior acto de transmisión para que tales derechos incidan sobre la esfera jurídica del representado.

Los argumentos manejados por el primer grupo de autores son varios.

Se aduce, en primer lugar, que la *contemplatio domini* no es un elemento esencial de la representación, como lo demuestra el tenor literal de los artículos 431 y 439 CC.

En segundo lugar, se argumenta asimismo que la adquisición por el representado de los derechos (no de las obligaciones) derivados del negocio representativo tiene que producirse de manera automática porque, de otro modo, el posterior acto traslativo entre representante y representado carecería de causa. En apoyo de



esta comunicación directa se alude igualmente a lo dispuesto en los artículos 908 y 909.4 CCO (que permiten separar el objeto del negocio representativo de la masa de la quiebra del representante) o a la posibilidad que tiene el representado –en el mismo supuesto de quiebra o en otros que pudieran plantearse– de ejercitar una acción reivindicatoria en su calidad de *dominus*.

La autora se decanta también por esta tesis (minoritaria dentro de la doctrina), concluyendo que la actuación del representante en su propio nombre produce una comunicación directa de los derechos derivados del negocio concluido por el *falsus procurator* al representado, aunque sea el representante el único que puede quedar obligacionalmente vinculado frente al tercero. Esto último viene exigido por el artículo 1257 CC, así como por el hecho de que, de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, no se puede obligar a una persona a tener como deudor a alguien distinto de aquél con quien se comprometió.

A los argumentos anteriormente expuestos (y a algunos otros manejados por este sector doctrinal) añade la autora uno propio, derivado del tenor literal del artículo 1717 CC. Señala este precepto que en el supuesto de que el representante actúe en su propio nombre, el mandatario es «*el obligado directamente*», de donde se infiere, a juicio de Colás Escandón, que la incomunicación de los efectos del negocio realizado por el representante a la persona del representado se limita exclusivamente al plano de las obligaciones.

Partiendo de la naturaleza representativa de la actuación del *procurator* en su propio nombre y por cuenta e interés del representado, la autora considera, entrando ya en el tema de la monografía, que la ratificación es predicable tanto de la representación directa como de la indirecta. Aun cuando el artículo 1259 CC parece referirla exclusivamente a la actuación en nombre del representado, la ratificación no sólo es posible sino que incluso resulta imprescindible, en el marco de la representación indirecta, para lograr la comunicación de los derechos derivados del negocio celebrado por un representante que no ha sido autorizado o que se ha extralimitado en el poder conferido, entendiendo también como extralimitación la actuación *propio nomine* cuando el representado no la hubiese autorizado.

Precisamente en la *Introducción* expone la autora la primera diferencia notable que presenta la ratificación según incida sobre un negocio realizado por un *falsus procurator* en su propio nombre o en nombre del representado. En el primer caso, la ratificación no opera como requisito de perfección del negocio representativo, porque éste ya es perfecto desde el momento en que concurren los consentimientos del representante (que actúa bajo reserva mental) y el tercero, auténticas partes negociales. En este supuesto concreto, cuando el *dominus negotii* ratifica la actuación del representante, su intervención queda, en realidad, limitada a hacer suyos los derechos derivados del negocio jurídico. Comunicación que no abarca, por las razones antes expuestas, al plano obligacional.

Si, por el contrario, nos referimos a una actuación negocial desenvuelta por un *falsus procurator* que utiliza el nombre del representado (y que actúa también por cuenta e interés de éste), la ratificación sí opera entonces como elemento imprescindible para la perfección del negocio jurídico, al que falta todavía el consentimiento de una de sus partes (a saber, el representado).

No terminan aquí las notas distintivas que la autora atribuye a la ratificación, cuando ésta tiene por objeto un negocio consumado por el «representante» en su propio nombre. A lo largo de los diversos capítulos de la obra, afloran muchos otros aspectos en los que divergen ambas modalidades de representación (representación directa o indirecta), lo que confirma nuevamente la oportunidad de clarificar esta distinción en las primeras páginas del libro. La ratificación incide sobre un negocio realizado por un representante sin poder (o que se ha extralimi-

tado en el poder conferido), tanto si éste ha actuado en su propio nombre como si lo ha hecho en nombre de la persona supuestamente representada (*contemplatio domini*).

4. Aunque no se dedica a la definición de la ratificación del negocio representativo, sí contiene el capítulo segundo (*Evolución histórica y regulación actual de la ratificación*) una aproximación –ya muy cercana– a esta figura cuando, después de ubicarla legalmente en los artículos 439 (en sede de posesión); 1259, párrafo 2.º (relativo a los contratos celebrados a nombre de otro); 1727, párrafo 2.º (en cuanto al mandato); 1892 y 1893 CC (en la normativa referente a la gestión de negocios ajenos) CC, se contemplan los aspectos que la diferencian de la llamada aprobación de la gestión.

A juicio de la autora, se trata de dos conceptos que comparten rasgos muy similares, ya que ambos constituyen declaraciones de voluntad referidas a la gestión llevada a cabo por una persona en interés del declarante, aunque ciertamente puedan encontrarse también ciertas diferencias entre ellas (v. gr., la ratificación produce efectos frente a los terceros que negociaron con el representante, vinculándolos con el ratificante; la aprobación, por el contrario, tiene una mera eficacia interna o *inter partes*, dando lugar a una depuración de responsabilidad, al reembolso de los gastos realizados por el «representante», etc).

Son estos aspectos en los que divergen la ratificación y la aprobación de la gestión los que han motivado la discusión sobre la ubicación de cada una de ellas en los preceptos antes mencionados del Código civil.

Colás tercia en esta discusión a favor de la tesis de que todos estos artículos se refieren indistintamente a cualquiera de estas dos nociones jurídicas. Para ello se apoya no sólo en un argumento de tipo literal, sino también en la interrelación existente entre la ratificación del negocio (que se proyecta *ad extra* en las relaciones con terceros) y la aprobación de la gestión (referida a la relación interna entre «representante» y representado). No se puede ratificar –argumenta la autora– el negocio celebrado por el «representante» y no aprobar, sin embargo, la gestión que el mismo ha desarrollado para su consecución y, viceversa, no se puede aprobar la gestión desempeñada por el pseudorepresentante, asumiendo los efectos de la misma y no el negocio por él celebrado.

5. El capítulo segundo aporta muchas notas sobre el concepto de ratificación al tratar sobre la distinción de esta figura respecto de otras afines. Siguiendo a la doctrina mayoritaria, la autora califica la ratificación como un negocio jurídico constituido por una declaración de voluntad unilateral y recepticia dirigida a producir unos efectos jurídicos (la asunción de la actuación llevada a cabo por el representante sin poder o con extralimitación respecto del mismo) que están reconocidos y protegidos por el ordenamiento. No obstante, frente a quienes equiparan la ratificación con un mandato *a posteriori*, la autora considera preferible atribuirle la naturaleza de un apoderamiento *a posteriori*, ya que en ambos casos el objeto negocial es la concesión a una persona de un poder de representación o legitimación para que celebre un acto o negocio que desea que le vincule.

Atendido este dato y frente a quienes estiman que ratificación y convalidación son la misma cosa, Colás Escandón afirma que la ratificación, a diferencia de la otra figura, no está llamada a incidir sobre negocios inválidos sino sobre negocios incompletos a los que les falta un requisito de perfección (el consentimiento del *dominus*).

Tampoco la ratificación puede ser confundida con la conversión del negocio nulo en otro apto para producir los mismos efectos jurídicos queridos por las partes, ya que lo único que pretende el representado al emitir su declaración de voluntad es completar el mismo negocio celebrado entre el «representante» y el

tercero. De otro lado, también puede anotarse como diferencia entre ambas que en la conversión intervienen las mismas partes del negocio nulo, mientras que en la ratificación aparece un sujeto nuevo (el ratificante). En definitiva, y todo ello según la opinión de la autora, la conversión incide sobre negocios viciados de invalidez y la ratificación sobre negocios todavía no perfeccionados.

Con la ratificación comparte la confirmación su naturaleza de negocio jurídico unilateral (y, a juicio de Colás, también recepticio), pero difiere de ella en otros aspectos básicos como su fundamento, forma, el objeto de actuación o su eficacia (la ratificación otorga efectos a un negocio que carecía de ellos mientras que la confirmación mantiene definitivamente los efectos que ya se habían producido).

En último término –sólo por citar algunas de las figuras afines que menciona Colás Escandón en este capítulo–, tampoco ha de confundirse la ratificación con la aceptación por el tercero del contrato realizado a su favor. Ni el tercero beneficiado se convierte, merced a la aceptación, en parte del negocio celebrado (como, al contrario, sí sucede con la ratificación), ni es desconocido para el sujeto que contrata con él (en la representación indirecta, por el contrario, la existencia misma del representado es desconocida por el tercero). En la representación indirecta el representado no puede dirigirse directamente frente al tercero que negoció con el representante indirecto, pero el beneficiario en el contrato a favor, sí puede reclamar de modo directo al promitente la ejecución de la prestación.

6. El capítulo tercero lleva por título *Situación y posibles efectos del negocio antes de la ratificación o, en su caso, de la revocación*. En él se examina la trascendental cuestión de la calificación que debe recibir el negocio jurídico realizado sin un previo poder de representación o con extralimitación por parte del representante en el ejercicio de los poderes conferidos. La cuestión tiene importancia en relación con el tema de la ratificación, ya que de ella dependerá la función que quepa atribuir a la declaración unilateral y recepticia efectuada por el representado con el fin de asumir los efectos jurídicos del negocio realizado por el *falsus procurator*.

Parte en el examen de este tema de lo dispuesto en el artículo 1259 CC, según el cual el contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal es nulo.

Aunque, como expondré a continuación, la conclusión final de la autora sobre la categoría de ineficacia a la que se encuentra sometido el negocio ratificable es antagónica a la idea de nulidad, en ningún momento descarta que esta solución sea incongruente con la naturaleza de la representación, sino, al contrario, perfectamente compatible con las tesis que mantienen que la voluntad verdaderamente relevante dentro del negocio representativo es la del representado. Dado que en esta situación de extralimitación o de ausencia de poder no concurre dicha voluntad, la conclusión obvia, según este sector doctrinal, es que el negocio será nulo por carecer de uno de los elementos esenciales a los que se refiere el artículo 1261 CC.

Dentro de la doctrina española y extranjera pueden encontrarse varias tesis sobre la relevancia del consentimiento dentro del negocio representativo. De un lado, están quienes opinan que la voluntad relevante es la del representado. En el extremo contrario hay autores que consideran que sólo es relevante en el negocio representativo la voluntad del representante («teorías de la representación»). Las tesis intermedias sostienen que ambas voluntades (la del representante y la del representado) «cooperan» en la celebración del negocio representativo.

La anterior discusión tiene una incidencia fundamental en el tema de la sanción que recae sobre los actos realizados sin poder o con extralimitación. Así, los

autores que estiman que la voluntad del representado es esencial suelen decantarse por la invalidez del negocio representativo (en sus modalidades de inexistencia negocial, nulidad absoluta o relativa y anulabilidad). Por el contrario, el sector doctrinal partidario de la relevancia de la voluntad del representante consideran que el negocio sujeto a ratificación ha sido válidamente celebrado y se decantan, por ello, por sostener su mera ineficacia (tesis del negocio inoponible al representado, tesis del negocio sometido a condición suspensiva). Las tesis eclécticas que defienden que ambas voluntades (la del representante y la del representado) son igualmente relevantes, se muestran proclives a afirmar que el negocio en espera de ratificación no se encuentra aún perfeccionado y que, por tanto, no produce efectos. Para estos autores (dentro de la doctrina española, Rivero Hernández, Badenas Carpio y Díez-Picazo) el negocio concluido por el falso representante es un negocio en vías de formación (*in itinere*). Antes de que sobrevenga la ratificación, no puede decirse que el negocio sea nulo o ineficaz, sino que se trata de un negocio que se encuentra en proceso de formación, al carecer aún de la voluntad del representado, que, junto con la del representante, es esencial para el perfeccionamiento del mismo. La autora se muestra partidaria de las tesis intermedias tanto en lo que se refiere a la relevancia de las voluntades del representante y del representado para la perfección del negocio jurídico representativo, como en lo que respecta a la calificación de éste como negocio imperfecto, incompleto o inacabado hasta que no concorra la voluntad del representado a través de la ratificación. Ahora bien, Colás considera que esta naturaleza (negocio en vías de formación cuya perfección depende de otro negocio de carácter accesorio como es la ratificación) sólo es predicable del negocio ratificable en el que el *falsus procurator* actúa en nombre del representado. Cuando actúa en nombre propio hay que entender que el negocio es perfecto, al haberse presentado el pseudorepresentante frente al tercero como verdadera parte contratante. A juicio de la autora, el «representante» ha otorgado su consentimiento bajo reserva mental, la cual, en nuestro ordenamiento, no impide la perfección del negocio celebrado.

7. El concepto de ratificación, su fundamento, clases y caracteres constituyen el objeto del capítulo cuarto de la obra.

Después de toda la exposición anterior, de la que cabe inferir muchas de las notas que la autora atribuye a la ratificación, se define ésta como una declaración unilateral de voluntad, de carácter recepticio, dirigida al falso representante y al tercero, consistente en un negocio jurídico de naturaleza idéntica al apoderamiento con la única peculiaridad de ser otorgado a posteriori. En virtud de ella un sujeto (el pseudorepresentado) declara, expresa o tácitamente, querer para sí el negocio (representativo) celebrado por dicho falso representante (sin poder, o con extralimitación respecto del poder que le había sido previamente conferido), haciendo devenir ese negocio representativo plenamente válido y eficaz, con carácter retroactivo.

La ratificación puede clasificarse en diversos tipos o categorías, teniendo en cuenta el origen (ratificación forzosa o legal y ratificación voluntaria), la forma (ratificación expresa o tácita) o la previa existencia o no de *contemplatio domini* en la actuación objeto de la ratificación (ratificación propia o impropia). Todas ellas son categorías aceptadas y explicadas por la autora, excepto la distinción entre ratificación propia e impropia (correlativa a la de representación directa e indirecta), que no comparte en coherencia con su tesis de que la representación indirecta es también verdadera y propia representación.

Como caracteres de la ratificación se apunta en este capítulo el dato de que se trata de una declaración de voluntad unilateral y recepticia, siendo discutido dentro de la doctrina si el destinatario de tal declaración debe ser el «representan-

te», el tercero que contrató con él o ambos (tesis, esta última, que mantiene la autora).

8. La caracterización de la figura de la ratificación queda completada en el capítulo que dedica a sus requisitos subjetivos y objetivos (capítulo quinto).

En cuanto a los primeros, se examinan separadamente las personas del representado (*dominus negotii*) y del representante, en perfecta armonía con la tesis de que ambas voluntades poseen igual relevancia en la perfección del negocio jurídico representativo.

La legitimación para otorgar la ratificación corresponde, eso sí, al *dominus negotii*, que puede otorgar la declaración de voluntad por sí o por medio de representante legal o voluntario. En este último caso se produce, a juicio de la autora, un peculiar supuesto de sustitución en la representación, en el que el representante inicial, en lugar de nombrar un sustituto con carácter previo a la realización del acto, lo nombra *a posteriori*, recayendo dicho nombramiento en la persona que ha llevado ya a cabo un acto del tipo del que él debía realizar en ejecución de la representación que le había sido conferida.

La capacidad exigida al *dominus negotii* para llevar a cabo la ratificación, es, según la doctrina mayoritaria, la misma que se requiere legalmente para llevar a cabo el negocio representativo. La autora es también partidaria de esta concepción, al entender que los efectos de dicho negocio recaen sobre la esfera jurídica del representado. Además, admitir la tesis contraria podría dar lugar a situaciones fraudulentas, en el sentido de que quien no poseyera la capacidad necesaria para llevar a cabo un determinado negocio, nombrase a un representante voluntario, recibiendo así los efectos del negocio que no le estaba permitido realizar.

El representando ha de poseer la capacidad necesaria para celebrar el negocio representativo. Si se trata de un apoderamiento, tal capacidad ha de estar presente cuando se otorgue el poder, así como cuando éste se ejerza por el representante. En cambio, si se trata de una ratificación, es suficiente con que se posea esta capacidad en el momento de emitirse la declaración de voluntad. A juicio de la autora, no es pertinente exigir al *dominus negotii* la posesión de la capacidad necesaria en el momento en que se lleva a cabo el negocio representativo, porque hasta su declaración ratificadora no se perfecciona y, por tanto, no produce efectos frente a él.

Junto a esto, y dado que Colás estima que ambas voluntades —la del «representante» y la del representado— son relevantes en el negocio representativo (en cuanto que ambas contribuyen a la conformación del contenido contractual) concluye que el representante también ha de poseer capacidad. Por ello, si bien no se le puede exigir la necesaria para celebrar el negocio de que se trate —ya que él no deviene parte—, sí ha de poseer al menos la que se requiera para prestar manifestaciones de voluntad válidas (art. 1263 CC). De esta forma, el negocio celebrado por un «representante» que sea incapaz será anulable, y ello tanto si actuó en nombre del representado como si lo hizo *propio nomine* (con mayor razón será anulable en este último caso, ya que, según la tesis de la autora, el representante indirecto asume las obligaciones que derivan del negocio representativo).

Del mismo modo será anulable el negocio representativo celebrado con vicios en el consentimiento, que puedan afectar al representante, al representado (cuando apodere o ratifique) o al tercero.

Dentro de los requisitos objetivos se incluyen aspectos tan variados como el ámbito objetivo de la ratificación, su objeto, el tiempo en que ha de efectuarse o la forma que se requiere.

Dada la naturaleza que la autora atribuye a la ratificación (apoderamiento *a posteriori*), se afirma que su ámbito objetivo incluirá necesariamente la realiza-

ción de aquellos negocios que sean susceptibles de apoderamiento. A saber, los actos patrimoniales *inter vivos*, pero no los negocios unilaterales no recepticios.

El objeto de la ratificación ha de ser el acto o negocio celebrado por el falso representante. En este sentido, la ratificación ha de ser total, pura y simple, sin introducir nuevos elementos, ya que en caso contrario el tercero tendría derecho a considerar la ratificación como una nueva oferta.

En cuanto al tiempo en que ha de llevarse a cabo la ratificación, el artículo 1259 CC se limita a señalar que ha de efectuarse antes de que el tercero que contrató con el «representante» revoque su consentimiento. A juicio de Colás, es perfectamente posible que el falso representante y el tercero fijen un plazo dentro del cual haya de producirse la ratificación. Pero, aun cuando no se hubiese fijado, el principio de buena fe que preside nuestro ordenamiento exigiría en cualquier caso que la ratificación se emitiera por el representado en tiempo prudencial. En último término, si éste hubiera sido requerido (por el tercero o por el «representante») para otorgar la ratificación, el silencio sólo podrá considerarse como positivo cuando entre las partes hubieran existido previamente relaciones del mismo tipo que el negocio representativo realizado, y en ellas la pasividad hubiera sido equiparada al consentimiento.

Respecto de la forma de la ratificación, también adopta la autora una postura coherente con la naturaleza jurídica que le atribuye, lo cual le lleva a concluir que aquélla ha de reunir los requisitos de forma del apoderamiento. Siguiendo a la doctrina mayoritaria, considera que ha de regir para el apoderamiento —y en consecuencia, para la ratificación— el mismo principio general que para el resto de negocios jurídicos, esto es, la libertad de forma salvo cuando la Ley disponga para un supuesto concreto lo contrario (*vid.* en relación con el poder lo dispuesto en el art. 1280.5 CC). En este último caso, el incumplimiento de los requisitos formales tendrá como consecuencia que el negocio representativo sea ineficaz.

9. El artículo 1259, párrafo 2.º *in fine* CC dispone que el contrato celebrado por el falso representante puede ser ratificado antes de ser revocado por la otra parte contratante.

Este precepto concede al tercero una facultad de revocación, con la clara finalidad de protegerle frente a la circunstancia de que la persona que negoció con él (falso representante) carecía de poderes suficientes para hacerlo.

Para Colás Escandón ésta es la *ratio legis* de la norma, motivo por el cual la autora excluye de la protección que deriva de la revocación al tercero que conocía la ausencia de legitimación del representante. En estos casos, el tercero queda plenamente vinculado al consentimiento que inicialmente prestó, lo cual obviamente no debe ser interpretado como una vinculación contractual (dado que se trata de un negocio en formación), sino como la imposibilidad que aquél tiene de impugnar el negocio representativo durante el tiempo que media hasta la ratificación o su denegación.

Si la ratificación tiene lugar, surgirán entre las partes (representado y tercero) las obligaciones propias del negocio jurídico de que se trate. Por el contrario, si el representado deniega la ratificación, el tercero tendrá derecho a dirigirse contra el representante para reclamarle el resarcimiento de los daños y perjuicios causados.

De lo dispuesto en el artículo 1259 CC se infiere que la revocación sólo puede realizarse en tanto el representado no ratifique el negocio representativo. Ahora bien, pese al tenor literal de este precepto, la autora considera que la revocación sí será posible, a pesar de que haber mediado la declaración ratificadora, cuando el tercero no haya tenido conocimiento de ella, ya que la ratificación, al igual que la revocación, es también una declaración de carácter recepticio.

10. El capítulo séptimo está dedicado al tema de los efectos de la ratificación y su ausencia.

La consecuencia principal que dimana del otorgamiento de la ratificación es la plena adquisición por el *dominus* de los efectos derivados del negocio representativo y, en consecuencia, la liberación de toda responsabilidad del pseudorepresentante frente al tercero que con él negoció. Ello, no obstante, con la excepción de los supuestos de actuación representativa de carácter indirecto en los que el falso representante, pese a la ratificación, va a seguir vinculado frente al tercero en lo que respecta a las obligaciones (no a los derechos) derivados del negocio representativo.

A diferencia de los ordenamientos alemán e italiano, nuestro ordenamiento no contiene ningún pronunciamiento sobre el carácter retroactivo de la ratificación. A pesar de ello, la doctrina y jurisprudencia en nuestro país han reconocido este efecto unánimemente, de tal forma que, según este planteamiento, una vez que ha mediado la ratificación el negocio representativo despliega sus efectos *ex tunc*, esto es, desde el momento en que el *falsus procurator* y el tercero manifestaron sus consentimientos. La autora se suma también a esta tesis, ya que resulta coherente con su propia concepción sobre el negocio ratificable (negocio imperfecto que requiere del consentimiento del representado para producir efectos). Al ratificar, el *dominus* declara querer para sí los efectos del negocio o, en otras palabras, desea hacer suya la declaración emitida ya, para él, por el *falsus procurator*. Por lo tanto, el momento al que se debe atender para fijar el comienzo de los efectos del negocio ha de ser aquél en el que se otorgó la declaración que el representado pretende asumir.

La autora observa una total falta de atención por parte de la doctrina respecto del tema de los efectos concretos que produce la retroacción. Valoración que no considera extensible a la Jurisprudencia, seleccionada por ella en este último capítulo, que ha insistido frecuentemente en que los efectos retroactivos del negocio jurídico bilateral ratificado han de entenderse sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos en el *interin* por los terceros que traen causa de actuaciones celebradas, antes de la ratificación, bien por el pseudorepresentado, bien por el tercero que prestó su consentimiento al *falsus procurator*. Para ello el tercero ha de ser de buena fe, entendida ésta como la ausencia de conocimiento de la existencia de un previo negocio pseudorepresentativo en situación de incertidumbre en tanto no recaiga la ratificación. La solución acordada resulta, en opinión de Colás Escandón, de los principios hipotecarios de nuestro ordenamiento, así como del principio general de protección del tercero de buena fe.

El último tema que se analiza es el de las responsabilidades que se originan entre los distintos sujetos que intervienen en el negocio representativo (o frente a terceros que puedan haber adquirido algún derecho con anterioridad a la ratificación), tanto en los supuestos en los que ésta tiene lugar como en aquellos otros en los que la declaración ratificadora no llega a concurrir.

11. A modo de conclusión no queda sino reiterar nuevamente las observaciones con las que comencé la recensión. La obra constituye una verdadera aportación al tema de la representación, en cuanto viene a cubrir el vacío doctrinal hasta ahora existente en torno a la figura de la ratificación. Todo ello, además, con una profusión de citas del Derecho comparado (especialmente del ordenamiento italiano) y de la doctrina y Jurisprudencia española, que la convierten en una obra sólida y de enriquecedora lectura.

**DOMINGO, Rafael: *Auctoritas*, ed. Ariel, Barcelona, 1999, 156 pp.**

En la introducción, el autor anuncia su obra como una «versión absolutamente rehecha» de otra sobre el mismo tema escrita en 1987 (*Teoría sobre la «auctoritas»*) y que supuso un «primer acercamiento a este fecundo binomio autoridad/potestad, que hunde sus raíces en nuestra más genuina tradición europea». Divide el autor su libro en tres capítulos, aparte la introducción y los índices finales: 1.º: «*Auctoritas* en la experiencia romana»; 2.º: «Teoría orsiana de la *auctoritas*»; 3.º: «Una reflexión constitucional a la luz de la teoría de la *auctoritas*». De esta partición se revelan con claridad los fines perseguidos. Así, en el primer capítulo se indaga el origen del concepto enmarcándolo en el pensamiento y cultura de Roma. En el segundo se propone el análisis de la teoría del ilustre romanista español —maestro del autor— Álvaro d'Ors, con la que el autor se halla en completa sintonía. En el tercero, sirviéndose precisamente del apoyo que le proporciona la teoría antes citada, el autor ensaya un estudio crítico de ciertas instituciones básicas del orden constitucional español extrayendo consecuencias de relieve. Domingo intenta, pues, con esta publicación —dejando a un lado el sano y encomiable deseo de cualquier discípulo de dar a conocer la doctrina de su maestro— demostrar la utilidad de la citada teoría orsiana con respecto a la debatida cuestión del control del poder y de los mecanismos constitucionales apropiados para esta función.

Entre las novedades que presenta Domingo en este libro, una ha sido la de retomar un tema ya tratado por él como es la teoría orsiana sobre la *auctoritas*, pero incorporando las últimas contribuciones que desde aquella publicación D'Ors ha aportado luego a través de diversos escritos que perfilan y perfeccionan su tesis inicial. La preocupación de Domingo a este respecto ha sido descubrir al lector el contenido del pensamiento orsiano más que recorrer el trabajo *iter* que ha llevado a su maestro a la completa formulación de su teoría. Por eso ha optado, según sus propias palabras, por una exposición sincrónica de su doctrina. Otra novedad es, sin duda, la de poner en contacto la teoría orsiana con el derecho constitucional moderno, proponiendo desde ella cauces de solución para el problema que antes citábamos. Aquí son los propios trabajos últimos del autor e incluso artículos aparecidos en prensa los que han prefigurado un interés específico orientándolo a la aplicación de la teoría orsiana a este nuevo campo.

El estilo del libro es claro y la redacción pulcra. Se lee con facilidad y con agrado. El autor gusta de ilustrar sus ideas con abundantes y sugestivos ejemplos (a menudo provenientes del mundo universitario) y anécdotas divertidas o curiosas. Hubiera sido quizás deseable en este sentido que el autor hubiera traducido todas y cada una de las frases extraídas de la literatura latina que trae a colación en el capítulo primero. Es costumbre no hacerlo entre romanistas, pero como se desprende de lo dicho, resulta evidente el deseo del autor de dirigir la obra a un público amplio que desborda incluso el de juristas. Otro factor que aporta amenidad y fuerza didáctica a la exposición son los ingeniosos dísticos o aforismos del propio D'Ors, que conectan con la más pura tradición iusromanística que tanta fama dio no sólo a la jurisprudencia romana sino particularmente a los juristas medievales artífices del *ius commune* europeo. Uno de ellos por cierto —el principal— hace las veces de pórtico de pensamiento orsiano (Domingo lo coloca al comienzo de su introducción): «pregunta el que puede: responde el que sabe».

Entre los juristas son quizás los constitucionalistas quienes puedan sentirse más interesados por ella. El autor no oculta a este respecto sus preferencias doctrinales. Así, en su exposición resultan destacadas, aunque no exclusivamente, dos ilustres figuras del derecho constitucional, el alemán Carl Schmitt y el espa-



ñol García Pelayo, que parecen saludar al romanista al ingreso de éste en sus lares. En efecto, Domingo ve en el pensamiento de estos dos autores una cierta convergencia doctrinal con la teoría orsiana, lo que le permite sentar unas bases mínimas (de autoridad) con las que aplicar al ajeno terreno del derecho constitucional una teoría surgida de la mente de un romanista con material romano. Esto me lleva a una reflexión ulterior que constituye una especie de *leit motiv* de la escuela que preside mi maestro Antonio Fernández de Buján: que el estudio del Derecho romano y en general de la «experiencia romana» (como la llama Domingo) no sólo sirve para la reconstrucción del moderno derecho privado –verdad conocida e irrefutable– sino también para integrar con ideas y doctrinas romanas clásicas el Derecho público, verdad ésta a su vez que no por menos conocida puede cabalmente ponerse en entredicho.

La teoría de D'Ors se resume fácilmente en dos frases: autoridad es «el saber socialmente reconocido»; potestad es «el poder socialmente reconocido». La sencillez de su formulación puede a alguno hacerle creer erróneamente que se trata de algo consabido o trillado, o de una inocua distinción resultado de un mero ejercicio teórico academicista sin repercusiones de profundo calado. No es así como el autor se esfuerza en demostrar. Veamos pues sucintamente el desarrollo de estas ideas.

En cuanto al primer capítulo, me parece oportuna la imagen tomada de Nocera que asemejaba el concepto de *auctoritas* al de una planta nacida en tierra romana y por tanto dependiente en su desarrollo del *humus* que le dio origen. Y es que a menudo se olvida que el mundo clásico, griego y romano, resulta tan cercano a nosotros que no podemos prescindir de él salvo que renunciemos a conocernos a nosotros mismos. En el caso presente, se trata además de una idea genuinamente romana o, para ser más exactos, no romana estrictamente hablando, sino etrusca, como atestigua la antiquísima distinción entre *auguratio* y *auspicatio*, germen de la de autoridad y potestad respectivamente; al igual que posteriormente ha sucedido con respecto a esta última distinción, ya se observa en la experiencia romana una progresiva confusión de ambas funciones en favor de la última. Así pues, una constante histórica que se reconoce es la de la tendencia de la potestad por absorber la autoridad.

La civilización romana nos ofrece dos ejemplos paradigmáticos –de excepcional relevancia en sus respectivos ámbitos– de autoridad sin potestad, a saber, por un lado, en el ámbito político, el Senado romano; por otro, en el ámbito jurídico, la doctrina científica o jurisprudencia. El primero dirigiendo efectivamente los designios de la República. La segunda configurándose, a veces en la sombra, como la más importante fuente del derecho, lo que explica el alto grado de racionalidad del Derecho romano que le ha hecho clásico. Quizás tan interesante como el conocimiento de estos dos ejemplos es el del fenómeno de su respectiva degradación al igual que sucedió con la función augural. Particularmente sugestivo es el relativo a los juristas en época de Augusto, desde que este príncipe decide cubrir la doctrina de determinados prudentes con el velo de una supuesta autoridad procedente de su persona (se trata del *ius respondendi ex auctoritate principis* o derecho a emitir dictámenes emanado de la autoridad del príncipe). El autor verá más adelante (p. 133) un curioso paralelismo entre la figura de Augusto y el Tribunal Constitucional español. Será también Augusto el que definitivamente inicie una actividad de alteración de las funciones senatoriales, provocando de nuevo una confusión entre autoridad y potestad con respecto a este órgano.

Otros ejemplos de autoridad que el autor comenta son, en primer lugar, el del tutor a través de su célebre «*auctoritatis* –no *auctoritas* como en algunos libros se lee a veces– *interpositio*»; en segundo lugar el del *mancipio dans*, precedente del

saneamiento por evicción de la compraventa; en tercer lugar, el de la *auctoritas* del padre. A través del primer y tercer ejemplo se comprueba que tanto el tutor como el *pater familias* realizaron en ocasiones funciones de potestad el primero, y de autoridad el segundo. Otro ejemplo del que el autor se ocupa es el de los jueces en Roma en el procedimiento clásico, cuya función tiene una naturaleza arbitral, ya que es realizada por ciudadanos legos en derecho. Aquí la explicación de la autoridad del juez es más difícil (en cambio resulta más coherente con respecto a los testigos puesto que se reclama de éstos la declaración de un saber específico no jurídico). El autor intenta dar explicación a este problema con diferentes argumentos. Al tratarse de juez o jueces designados por los propios litigantes le parece más convincente el de la imparcialidad que les otorga cierta autoridad. A mi juicio la explicación debe completarse con el hecho de que la función judicial tiene que ver con que la cuestión que queda en manos de los jueces es de naturaleza fáctica (sin que pretenda yo decir que exista una frontera clara y nítida entre esta cuestión y la propiamente jurídica). De hecho, el autor se refiere a esto en el tercer capítulo, precisamente a propósito del jurado, citando la autoridad del jurista de Celso (p. 127).

El capítulo primero termina con una breve referencia al desarrollo posterior del concepto de *auctoritas* (con especial atención al lenguaje de la Iglesia) y con una conclusión final en la que expone la fundamental diferencia entre la definición orsiana de *auctoritas* y la de otros romanistas ilustres que se han ocupado del tema: lo que no acepta D'Ors es que se pueda identificar a la *auctoritas* con una suerte de poder (p. 50).

En el capítulo segundo, el autor expone la teoría orsiana a propósito de los dos conceptos. Inspira la distinción la idea de las dos potencias del alma, inteligencia y voluntad, la primera asimilándola a la autoridad y la segunda a la potestad. Ante el lector se abre un entramado preciso de términos a los que D'Ors ha ido dotando de una minuciosa significación en un orden o cosmos conceptual novedoso al servicio de su teoría. Así, el término «saber», en que consiste la autoridad, es el escogido por D'Ors para dar amplitud máxima al concepto, postergando otras voces como «conocimiento» o «sabiduría». «Poder» no coincide exactamente con «fuerza»: «sólo la fuerza que se impone como gobierno para organizar una comunidad es, para D'Ors, poder» (p. 61). Distingue a uno de otro la nota de la delegabilidad que se halla presente en el poder y no en la fuerza. Tras ambos conceptos se halla el del reconocimiento social de uno y de otro. Se trata de un «dato de hecho» cuya determinación cuantitativa no es fácil y que, sobre todo respecto de la potestad, plantea el problema de la identificación jurídica de su origen (pp. 64-65). El reconocimiento de la potestad no puede constituir el origen de ésta sino la condición de su «legitimidad de ejercicio». Para D'Ors, potestad «es un poder derivado de Dios, pero que requiere el reconocimiento de la sociedad» (p. 66). D'Ors distingue entre «reconocimiento» y «aceptación»: «se reconocen a las personas; se aceptan los actos» (entre los múltiples ejemplos propone éste: el de «un opositor que puede reconocer la potestad del ministro, pero no aceptar el contenido de una orden ministerial sobre el acceso a cátedras») (pp. 68-69). Según el origen de la causa el reconocimiento social puede ser «oficial» y «no oficial»: el primero consiste en el reconocimiento que procede del poder constituido que organiza efectivamente la sociedad, mientras que el segundo tiene su origen en la sociedad, o en un grupo social, que carece de potestad (p. 70). En cuanto a la causa del reconocimiento, el reconocimiento de la autoridad se clasifica en «funcional» o «personal»; el de la potestad, que es siempre funcional, puede ser público o no público.

En el capítulo segundo continúa el autor desarrollando la teoría orsiana aplicándola al concepto de órgano. Frente a una multiforme clasificación de las funciones del órgano, d'Ors propone su sustitución por la de «órganos de autoridad» y «órganos de potestad».

En cuanto al poder, su naturaleza es personal, al igual que el saber, lo que se traduce en su indivisibilidad (*nullum imperium nisi unum*, Cic., *De Republica* 1.38.60). Esa indivisibilidad es compatible con su delegabilidad (p. 78). La autoridad, sin embargo, nunca es delegada ni delegable (p. 80). Respecto de la potestad cabe la representación; respecto de la autoridad sólo la sustitución (*vid.* el ejemplo de p. 82: un docente que ocupa la cátedra de un profesor universitario ausente lo sustituye porque actúa «en lugar de» pero no lo representa porque no actúa «en nombre de» él).

Otros dos rasgos que caracterizan la *autoritas* son su «no territorialidad» y su «intemporalidad».

A continuación, el autor explica el sugestivo simbolismo de la mano y los dedos para pasar luego a depurar el término autoridad distinguiéndolo de otros similares con los que sin embargo no puede identificarse plenamente: así el «prestigio», la «fama», la «reputación», la «competencia», el «honor y la honra» o la «dignidad» (pp. 86 y ss.). Finalmente, el último apartado, dedicado a las relaciones entre la autoridad y la potestad, describe, por un lado, las posibles interferencias o adherencias que en situaciones concretas un concepto puede tener del otro (así, por ejemplo, la función de corrección de exámenes es –según D'Ors– una adherencia extraña a la labor docente de autoridad del profesor universitario), pasando acto seguido a enunciar los postulados que constituirán el fundamento de la teoría política orsiana: la autoridad como límite de la potestad (pp. 93 y ss.) y la renuncia al poder (pp. 102 y ss.). La primera idea constituye según D'Ors «la clave de la recta filosofía política» (p. 98). Respecto de la segunda, la propuesta del arbitraje como fórmula de solución de conflictos no hace sino recordar viejas costumbres de los pueblos antiguos (y es que el origen cierto de esta institución hoy a menudo se olvida).

Resulta instructiva la explicación del aforismo orsiano «pregunta el que puede: responde el que sabe» al que antes aludíamos (pp. 98 y ss.).

De esta manera se abre paso el capítulo tercero (pp. 107 y ss.), que se titula «Una reflexión constitucional a la luz de la teoría de la *autoritas*», en el que el autor propone «que la *autoritas* romana debe erigirse en elemento integrante de cualquier teoría sobre el control del poder». El autor muestra bien su extrañeza al comprobar que el binomio de autoridad y potestad, de tanta hondura en la civilización romana, no haya sido captado por pensadores de la ciencia política, que sin embargo tuvieron muy en cuenta la experiencia romana. Este es el caso de Montesquieu, por ejemplo. A juicio del autor, el concepto de soberanía, por primera vez enunciado por Bodin en el siglo XVI y sustitutivo del de *maiestas* (genuinamente romano, expresivo de la superioridad del pueblo romano frente a los demás pueblos; *cf.* pp. 23 y ss.), bloqueó a su vez la entrada del concepto de *autoritas*. Se buscó entonces freno a los abusos del poder absoluto a través de la previsión de mecanismos de control del poder. Locke y Montesquieu idearon y desarrollaron la teoría de la división de poderes que es, no obstante, objeto de crítica por parte del autor, uniéndose a un sector de la doctrina moderna. Así, uno tras otro, cada elemento del engranaje constitucional va siendo objeto de análisis por parte del autor:

– El poder judicial no debería ser –a su juicio– denominado «poder» ni estructurado como tal (pp. 115 y ss.).

- El Consejo General del Poder Judicial, aun dependiente del poder ejecutivo, debería tener plena autonomía funcional (p. 123).
- El Ministerio Fiscal no debería tener cabida en el poder judicial, siendo este adjetivo absolutamente impropio para expresar la función que realiza este órgano (que en su diseño como poder parece mejor antes adscribirlo al ejecutivo).
- El jurado no se justifica en el principio de emanación popular de la justicia.
- El Tribunal Constitucional –aun reconociendo el autor su ingente y difícil tarea– no es en verdad un órgano de pura autoridad, aunque debería serlo, sino más bien de naturaleza híbrida, ocultando tras la actividad judicial una vigorosa potestad con alto riesgo de politización.
- Como órgano de autoridad sí se configura, como debe, el Consejo de Estado.
- Finalmente, el Rey es una institución de prestigio. No es de potestad pero tampoco exactamente de autoridad.

El autor dedica un breve y último apartado a resumir sus conclusiones (pp. 137 y ss.).

Como se ve, se trata de observaciones audaces realizadas desde la confianza del respaldo de una sólida teoría. Naturalmente la nitidez del modelo propuesto, asentado a su vez –como hemos visto– sobre bases iusnaturalistas, plantea en la práctica diversas cuestiones, como por ejemplo, qué grado de realidad puede alcanzar un órgano de pura autoridad; o en segundo lugar, conexas con la anterior, cómo determinar objetivamente quién sabe más. La historia del derecho ofrece ejemplos de juristas de supuesta mayor autoridad pero de menor calidad que otros menos conocidos. Así, en Roma, superiores al célebre Ulpiano lo fueron por ejemplo dos juristas anteriores a él, Labeón y Juliano. O en la Edad Media, Acursio no fue mejor que Azón. Sin embargo Ulpiano acabó siendo el jurista favorito de los compiladores bizantinos (y aún hoy, al oído de un hombre culto no experto en Derecho romano, su nombre suena más); y Acursio obtuvo su consagración como primera figura a través de su universal *Glossa ordinaria*, que en conjunto resulta menos innovadora que la obra de Azón.

En resumen, el lector hará bien en prestar debida atención a este libro, enjuiciando críticamente la idea que tenía de la distinción entre autoridad y potestad antes de su lectura (francamente desvirtuada por cierto en la moderna expresión de «autoridad pública»).

Juan Manuel BLANCH NOUGUÉS  
Catedrático de Derecho romano  
Universidad de San Pablo-CEU  
(Madrid)

**ECHEVERRÍA SUMMERS, Francisco M.: *El estatuto de la propiedad horizontal. Análisis del ámbito de actuación de los particulares en la propiedad horizontal a través de la figura del estatuto*, ed. Comares, Granada, 2000, 665 pp.**

Abordar el análisis de la problemática que plantea la propiedad horizontal es adentrarse en el estudio de una institución jurídica que afecta al 80 por 100 de los habitantes de este país, en la medida en que tal es el porcentaje de españoles que viven en este peculiar régimen de propiedad. Con ello quiero llamar la atención

de la importancia de un estudio serio que afronte los numerosos problemas que plantea la propiedad horizontal.

Francisco Echeverría en la obra que ahora nos presenta: «El Estatuto de la propiedad horizontal. Análisis del ámbito de actuación de los particulares en la propiedad horizontal a través de la figura del Estatuto» aborda, pese a que el título parece indicar otra cosa, de forma prácticamente global todos y cada uno de los principales problemas que plantea la propiedad horizontal.

Como decía, el título del libro quizá pueda resultar engañoso, pues si bien éste gira en torno al estudio del estatuto de la propiedad horizontal, cuando se afronta su lectura se descubre que constituye un completo, riguroso y actualizado estudio de la práctica totalidad de los problemas que hoy en día presenta esta institución jurídica, que, en mi opinión, no había sido analizada con el rigor que merece una institución de gran calibre, vacío doctrinal que la obra de Francisco Echeverría viene a cubrir notablemente.

El autor centra su estudio en el principal instrumento de manifestación que tiene la autonomía de la voluntad en las comunidades de propietarios, como es el denominado estatuto privativo del edificio. A través del mismo realiza un replanteamiento del tema general de lo imperativo y lo dispositivo en la Propiedad Horizontal, con el objetivo último de vitalizar a las citadas ordenaciones privadas como piedra angular del funcionamiento de las comunidades de propietarios, y como medio idóneo para adaptar las normas abstractas y generales de la Ley a las peculiaridades concretas que se presentan en cada edificio.

La estructura del libro responde a un esquema tradicional. Tras el prólogo del prof. Bercovitz y una ilustrativa introducción, el libro arranca, como no podía ser de otra forma, precisando los perfiles propios de la figura. Así distingue entre lo que es el estatuto en sentido material, que define como el régimen jurídico llamado a regular las diferentes relaciones que se entablan en un edificio sometido al régimen de la Propiedad Horizontal y que entiende que se encuentra integrado: por las normas imperativas de la ley, por los pactos que adopten los particulares y, por último, por las normas dispositivas de la Ley y las normas generales del Código civil; y lo que es el estatuto en sentido formal, entendido, en palabras del autor, como el conjunto de normas, de carácter voluntario y recogidas por escrito, otorgadas por acuerdo unánime de los propietarios o por el propietario único con anterioridad al inicio de las enajenaciones, con el objeto de regular el régimen jurídico del edificio, completando o desarrollando la ordenación legal, y que alcanzan eficacia general para el caso de que se inscriban en el Registro de la Propiedad.

Una vez delimitado el objeto central del estudio, el autor pasa al análisis de su naturaleza jurídica, llegando a la conclusión de que presenta un carácter complejo en el que deben distinguirse tres aspectos separados. Desde un punto de vista estructural o de origen considera que se presenta como un negocio jurídico. Desde un punto de vista funcional o de finalidad entiende que su vocación es la de convertirse en la auténtica ley privada del edificio de general aplicación y que facilite y armonice el uso compartido de los elementos comunes y la obtención de una pacífica convivencia en el seno del edificio. Poseen, en su opinión, la naturaleza de un negocio normativo. Finalmente, desde la perspectiva de la eficacia de sus cláusulas, opina que su vinculación debe encontrarse referida no tanto a quienes participaron en su adopción, como a quienes en cada momento ostenten la condición de titulares dominicales de los pisos o locales del inmueble. Se trata a juicio del autor de un claro exponente de las comúnmente denominadas obligaciones *propter rem*.

El autor, en este apartado, valora el requisito de la inscripción que la ley exige para que se produzca esa vinculación real, apuntando al respecto que si se demuestra que el adquirente tuvo conocimiento efectivo de la existencia, contenido y alcance de los estatutos, aun a pesar de que éstos no se encontrasen inscritos, con anterioridad a su adquisición y con todo decide seguir adelante con la misma es por que está dando su consentimiento a la ordenación interna estipulada.

Completa su examen de la naturaleza de los estatutos, ubicándolos dentro del campo de los actos jurídicos. En su opinión, aunque dentro de los diversos aspectos que pueden ser objeto de regulación estatutaria se encuentren actuaciones que se hallan más próximas a los actos de conservación y de mera administración, considera que tienen una naturaleza unitaria, en la que prima su aspecto dispositivo. Para ello se apoya en la estabilidad de que gozan estas regulaciones, que sólo podrán modificarse mediante la opinión unánime de los propietarios.

El primer capítulo del libro finaliza con el análisis de las características distintivas que separan el estatuto de otros componentes de la propiedad horizontal, como son el título constitutivo y el reglamento de régimen interno.

El segundo de los capítulos del libro está dedicado al estudio de la problemática que plantea el otorgamiento de los estatutos en la denominada fase de prehorizontalidad. La conclusión última que obtiene al respecto es que los estatutos elaborados por las promotoras con posterioridad al inicio de las enajenaciones son ineficaces en tanto en cuanto no sean ratificados por quienes ostenten un contrato de fecha anterior. Esta ratificación puede producirse de diferentes formas. De entre ellas, en opinión del autor, las más comunes son la que se llevan a efecto de forma particularizada al elevar cada uno de los contratos a escritura pública, y la que se verifica de forma colectiva en la correspondiente Junta de propietarios, indicando que en este caso no podrá disentir de los estatutos quienes ya los hubiesen consentido al celebrar sus contratos, por cuanto que se trataría de un comportamiento contrario a los propios actos.

En este sentido, el autor es consciente de que en la inmensa generalidad de los casos los compradores ratifican íntegramente los estatutos, obsesionados por culminar el interminable proceso de adquisición del piso. Dicha ratificación implica a su juicio una auténtica novación contractual que deja pocas opciones a los compradores para reaccionar frente a las reservas que hubiera podido introducir el promotor-vendedor. Para solucionar este problema apunta como posibles remedios el recurso a la figura del dolo incidental, e incluso a la intimidación, bajo el argumento de que el promotor, mediante maquinaciones insidiosas, sitúa al comprador ante la necesidad de consentir un nuevo contrato en condiciones manifiestamente más desventajosas que el anterior, bajo el temor no sólo de quedarse sin el piso, sino también sin las cantidades anticipadas a cuenta del precio.

El autor, mostrándonos que compagina sabiamente sus conocimientos teóricos con la práctica, nos indica al respecto que las promotoras, para salvar toda esta polémica, incluyen en los diferentes contratos cláusulas de apoderamiento, por las que se reservan el derecho a otorgar unilateralmente la declaración de obra nueva, el título constitutivo de la Propiedad Horizontal y, en su caso, el estatuto privativo del edificio. Se trata de auténticos pactos de adhesión que el comprador se ve obligado a aceptar si quiere adquirir el piso. Ante estas hipótesis, nos propone dos mecanismos para evitar el abuso de los promotores. El primero se apoya en la interpretación restrictiva que debe efectuarse de los apoderamientos, conforme lo dispuesto en el artículo 1713 CC, debiendo reducirse a la determinación del funcionamiento interno de la comunidad, sin que en modo alguno resulte admisible una merma injustificada de los derechos de los compradores. Si el promotor no respeta dichos límites, su actuación no ha de surtir efectos en la esfera jurídica

del representado, salvo que lo ratifique o sea manifiestamente beneficioso para el mismo. La segunda solución que propone consiste en entender que, aunque se actúe dentro de los límites del poder, existe abuso de la representación, por cuanto que el representante persigue intereses distintos a los de su representado, generalmente en beneficio propio. El resultado es similar al examinado anteriormente, con la salvedad de que si existen terceros de buena fe, los compradores deberán limitarse a reclamar los daños y perjuicios causados, quedando vinculados por la actuación de su representante.

En ambos casos, Francisco Echeverría entiende que los representados podrán reclamar de su apoderado todo lo que haya percibido a resultas de su actuación representativa.

El capítulo III se centra en el estudio, del otorgamiento y modificación del estatuto cuando se afronta en una situación de comunidad de Propiedad Horizontal organizada, el autor pone de relieve que será necesaria la unanimidad de los propietarios adoptado en la correspondiente Junta, con la particularidad de que el consentimiento de los propietarios ausentes se considerará concedido por el transcurso del plazo de un mes desde que les sea notificado fehacientemente el acuerdo, si dentro del mismo no manifiestan su discrepancia.

A continuación el autor analiza dos temas que más polémica han suscitado dentro del tema de estudio: la eficacia y la impugnación del estatuto, a los que dedica el capítulo IV de su libro.

En relación con la eficacia, el artículo 5 señala que los estatutos no perjudicarán a terceros si no han sido inscritos en el Registro de la Propiedad. Opina el autor, que los destinatarios principales de la protección que brinda esta norma son quienes en un futuro adquieran la titularidad dominical de alguno de los pisos o locales, pues como nos apunta el autor, no debe olvidarse que nos encontramos con un régimen jurídico que se construye básicamente en torno a la condición de propietario. El autor enlaza este tema con el problema de la situación en la que se encuentran los titulares de otros derechos, sean éstos de naturaleza real o personal. Terceros a los que debe concederse una cierta protección frente a la clandestinidad de los estatutos. La conclusión a la que llega es que debe diferenciarse. Por un lado, lo que son cláusulas estatutarias que afectan al gobierno de la comunidad y al uso y disfrute de los elementos comunes, respecto de las que considera que se impone el criterio de la subrogación real de los mencionados sujetos en la posición que ocupa el titular dominical del que traen causa sus derechos. Lo que permite que en este ámbito pueda seguir funcionando normalmente la comunidad, viéndose obligados de manera sobrevenida dichas personas por las decisiones que adopten los propietarios, siempre que no vulneren esencialmente sus derechos o resulten manifiestamente fraudulentas. Por otro lado, se encuentran las cláusulas que inciden directamente sobre el uso y disfrute de los elementos privativos, como son las prohibiciones de desarrollar determinadas actividades en el seno del edificio, indicándonos al respecto que su cumplimiento sólo podrá exigirse a los titulares de otros derechos si las conocían en el momento de adquisición de los mismos, o se encontraban inscritas en el Registro de la Propiedad, o si voluntariamente prestan su consentimiento de forma sobrevenida.

En cuanto al tema de la impugnación de los acuerdos comunitarios, considera muy discutible que todas las infracciones a los preceptos de la LPH puedan quedar sujetas a un mismo régimen de anulabilidad, contradiciendo en este punto la corriente jurisprudencial tendente a utilizar únicamente la anulabilidad como sanción. En su opinión, debe mantenerse la tradicional distinción entre acuerdos inexistentes (cuando no se alcanzan las mayorías exigibles), nulos y anulables en relación con la infracción de los preceptos de la LPH. La anulabilidad, en opinión

del autor, debe quedar circunscrita a la infracción de las reglas procedimentales establecidas como garantía de una convivencia ordenada; mientras que la nulidad afectaría a la infracción de preceptos de la Ley de carácter sustantivo y naturaleza imperativa.

El último capítulo, el más extenso de la obra, se centra en el análisis casuístico de las posibles cláusulas estatutarias. En mi opinión es quizá este capítulo donde el libro alcanza su sentido más práctico, pues una lectura del mismo resulta sumamente ilustrativa para cualquier persona interesada en saber lo que se puede y lo que no se puede incluir en un estatuto y cómo se puede incluir.

De entre las múltiples cuestiones que se analizan podríamos destacar que se parte de que como regla general de la libertad de destino de cada una de las unidades inmobiliarias que integran el edificio, considerando que deben ser objeto de una interpretación restrictiva aquellas cláusulas limitadoras de aquél destino.

Una mención especial requiere el estudio que hace el autor de las cláusulas que autorizan la unión, división y segregación de pisos o locales, así como aquellas en las que se atribuye un derecho de sobreedificación. En cuanto a las primeras, el autor se muestra muy cauteloso, sobre todo cuando es el propio promotor el que se reserva esta posibilidad, indicándonos que nunca pueden ser una carta blanca para amparar cualquier modificación, mientras que con respecto a las que atribuyen un derecho de sobreedificación considera que se deben especificar tanto el número de plantas como el plazo de ejercicio de tal derecho.

Otro tema de interés es el de la posibilidad de que los estatutos incorporen cláusulas que modifiquen la regla general de contribución proporcional a los gastos en función de la cuota. En este punto el autor considera que dichas modificaciones deben estar amparadas en un interés objetivo y ser interpretadas de forma restrictiva. En cuanto a los gastos que ocasionen aquellos elementos o servicios de los que disfruten una sola parte de los vecinos, opina que los gastos de conservación y mantenimiento deben ser atribuidos a éstos, no así las reparaciones extraordinarias.

Un problema que prácticamente ha sido olvidado por nuestra doctrina, y de una importancia práctica indudable, es el tema de las subcomunidades dentro de la comunidad de propietarios. Se trata de la existencia dentro de una misma comunidad de distintas unidades independientes en función del uso exclusivo de elementos o servicios. El autor considera que estamos ante un instrumento útil para descargar de competencias a la Junta General.

El autor finalmente se ocupa del estudio de las cláusulas estatutarias en las que se regula la administración y gobierno de la comunidad. Así se analizan el nombramiento y las competencias del presidente, del secretario y del administrador.

No quisiera finalizar esta reseña sin recomendar la lectura de este libro no sólo a los estudiosos de la materia sino a profesionales como abogados o administradores de fincas, e incluso a personas que ajenas al mundo jurídico tengan que afrontar un cargo como el de presidente o secretario de una comunidad de propietarios, personas a las que seguro les será útil este libro, no resultándoles en exceso dificultosa su lectura pues una de las virtudes del autor es su claridad expositiva.



**RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, José Ignacio: *El principio de relatividad de los contratos en el Derecho español*, ed. Colex, Madrid, 2000, 314 pp.**

1. Hasta la fecha no existía ninguna monografía en la doctrina española sobre el denominado principio de relatividad de los contratos. El artículo 1257 CC recoge el citado principio afirmando que «los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos». El autor intenta con su obra determinar qué sujetos pueden ser considerados *parte del contrato*, qué sujetos son *terceros*, y qué *efectos* produce el contrato respecto de las *partes* y respecto de los *terceros*.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo juega un importante papel en la delimitación del citado principio. Consciente de ello, Rodríguez González acude en innumerables ocasiones a ella para fundamentar sus tesis.

A diferencia de la doctrina española, en Derecho comparado la doctrina sí ha estudiado con mayor detenimiento el principio de relatividad de los contratos. El autor se centra en el Derecho francés e italiano.

La monografía tiene la siguiente estructura: una introducción (en la que el autor justifica la elección del tema y nos señala, brevemente, los objetivos de la obra) y seis capítulos. El capítulo I se ocupa de los antecedentes históricos y de la formulación actual del principio. En el capítulo II que lleva por título «los elementos subjetivos del contrato», el autor intenta concretar qué sujetos tienen la consideración de *parte contratante* y quiénes son *causahabientes a título universal*. El capítulo III está dedicado a la delimitación del concepto de *tercero*. En el capítulo IV se aborda el estudio de las diferentes clases de eficacia del contrato, dedicando especial atención a la oponibilidad. En el capítulo V se analiza el ámbito de aplicación del principio de relatividad. Por último, en el capítulo VI se estudian las excepciones al mencionado principio.

2. Como hemos señalado, Rodríguez González dedica el capítulo I al estudio de los antecedentes históricos del principio de relatividad y a la formulación actual del citado principio.

2.1. En primer lugar, se detiene en los antecedentes históricos señalando que el origen del principio se encuentra implícito en la idea misma de contrato como vínculo. Por esta razón se remonta al Derecho romano. Afirma que ya en Roma el principio de relatividad (*res inter alios acta aliis nec nocere nec prodesse potest*) era expresión del límite de la eficacia subjetiva del contrato. En Derecho romano, en virtud del principio de relatividad, sólo las partes quedaban vinculadas por el contrato. Los terceros no podían quedar obligados ni ser titulares de derechos en virtud de un contrato ajeno. Rodríguez González concluye, al igual que el resto de la doctrina, tanto española como de Derecho comparado, que el origen del principio de relatividad se encuentra en el Derecho romano.

2.2. En la segunda parte del capítulo, el autor aborda la formulación actual del principio. Después de señalar los antecedentes del artículo 1257 CC y de transcribir algunas definiciones que la doctrina española ha realizado del principio de relatividad, Rodríguez González se detiene en el análisis de la relación existente entre los artículos 1091 y 1257.I CC. Afirma que aunque la mayoría de la doctrina conecta ambos preceptos, éstos hacen referencia a distintos aspectos del contrato: el artículo 1091 CC al contenido obligatorio del contrato y el artículo 1257.I CC al límite subjetivo de eficacia del contrato.

El autor analiza cuál es el estado de la cuestión en Derecho francés e italiano, realizando una comparación entre el artículo 1165 CC francés, el artículo 1372 CC italiano y el artículo 1257 de nuestro Código civil. Rodríguez González con-

cluye que en los tres ordenamientos analizados el principio de relatividad está formulado en términos similares.

Finaliza el capítulo con una breve alusión a la configuración que la jurisprudencia realiza del principio de relatividad (límite subjetivo de la eficacia contractual), haciendo una mención especial a las sentencias que admiten excepciones al citado principio.

3. Rodríguez González estudia en el capítulo II los sujetos de la relación contractual. Este capítulo consta de dos grandes apartados: el primero está dedicado a las *partes contratantes* y el segundo a los *causahabientes a título universal*.

3.1. En el primero de los apartados, el autor comienza señalando que las *partes contratantes* pueden intervenir en el otorgamiento del contrato por sí o por medio de representante. Con apoyo en la jurisprudencia afirma que el representado tiene la consideración de *parte contractual* (representación directa) y que la relatividad contractual es aplicable a la denominada representación indirecta regulada en el artículo 1717 CC (así pues, en el negocio celebrado con el tercero, tendrán la consideración de *parte contractual* el representante y el tercero).

Rodríguez González, en un primer momento, centra sus esfuerzos en delimitar el concepto de *parte contractual*. Utiliza para ello diversos criterios [criterio de la prestación del consentimiento contractual (mayoritario en la doctrina), criterio del interés contractual (empleado por la doctrina italiana), criterio del título de intervención en la relación jurídica, criterio de la titularidad de los bienes y derechos objeto del contrato y, por último, dedica especial atención a los casos de legitimación para vincular al titular de los bienes (por ejemplo, en la sociedad de gananciales, en las comunidades de bienes, en las sociedades)].

Posteriormente, realiza una breve mención de las distintas clasificaciones existentes sobre el concepto de *parte contractual*. Por una parte, distingue entre *parte en el consentimiento* («sujeto que elabora y emite la declaración») y *parte en la relación contractual* (el beneficiario de un contrato en favor de tercero). Por otra parte, Rodríguez González distingue entre *parte originaria* (sujeto que concurre a la formación del contrato mediante el consentimiento contractual) y *parte derivativa* (sujeto que entra en una relación contractual ya constituida). Se detiene en el estudio de esta última, por ser, sin duda, la que mayores problemas puede plantear en relación con el principio de relatividad al implicar una sucesión en la posición de *parte contratante*.

A continuación, analiza la figura de la cesión de contrato (admitida unánimemente por la doctrina y la jurisprudencia en virtud del principio de autonomía de la voluntad) como medio para transmitir la posición de *parte contractual* y su relación con el principio de relatividad. Señala, en primer lugar, que requisito necesario para que la cesión sea válida es que exista el consentimiento de los tres sujetos afectados por la cesión (cedente, cesionario y cedido). En segundo lugar, aborda la cuestión de si el cesionario es parte del contrato cedido. La conclusión a la que llega, con apoyo en la jurisprudencia, es afirmativa. Se puede afirmar, por tanto, que el cesionario es *parte derivativa* del contrato [cumpliéndose el principio de relatividad (art. 1257 CC)]. Finalmente califica a la cesión de contrato como una forma de transmisión subjetiva de las obligaciones (compartiendo los principios rectores de la cesión de créditos y de la asunción de deudas).

3.2. Rodríguez González dedica el segundo apartado del capítulo II al estudio de los *causahabientes a título universal*. El autor afirma (con apoyo en los arts. 661 y 1257 CC) que éstos son *parte derivativa* del contrato. En el mismo sentido se manifiesta la jurisprudencia cuando mantiene que el heredero está vinculado a los contratos concertados por su causante. Ello, sin embargo, admite excepciones. El propio artículo 1257 CC señala que el *causahabiente a título uni-*

*versal* no sucede a su causante en los derechos y obligaciones que proceden del contrato cuando éstos «no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley» (por ejemplo, los contratos de carácter personalísimo).

En opinión del autor, los legatarios de parte alícuota de una herencia no pueden ser considerados *causahabientes a título universal*, pues sólo adquieren una parte activa del patrimonio hereditario (no adquieren las deudas del causante). Por lo que se refiere a los supuestos en los que toda la herencia se divide en legados, Rodríguez González mantiene que en estos casos los legatarios siguen siendo *causahabientes a título particular*, que primero pagan las deudas y luego adquieren la parte que reste (el activo). Su posición jurídica, en opinión del autor, es «un híbrido entre liquidadores de la herencia y legatarios».

Rodríguez González se plantea si en nuestro ordenamiento es admisible la figura del *causahabiente a título universal* por acto *inter vivos* (la doctrina francesa admite dicha figura). La respuesta a esta cuestión dependerá en gran medida del concepto de *patrimonio* que se defienda. El autor opta por un concepto estricto de *patrimonio* («sólo la ley puede autorizar la creación de un patrimonio separado del personal»). Rodríguez González examina dos supuestos en los que puede existir la transmisión *inter vivos* de un patrimonio: *a)* la donación de todos los bienes presentes del donante, y *b)* la sociedad universal de todos los bienes presentes. En ambos casos, el autor niega que estemos en presencia de la transmisión de un patrimonio y, en consecuencia, que el adquirente sea un *causahabiente a título universal*. En el primer supuesto, en virtud de la interpretación del artículo 634 CC (la donación comprende sólo el activo), y en el segundo supuesto, por considerar aplicables las reglas de la asunción de deudas [aunque las deudas de los socios queden integradas en la sociedad, si no existe consentimiento de los acreedores, los socios (deudores) no quedan liberados].

La conclusión final a la que llega Rodríguez González es que la sucesión *mortis causa* puede ser a título universal o particular, mientras que la sucesión *inter vivos* es siempre a título particular.

4. El autor aborda en el capítulo III el estudio del concepto de *tercero*. Determinar quién es *tercero* en una relación contractual es una cuestión fundamental para conseguir una correcta aplicación del principio de relatividad (art. 1257 CC).

4.1. Rodríguez González comienza señalando que la mayoría de la doctrina opta por un concepto negativo de *tercero* (son terceros todos los que no son parte contractual). A continuación, nos ofrece diversas clasificaciones del concepto de *tercero* que realiza la doctrina (Dualde, Roca Sastre, Ragel Sánchez y de diversos autores de la doctrina francesa).

4.2. Una vez que ha fijado el estado de la cuestión, Rodríguez González nos ofrece su propia clasificación de *terceros*. Distingue tres tipos: *a)* terceros adquirentes de algún bien o derecho; *b)* terceros interesados en la relación jurídica contractual; y *c)* terceros *penitus extranei*.

4.2.1. Los terceros adquirentes de algún bien o derecho son denominados también *adquirentes a título particular*. El autor, después de señalar los distintos significados que en el Código civil (analiza los arts. 1218 y 1225) tienen los términos *tercero* y *causahabiente* (no se refiere al adquirente a título particular), entra a examinar la posición jurídica del *adquirente a título particular* (sujeto muy próximo a la parte contractual). Afirma que el adquirente a título particular es *tercero* respecto de los contratos anteriores celebrados por su causante. Rechaza la idea de Roca Sastre de considerar al tercero adquirente como sujeto que entra en la relación jurídica anterior. Asimismo señala que la jurisprudencia del TS aplica de forma muy imprecisa el concepto de *tercero civil* (el TS emplea el citado término para hacer referencia a un sujeto que no es alcanzado por ningún

tipo de efecto derivado de un contrato ajeno). En opinión de Rodríguez González, el término *tercero civil* debería utilizarse para hacer referencia a los sujetos que no son parte del contrato. Finalmente dedica un apartado al estudio del *tercero hipotecario* (expone brevemente los argumentos de la tesis dualista y los de la tesis monista). Afirma que éste es un *tercero civil* cualificado, pues debe reunir los requisitos del artículo 34 LH.

4.2.2. *Los terceros interesados* en la relación contractual son los sujetos ajenos a la relación contractual (no son *parte*) y que tampoco han adquirido un bien o derecho objeto del contrato de una de las partes (no son *terceros adquirentes*), pero que, sin embargo, tienen algún tipo de interés porque el contrato ajeno les repercute positiva o negativamente. Tras analizar la posición jurídica de esta clase de terceros, se detiene en el estudio de los acreedores como supuesto típico de *terceros interesados*, analizando las distintas concepciones doctrinales (tanto de España como de Francia) sobre los acreedores. Concluye Rodríguez González que el acreedor es un *tercero interesado* al que la ley le otorga una pluralidad de facultades «para defender su crédito, para conseguir su cobro, para ejecutar el patrimonio del deudor incumplidor».

4.2.3. La última categoría de *terceros* es denominada por el autor como *terceros penitus extranei* (son los «sujetos absolutamente extraños al contrato, que no se relacionan con las partes ni pueden verse afectados por la relación contractual»). Señala que esta clase de *tercero* no aparece en la Ley porque no tiene ningún interés jurídico.

5. Rodríguez González dedica el capítulo IV al estudio de la eficacia contractual. Comienza analizando las diferentes manifestaciones del contrato (como hecho, como negocio jurídico, como norma jurídica, como relación jurídica). A continuación, se centra en la cuestión que constituye el núcleo del capítulo, esto es, los distintos tipos de eficacia contractual. Rodríguez González afirma, al igual que la mayoría de la doctrina, que se pueden distinguir dos tipos de eficacia: a) la *eficacia directa*, y b) la *eficacia indirecta*. La *eficacia directa* se refiere a los efectos obligatorios del contrato y es predicable sólo de las *partes contractuales*, mientras que la *eficacia indirecta* hace referencia a los efectos de la relación contractual respecto de los *terceros*. Se detiene en el análisis de esta última y afirma (siguiendo al profesor Díez-Picazo) que puede diferenciarse entre: a) *eficacia refleja* [cuando un contrato repercute en la esfera jurídica ajena en virtud de un fenómeno de conexión entre diversas relaciones jurídicas (por ejemplo, un subarriendo respecto del arrendamiento de la misma cosa)], y b) *eficacia provocada* [cuando el contrato «es utilizado como fundamento de una toma de actitud o de una pretensión», pudiéndose dar dos supuestos distintos: 1.º que una o ambas partes del contrato funden una pretensión dirigida contra el tercero (oponibilidad); 2.º que el tercero se sirva de la celebración del negocio como fundamento de su pretensión contra las partes (utilizabilidad)].

5.1. Especial atención dedica Rodríguez González al tema de la *oponibilidad* del contrato. Ello nos parece muy oportuno, pues consideramos que es una cuestión de gran importancia. El tratamiento que realiza es acertado y clarificador. Afirma que en nuestro ordenamiento la *oponibilidad* de los contratos es la regla general aunque con excepciones (supuestos de inoponibilidad). Señala los requisitos necesarios para que estemos ante un supuesto de utilizabilidad o de *oponibilidad* del contrato. Uno de los requisitos necesarios para que exista *oponibilidad* es que el tercero tenga conocimiento de la existencia de la relación jurídica (el conocimiento puede existir gracias a la publicidad que emana de los registros públicos o en virtud de otros medios, como la posesión). Asimismo señala que otro de los requisitos que la doctrina exige para que exista *oponibilidad* es la

certeza del contrato. Ésta se obtiene a través de la documentación (arts. 1218 y 1227 CC). Si no existe certeza estaremos en presencia de un supuesto de inoponibilidad del contrato. La inoponibilidad como acertadamente señala Rodríguez González no es una forma particular de ineficacia contractual, «sino una medida establecida por la ley para salvaguardar legítimos intereses de terceros».

El autor se hace eco de la tendencia del legislador de instaurar, con la finalidad de proteger los intereses de los terceros, sistemas de publicidad de los contratos mediante su inscripción en registros públicos (por ejemplo, la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles). Ello genera dos consecuencias: *a)* la oponibilidad del contrato inscrito frente a los terceros; *b)* la inoponibilidad de los contratos no inscritos.

Por otra parte, Rodríguez González distingue dos tipos de *oponibilidad*: *a)* la *oponibilidad de primer grado*, que «impone, con carácter general, la documentación del contrato al cumplir los requisitos de certeza que marca la ley». Esta clase de oponibilidad sirve para oponer a los terceros la fecha y el hecho que motiva el otorgamiento del contrato (se basa fundamentalmente en el principio de prioridad); y *b)* la *oponibilidad de segundo grado*, que permite oponer al tercero el derecho o limitación reflejado en el contrato ajeno. Este tipo de oponibilidad se fundamenta en las cualidades intrínsecas de la obligación (se asemeja a un derecho real oponible *erga omnes*) o bien en el conocimiento efectivo o ficticio (por estar inscrita en un registro público) que el tercero tiene de la citada obligación (el tercero en estos supuestos no tendría buena fe).

Por último, y antes de exponer las conclusiones del capítulo, Rodríguez González realiza una exposición de la habitual distinción de la doctrina entre derechos de crédito (derechos relativos) y derechos reales (derechos absolutos).

5.2. Las conclusiones que se derivan de este capítulo son, principalmente, dos. La primera es que hay que diferenciar claramente la eficacia directa del contrato (efectos obligatorios y vinculantes entre las partes contratantes) y la eficacia indirecta del contrato (oponibilidad) respecto de los terceros. La segunda conclusión es que la relatividad contractual sólo se refiere a la eficacia directa del contrato.

6. Una vez expuestos en los capítulos anteriores los elementos que forman el principio de relatividad de los contratos, en el capítulo V el autor examina el ámbito de aplicación del citado principio.

6.1. El primer apartado del capítulo lo dedica a fijar cuál es el sentido actual del principio de relatividad. Señala que dicho principio «establece el límite subjetivo de la eficacia contractual» (a quién afecta el contrato, quién está vinculado por su contenido), así como que la relatividad se predica de las *partes contractuales* (la determinación de quién es *parte* es una cuestión de hecho), no de los *terceros*. Rodríguez González reitera algo ya mencionado: el principio de relatividad de los contratos (art. 1257 CC) hace referencia a los efectos directos, nunca a los efectos indirectos del contrato. En este sentido señala el autor que relatividad e inoponibilidad no son términos equivalentes. Analiza dos supuestos en los que se ven con nitidez las diferencias entre los efectos directos y los indirectos: *a)* la venta de cosa ajena y *b)* la doble venta.

A continuación, el autor afirma que el principio de relatividad (art. 1257 CC) en nuestro ordenamiento se refiere únicamente a los derechos de crédito, no a los derechos reales. Examina también la diferencia entre contratos obligacionales y contrato reales (exponiendo, de forma breve, el estado de la cuestión en Derecho francés e italiano).

6.2. En el segundo apartado del capítulo V, Rodríguez González intenta fijar cuál es el fundamento del principio de relatividad. Afirma que hay que «bus-

carlo en la misma esencia del contrato». La doctrina (tanto española como de Derecho comparado) afirma que el verdadero fundamento de la relatividad contractual se encuentra en la autonomía privada (si un sujeto no presta su consentimiento, para él no hay contrato).

6.3. A continuación dedica sus esfuerzos a diferenciar el principio de relatividad de otras figuras que, aunque relacionen a las *partes contratantes* con *terceros* ajenos a la relación contractual, no son excepciones al citado principio (oponibilidad; apariencia; simulación; acciones subrogatoria y revocatoria; pago por tercero; enriquecimiento injusto; transmisión subjetiva de derechos y obligaciones contractuales; adquirentes a título particular).

6.4. El último apartado del presente capítulo está dedicado al tratamiento que la jurisprudencia realiza del principio de relatividad (art. 1257 CC). Señala Rodríguez González que la jurisprudencia, al igual que la doctrina, confunde la *relatividad* con la *oponibilidad* [principalmente cuando quiere que el *adquirente a título particular* quede afectado por determinados derechos u obligaciones que había acordado el transmitente con terceras personas (por ejemplo, SSTS de 4 de junio y 24 de octubre de 1990)]. En el extremo contrario nos encontramos con el mismo problema, esto es, la jurisprudencia también confunde la *relatividad* y la *inoponibilidad* al afirmar que cuando un derecho u obligación no reúne los requisitos necesarios para su oponibilidad a terceros es una consecuencia de la relatividad contractual (por ejemplo, SSTS de 30 de marzo de 1990 y 26 de mayo de 1995). Este planteamiento, a juicio del autor, no es correcto, pues las cuestiones de oponibilidad nada tienen que ver con el principio de relatividad.

Rodríguez González prosigue el análisis de la jurisprudencia relativa al principio de relatividad. Ello le permite afirmar que los *terceros* no pueden ejercitar acciones contractuales [por ejemplo, la acción de resolución por incumplimiento (art. 1124 CC)]. Éstas sólo pueden ser ejercitadas por los sujetos que tengan la consideración de *partes contratantes*. Por el contrario, la jurisprudencia afirma que están legitimados activamente para ejercer la acción de nulidad y de anulabilidad contractual no sólo las *partes contratantes*, sino también los *terceros* que tengan un interés legítimo. Asimismo, después de analizar la jurisprudencia llega a la conclusión de que no se produce litisconsorcio pasivo necesario respecto de los *terceros interesados* cuando se ejercitan acciones contractuales. Ello, sin embargo, no impide que los *terceros interesados* en el contrato sean llevados a juicio (lo cual no quebranta el principio de relatividad de los contratos).

7. El último capítulo de la obra lleva por título «Excepciones al principio de relatividad» y está dedicado a exponer las distintas manifestaciones que implican una quiebra de la relatividad contractual. Para Rodríguez González son excepciones al citado principio los supuestos «en los que un sujeto, tercero respecto de la relación jurídica contractual, se encuentre legitimado para ejercitar un derecho contractual contra una de las partes contractuales o, en su caso, pueda verse compelido a cumplir una obligación que deriva del contrato».

7.1. La primera excepción al principio de relatividad aparece recogida en el artículo 1257.II CC. Nos estamos refiriendo a la *estipulación en favor de tercero*. El autor, en un primer momento, con apoyo en la jurisprudencia, diferencia la *estipulación en favor de tercero* de otras figuras afines. Después de exponer distintas opiniones doctrinales sobre si en nuestro ordenamiento la aceptación del tercero es un requisito necesario para adquisición del tercero, Rodríguez González concluye dando una respuesta afirmativa a dicha cuestión y señalando que la *estipulación en favor de tercero* constituye una excepción al principio de relatividad, aunque matizada como consecuencia de la necesaria aceptación del tercero.

7.2. A continuación examina, brevemente, la figura del *contrato a cargo de tercero* (en el que una parte, en nombre propio, promete a otra la prestación de un tercero que queda obligado a realizarla, debiendo el tercero para quedar obligado dar su consentimiento). En opinión del autor en esta clase de supuestos no existe quiebra del principio de relatividad.

7.3. La siguiente figura que analiza es el *contrato en perjuicio de tercero* [los contratantes con motivo de la celebración de un contrato ocasionan un daño a un tercero (vulneración de un derecho subjetivo concreto)]. En el análisis del régimen jurídico de esta figura el autor hace suyas las tesis de Gullón Ballesteros. La conclusión a la que llega, una vez examinada la jurisprudencia sobre el tema, es que no constituye una excepción al principio de relatividad porque el tercero no puede ejercitar una acción contractual, sino únicamente una acción de indemnización de daños y perjuicios de naturaleza extracontractual.

7.4. Especial atención dedica Rodríguez González al estudio de los denominados *contratos con efecto protector para terceros* (categoría creada por la doctrina alemana). Tras analizar las características de este tipo de contratos [a) los terceros están en una especial relación con una de las *partes contratantes* (parientes, trabajadores a su cargo); b) la prestación principal se da sólo entre las *partes contratantes*; c) el contenido vendría dado por la facultad de los terceros de reclamar los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la violación de los deberes contractuales de conducta], el autor llega a la conclusión de que la citada figura no es admisible en el Derecho español, pues implica reconocer la posibilidad de que un tercero ejercite una acción contractual contra el deudor que incumple los deberes contractuales de conducta (ello supondría una excepción al principio de relatividad que requeriría «expreso reconocimiento legal»).

7.5. Finalmente, Rodríguez González aborda el problema de las relaciones contractuales complejas. Se detiene, en primer lugar, en el estudio de los denominados *contratos complejos o mixtos* (al igual que sucede con los contratos típicos, esta clase de contratos presenta el problema de la delimitación de su eficacia obligatoria y de la oponibilidad frente a terceros). Posteriormente, analiza diversos supuestos de conexión contractual en el Derecho español: a) en primer lugar, analiza los *contratos conexos* (contratos de garantía, convenio arbitral, subcontrato). Éstos se caracterizan por la existencia de un nexo funcional entre ellos. Se plantea la cuestión de si los contratos conexos implican una extensión de la denominada eficacia directa del contrato (ver, *supra*, apartado 5.º de la presente recensión), llegando a una conclusión negativa sobre dicha posibilidad. b) Como segundo supuesto de conexión contractual estudia las denominadas *acciones directas* (tienen naturaleza contractual y se caracterizan por poner en contacto a dos partes que no han contratado directamente entre sí, pero que están relacionadas indirectamente a través de dos contratos celebrados con la misma persona). El autor hace una exposición de las *acciones directas* que se reconocen en los diversos ámbitos de nuestro ordenamiento [entre ellas, podemos citar la acción directa en el contrato de seguro (art. 76 LCS) y la acción directa del arrendador contra el subarrendatario (arts. 1551 y 1552 CC)]. Rodríguez González concluye que en los supuestos en los que la ley prevé una *acción directa* se están protegiendo intereses dignos de tutela jurídica, solucionando aspectos negativos de la aplicación estricta del principio de relatividad. Ahora bien, rechaza la posibilidad de admitir, con carácter general, la *acción directa* en cualquier caso de *conexión contractual*.

**SANTOS MORÓN, M.<sup>a</sup> José: *Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos. Honor, intimidad e imagen*, Escuela libre de Derecho y Economía, Colección solidaridad 15, Madrid, 2000, 349 pp.**

Los derechos de la personalidad de los incapacitados es uno de los temas más importantes y menos estudiados, al menos con profundidad, en el Derecho español. La profesora Santos Morón, ante el vacío doctrinal existente y las constantes reformas legales en la materia, ha tratado de conseguir llenar ese vacío, y, como veremos a lo largo de esta recensión, lo ha conseguido con gran acierto y rigor científico.

Su obra no supone un estudio profundo de todos los derechos de la personalidad de los incapacitados, pues como sabemos, sería un trabajo imposible de llevar a cabo, pero sí se ocupa de analizar los derechos que más pueden verse afectados: derecho a la vida, a la integridad, a la libertad, al honor, a la intimidad y a la imagen, y, como veremos, en general, cómo puede verse afectada la dignidad humana de estas personas. A pesar de que este tipo de estudios siempre suele implicar una serie de prejuicios de tipo ético, la doctora Santos Morón sabe dejar a un lado ese aspecto subjetivo, para destacar los problemas y darles una solución objetiva atendiendo a la normativa constitucional así como al Derecho positivo existente, proponiendo soluciones de *lege ferenda* apoyada en el ámbito del Derecho comparado, manejado con gran maestría a lo largo de toda la obra.

El objetivo fundamental de la autora ha sido determinar en qué medida los incapacitados, por razón de enfermedad o deficiencia psíquica, pueden ejercer su autonomía en el ámbito de los derechos de la personalidad. Para ello, se tiene en cuenta la existencia o no de sentencia de incapacitación, así como el paralelismo que de hecho existe entre la situación de estos sujetos y la de los menores. Y aquí se va a hacer notar la importancia de la denominada «capacidad natural» para la actuación de estos sujetos y su diferencia con la capacidad de obrar, tomando como modelo la regulación del Código civil suizo, que permite realizar actos de ejercicio de los derechos de la personalidad a menores e incapacitados, dando un concepto legal de tal capacidad. Un dato fundamental, que no puede dejar de evitarse, es que la autora, cuando se plantea el problema general del posible ejercicio de los derechos de la personalidad por incapacitados judicialmente, tanto de forma absoluta como relativa, se centra en el tema de la existencia de límites de la sentencia de incapacitación en materia de derechos fundamentales, tema no tratado anteriormente. ¿Puede el juez, incluso incapacitando absolutamente a una persona, impedir el ejercicio de sus derechos de la personalidad en ese mismo acto? Como se deduce de lo señalado anteriormente, es difícil admitirlo a pesar de la opinión mayoritaria al respecto y más, teniendo en cuenta, el artículo 267 CC. La doctora Santos Morón, coherente con su postura en toda la obra, nos da los argumentos suficientes para entender esa negativa a admitir un límite general en la sentencia de incapacitación.

Manifestadas estas primeras observaciones generales, que nos sirven de introducción para el análisis estructural de la obra, vamos a ir exponiendo su contenido. El libro se compone de dos partes. La primera parte, contenido científico de la obra, está formada por cuatro capítulos en los que se analizan los problemas centrales del tema objeto de estudio. La segunda parte, consta de seis anexos en los que se recogen la normativa fundamental utilizada: española, alemana, francesa, suiza e italiana, así como, en su integridad, la STC 215/1994, de 14 de julio.

Entrando en el análisis de la primera parte, hemos de destacar, que tras una breve «Introducción» en la que se parte de la siguiente idea: «Si se quiere que la integración de estos individuos (incapacitados) sea real y efectiva (art. 49 CE) no



basta con exigir que el Estado adopte medidas concretas que faciliten la integración de los disminuidos psíquicos en la sociedad. Debe tenerse en cuenta que el respeto a los valores consagrados en el artículo 10 CE obliga a reconocer a todo individuo –incluidos los que padecen algún tipo de alteración mental– un cierto ámbito de autonomía acorde con su capacidad de discernimiento real. De ahí que la capacidad de obrar de los sujetos mencionados deba ser restringida sólo en la medida necesaria para la defensa de sus intereses»; la autora entra a analizar el régimen jurídico existente en otros países para los incapacitados.

Así, el capítulo primero, «La incapacitación en el Derecho comparado», comienza por el estudio de la regulación alemana. En el Derecho alemán se ha producido en los años 90 la sustitución de la incapacitación por la denominada «*Betreuung*», cuya finalidad fundamental fue reforzar los derechos y posición jurídica de los discapacitados psíquicos y físicos, garantizando el respeto a sus derechos de la personalidad y en especial el ejercicio de su derecho a la autodeterminación. El sistema francés actual, que también es expuesto, es similar al sistema español, y la autora expone sucintamente los distintos regímenes de protección previstos: tutela, curatela y salvaguarda de justicia. El Derecho italiano, por su parte, distingue dos grados de incapacidad: la interdicción y la inhabilitación que son expuestos brevemente por la autora.

El capítulo segundo, «El ejercicio de los derechos de la personalidad por parte de los incapacitados. Análisis general de la cuestión», plantea la protección legal de la que gozan los incapacitados en el Derecho español. La autora parte, acertadamente, de la constancia de que las medidas protectoras de menores e incapacitados en general suelen ir dirigidas a la protección de los intereses patrimoniales, olvidándose la protección de los intereses personales. Respecto de estos últimos, sólo se encuentra una alusión en materia de menores, que es la recogida en el artículo 162 CC y en el artículo 3 LO 1/1982 en lo relativo al honor, intimidad e imagen, excluyendo la representación legal de los padres en materia de derechos de la personalidad, no obstante, no es una exclusión absoluta, puesto que como resalta la doctora Santos Morón en consonancia con la doctrina, en ocasiones los padres pueden actuar por su obligación de velar por los menores, sin actuar como representantes. Esta misma normativa es de aplicación analógica a incapacitados, debido al paralelismo existente entre la normativa referente a la patria potestad y a la tutela. De ahí se deduce que menores e incapacitados deben tener poder para ejercitar sus derechos de la personalidad por sí mismos. ¿Cuándo se ostenta ese poder y su ejercicio es eficaz? Aquí la autora utiliza un dato básico y constante en las concepciones jurídicas actuales: cuando se poseen ciertas condiciones de madurez, que en el caso de incapacitados, implica posesión de capacidad de discernimiento. Esto choca, a primera vista, con la idea de que un sujeto incapacitado absolutamente por sentencia, tal y como se deduce del artículo 267, no puede ejercitar sus derechos de la personalidad, incluso podría pensarse que la propia sentencia de incapacitación al no decir nada implica la prohibición de tal ejercicio al estar incapacitado de forma total. Pero, como señala la autora, el choque no es más que aparente, y de acuerdo con la normativa constitucional que ordena respeto a la dignidad y libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE), salvo que la sentencia de incapacitación disponga lo contrario no puede afectar la incapacitación al ejercicio de los derechos de la personalidad, pues como afirma de modo expreso la autora: «la incapacitación por sí misma, aunque conlleve el sometimiento a tutela, no afecta a la esfera personal del incapacitado. ... para que una prohibición de este tipo (por parte de la sentencia) sea aceptable es necesario que se imponga en interés del propio incapacitado, es decir, como medida de protección ante los perjuicios que pudieran derivarse de su actuación. Ahora bien,

ello presupone que el incapacitado carece de entendimiento suficiente para adoptar decisiones relativas al derecho en cuestión ... el juez, al dictar sentencia de incapacitación, (no) puede evaluar la capacidad natural del sujeto para tomar concretas decisiones relativas a sus derechos de la personalidad». En cada caso concreto habrá de valorarse la capacidad natural del sujeto, que no puede valorarse de forma abstracta y anticipada. El concepto de capacidad natural, básico en la tesis de la autora, es similar a la capacidad de discernimiento tal y como se regula en el artículo 19 del Código Suizo.

El capítulo tercero, «La realización de actos relativos a la integridad física y a la salud del incapacitado», estudia el valor del consentimiento para recibir un tratamiento médico y la posibilidad de que pueda darlo un incapacitado. Partiendo de que el consentimiento informado (art. 10 LGS) es un derecho fundamental del paciente que legitima la actuación médica, la autora comienza por analizar tal consentimiento dentro de la normativa penal, analizando con gran detalle y precisión la evolución sufrida desde el antiguo artículo 428 CP donde el consentimiento no tenía ninguna consecuencia hasta los actuales artículos 155 y 156 CP donde el consentimiento es atenuante de la responsabilidad penal. Tras destacar la importancia del consentimiento en los tratamientos médicos, se entra en el análisis del artículo 10.6 LGS. ¿Cuál es la capacidad necesaria para otorgar el consentimiento? La autora llega a la conclusión, por los supuestos excluidos, que la ley no atiende al estado civil sino a las condiciones de madurez y discernimiento del sujeto que va a ser intervenido en ese momento, esto es, a su capacidad natural. Esta conclusión queda reforzada mediante el estudio que, sobre la teoría del consentimiento informado, se realiza en el Derecho anglosajón, destacando la «Family Law Reform Act» en Gran Bretaña y el «Statutory Law» de Estados Unidos. Igualmente, analiza la doctora Santos Morón de forma detallada, los distintos tipos de test para considerar capaz a un sujeto, destacando su poca validez al no existir un criterio unánime y llegando a la conclusión de que la capacidad para emitir el consentimiento a un tratamiento médico es una cuestión de hecho que debe determinarse en el caso concreto. La misma solución rige en el Derecho continental, concretamente en Alemania y en Italia, frente al supuesto francés donde depende del régimen jurídico al que esté sometido el incapacitado. En conclusión, la doctrina penalista mayoritaria en España, como en el Derecho comparado, entiende que la validez del consentimiento a un tratamiento médico depende de la capacidad natural de entendimiento del sujeto, que ha de ser valorada por el médico en el caso concreto. Tras este tema, la autora analiza la posibilidad de que el incapacitado opte por una solución irracional o incomprensible, dando solución al respecto, y así como la posibilidad de que se carezca de capacidad natural para consentir, ¿puede intervenir en este último caso un tercero? La solución, en este caso, la da el artículo 10.6 LGS, permitiendo el consentimiento del tutor si es un tratamiento médico terapéutico y la intervención es estrictamente necesaria. En otro caso, la autora, de acuerdo con lo establecido en el artículo 216 CC y la finalidad de las instituciones tutelares, considera que habrá de atender al mayor interés o beneficio del incapaz, siendo en este caso de gran utilidad la normativa alemana que atiende a los deseos y opiniones del incapaz antes de ser incapacitado. Finalmente se plantea la posibilidad de realizar un tratamiento médico forzoso, limitándolo con gran acierto a los casos en que peligre la salud o vida del incapaz. La misma solución sería aplicable a los casos de recepción de órganos con fines terapéuticos. Continúa analizando, como nueva forma de intervención médica, la posibilidad de que el incapaz pueda realizar donaciones de órganos, cuya solución adopta atendiendo a la filosofía de la nueva regulación dada por el RD de 1999 donde prevalece el principio de protección frente a la

autonomía de los sujetos con capacidad limitada, criticando la autora, de forma coherente, el olvido a los deseos del menor o incapaz. Distinto es si la donación es para después de muerto, en este caso habría que atender a su posible oposición en vida si no se aplican las reglas generales. Siguiendo con su estudio, y siendo exhaustiva en el tema, la doctora Santos Morón, analiza la posibilidad de donación de médula ósea, admitiéndolo si existe relación genética entre donante y receptor y hay previa autorización de padres o tutores, al no existir grave perjuicio para el incapaz. Finalmente se analizan dos temas de grandes implicaciones éticas: la esterilización y el aborto. Respecto del primero, la autora, tras destacar su despenalización desde 1983 y su actual regulación en el artículo 156 CP, distingue según tenga carácter terapéutico, donde bastaría capacidad natural de comprensión y juicio, y si no existiese podría consentir el representante legal por ser una medida que tiende a preservar la salud; pero si no tiene tal carácter habría que atender a un mayor grado de discernimiento, al tener carácter mutilante y privar de la capacidad reproductora, debiendo concurrir los requisitos del párrafo segundo del artículo 156 CP. La solución por la que aboga la autora es la del derecho anglosajón y alemán. Si el incapaz carece de capacidad para consentir, con base en el fundamento del libre desarrollo de la sexualidad, y en interés del incapaz, podría realizarse la esterilización con un control añadido: la autorización judicial. Ahora bien, ¿esterilización masculina o femenina?, habrá que atender a quien menores riesgos suponga la intervención, a diferencia de la polémica alemana. Para terminar con este apartado, la autora analiza la posibilidad de una esterilización forzosa. Finalmente, en materia de aborto, la autora acertadamente considera que es un acto personalísimo de la mujer, atendiendo a una ponderación de los intereses en juego. La capacidad necesaria para consentir se determina considerando el aborto como una modalidad de intervención médico quirúrgica: bastará capacidad natural de entendimiento y juicio, si no existe tal capacidad en ocasiones muy limitadas, podrá actuar su representante legal como ocurre en Francia y Alemania siempre que sea por indicación terapéutica.

El cuarto capítulo se dedica, como su título indica, a «El consentimiento a las intromisiones en el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen». La autora, muy acertadamente, intenta, y lo consigue, distinguir entre la capacidad necesaria para decidir acerca del ejercicio de derechos fundamentales, convirtiendo en lícita una ingerencia y la capacidad para celebrar contratos relativos a tales derechos. Partiendo de esta distinción, se destaca como el artículo 3 LO 1/1982 exige capacidad natural para el ejercicio de los derechos fundamentales, puesto que son actos relativos a la esfera personal que no pueden hacerse depender de la capacidad de obrar. Sólo busca evitar la antijuridicidad de la actuación del tercero. Respecto al consentimiento para contratar respecto de estos derechos, la autora deja bien claro la imposibilidad de realizar contratos respecto al honor, aunque en el ejercicio de los otros derechos pueda verse afectado. Y, de otro lado, no hay duda que en materia contractual ha de intervenir el representante legal del incapacitado, si bien habrá de tenerse en cuenta su consentimiento si tiene suficiente juicio. La falta de capacidad natural, en casos excepcionales, permite que los representantes legales puedan otorgar el consentimiento a la ingerencia con el control del Ministerio Fiscal. Finalmente, en los casos en que los menores o incapacitados quieran celebrar un contrato sobre sus derechos fundamentales y los representantes legales se nieguen, es posible acudir al Juez para que éste lo autorice si es beneficioso para ellos.

Los anexos, como he señalado anteriormente, recogen la normativa aplicable al caso de los distintos ordenamientos que se han mencionado y que es utilizada por la autora.

En general, y como se deduce de lo hasta aquí expuesto, es una obra muy completa, y muy útil, que destaca de forma crítica los defectos tanto legales como judiciales en materia de incapacitación y que habrán de ser tenidos en cuenta si queremos que estos sujetos desarrollen de forma clara su dignidad. La autora es rigurosa y objetiva en todo su estudio, a pesar de las implicaciones éticas que tienen los temas, sin caer en ningún caso en el subjetivismo y destacando siempre la idea básica que ha de regir en materia de incapacitación: el beneficio o interés del incapacitado, fomentando su pleno desarrollo al concederle un grado de autonomía suficiente al adoptar decisiones, cosa que parece olvidarse en materia judicial.

En conclusión estamos ante una gran obra, que permite profundizar en otros derechos fundamentales del incapaz, y que será de gran utilidad no sólo por la magnífica bibliografía empleada sino por su argumentación y soluciones a problemas básicos y poco estudiados hasta ahora. Es básica su lectura para todos aquellos interesados en temas de menores e incapacitados porque resuelve innumerables dudas haciendo pensar al lector en lo diferente que puede llegar a ser la teoría de la práctica.

Remedios ARANDA RODRÍGUEZ

**VV.AA.: *Mélanges en l'honneur de Denis Tallon. D'ici, d'ailleurs: Harmonisation et dynamique du droit*, Société de Législation Comparée, Paris, 1999, 362 pp.**

Si resulta todavía cierto que, en las postrimerías del siglo, Francia continúa siendo un *peso pesado* en el ámbito del Derecho comparado, también hay que decir que uno de los actuales comparatistas franceses más distinguidos es el prof. Denis Tallon, perteneciente a esa generación dedicada, no tanto a teorizar, cuanto a poner en práctica las reglas y métodos que laboriosamente —hay que reconocerlo—, se van abriendo paso a paso sobre aquél, en la ciencia jurídica.

La presente obra respeta escrupulosamente los cánones clásicos en este tipo de obras de homenaje, vigentes en el país vecino, no faltando así una sucinta, pero emocionada, presentación del homenajeado (debida a la pluma de dos ilustres comparatistas galas, las profesoras Camille Jauffrey-Spinosi e Isabel de Lamberterie), seguida de la puntual y extensa enumeración de las publicaciones de aquél; tras ello se insertan los veintiséis trabajos de colaboración, agrupados en los dos apartados que luego indicaré; concluyendo el volumen con el extenso catálogo de suscriptores, personas físicas o jurídicas que se adhieren al homenaje sin haber colaborado en el volumen. La dimensión internacional del prof. Tallon se advierte en la nacionalidad de los colaboradores; hay más extranjeros (quince) que franceses (once) como autores de trabajos, advirtiéndose entre aquéllos la presencia de cuatro ingleses, tres holandeses, dos griegos y uno de los siguientes países: Alemania, Bélgica, Dinamarca, Estados Unidos, Hungría y Chequia. Entre los suscriptores, los hay de casi todo los continentes, y no faltan, esta vez, varios españoles.

*El personaje y su obra.* Nacido en París en 1924, Licenciado en Filología Inglesa y Doctorado en Derecho, transcurre su carrera docente entre las Universidades de Nancy y París, con el entonces obligado paréntesis en la Universidad de Túnez. En 1955 es destinado a la Universidad de Nancy como *Agregé de Droit*

*Privé*, llegando a ser Decano de su Facultad de Derecho. A partir de 1968 es transferido a la Universidad de París, primero a la Sorbona, cuya Facultad de Derecho se integra, luego, en la Universidad de París-2, enseñando, en ambos casos, Derecho civil y Derecho comparado, hasta su jubilación en 1993, siendo nombrado profesor emérito.

Su permanente dedicación al Derecho comparado ha plasmado en la designación como miembro titular de la Academia Internacional de Derecho Comparado de París, miembro correspondiente del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Roma), miembro de la Comisión Lando para elaborar el Derecho europeo del contrato, miembro del grupo de trabajo UNIDROIT para redactar los principios relativos a los contratos del comercio internacional, *Advisor* del Comité norteamericano encargado de revisar el *Uniform Commercial Code*, experto del Comité de redacción del Código civil de la Federación rusa, y *Rapporteur général* sobre el tema «El empleo del derecho comparado en las nuevas codificaciones», en el Congreso Internacional de Derecho comparado de Bristol (1998).

En cuanto a su producción científica, aparte su Tesis doctoral inédita sobre *Les problèmes patrimoniaux posés par l'union libre* (París, 1949), se ha centrado fundamentalmente en la dirección, personal o colectiva, de trabajos comparativos, destacando los relativos al derecho contractual, entre los que cabe mencionar los siguientes:

- *Le contrôle des clauses abusives dans l'intérêt du consommateur dans les pays de la CEE* (en codirección con I. de Lambertérie y A. Rieg), en RIDC, 1982 (número especial).
- *Les effets du contrat* (París, 1985).
- *Les modifications du contrat en cours d'exécution en raison des circonstances nouvelles* (París, 1986).
- *La détermination du prix dans les contrats* (París, 1989).
- *Le contrat aujourd'hui: comparaisons franco-anglaises* (París, 1987).
- *Le contrat-cadre, exploration comparative* (París, 1994).

Añádanse a lo anterior casi un centenar de artículos de revista, colaboraciones en obras colectivas o Libros de Homenaje, comentarios de jurisprudencia, etc., y así se tendrá idea de la fecunda actividad científica desarrollada por el prof. Tallon.

*Contenido.* Inevitablemente variopinto, sin embargo, los responsables del volumen recensionado han realizado una división convencional en dos apartados: el primero, dedicado a la comparación, armonización y a las relaciones entre el derecho y el idioma; mientras que el segundo se adjetiva como dinámica del derecho. Por mi parte prefiero destacar las aportaciones que presentan una proyección más general, sin perjuicio de reconocer que también las de alcance más particular ofrecen interés comparatista, como, a título de ejemplo, puede comprobarse en las siguientes:

- BEALE: *Partial and Temporary Impossibility in English and French Law* (pp. 19-32).
- FONTAINE: «*Paiement*» et «*Performance*». *Réflexions sur les difficultés du dialogue comparatif à propos des Principes d'Unidroit*» (pp. 57-62).
- Jean-Bernard BLAISE et Michel GERMAIN: *Le rachat de des actions par une société. Comparaison franco-allemande* (pp. 209-222).

- Bernard GROSS: *La condition de délai dans l'exercice de la garantie légale des vices cachés. Approche de droit comparé* (pp. 269-284).
- WITZ: *Le paiement du prix de vente, condition légale du transfert de propriété en matière mobilière? Etude comparatif* (pp. 339-352).

Por lo antes dicho me permito destacar las siguientes aportaciones:

- BELL: *La comparaison en droit publique* (pp. 33-44); tema que comienza a estar de actualidad en algunos países, si bien el autor subraya la especificidad del *ius publicum* respecto del *ius privatum*, a efectos comparativos.
- HONDIUS: *Finding the Law in a New Millenium. Prospects for the Development of Civil Law in the European Union* (pp. 93-118); donde resume ideas ya expuestas en otros foros.
- KERAMEUS: *Observations comparatives sur l'ordre public en procédure civile* (pp. 293-302); tema escasamente cultivado por los comparatistas.
- LAMETHE: *L'uniformisation des pratiques contractuelles et la mondialisation* (pp. 303-316); a mi juicio, muy sugestivo.
- LANDO: *The Worries of a Comparatist* (pp. 139-149); con interesantes reflexiones sobre la experiencia comparativa que le ha supuesto presidir la Comisión que ha elaborado los principios de un Código europeo de contratos, con la intervención del propio homenajeadado.
- MERKESINIS: *Le droit étrangér devant les juridictions anglaises* (pp. 149-168); con pertinentes observaciones sobre la influencia que las sentencias de los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo parecen producir en los jueces ingleses (impermeables, por lo demás, a la doctrina, indígena o foránea).
- OGUS: *Economic Analysis and Comparative Law* (pp. 169-178); novedoso, actual y original.

No dejaré de mencionar el interés que, como civilista español, me ha suscitado la lectura del trabajo del profesor norteamericano Palmer, titulado *In a Race against Time: The Founding of Louisiana's Mixed Legal System, 1803-1812* (pp. 179-192). Advierte el autor que éste forma parte de una investigación más amplia sobre los sistemas mixtos de Escocia, Africa del Sur, Quebec, Puerto Rico, Filipinas e Israel. El trabajo contiene interesantes referencias al Derecho español y a las circunstancias socio-económicas en que se produjo la incorporación de dicho territorio a los Estados Unidos, mediante su venta por Francia. Bastaría recordar aquí las abundantes citas que García Goyena hace del Código de Louisiana de 1825, para fundamentar el interés de su estudio para nuestro Derecho (un botón de muestra: la desheredación es institución desconocida en el CC francés, pero aquél la regula tomándola directamente de las Partidas).

Obra pulcramente editada, sugestiva en no pocos de los trabajos incluidos, que puede contribuir a incrementar el interés por el Derecho comparado al publicarse en el momento de cumplirse cien años del Congreso fundacional de París.

Gabriel GARCÍA CANTERO

**ZIMMERMANN, Reinhard/WHITTAKER Simon (editores): *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, 2000, 720 pp.**

La formulación de un Derecho privado europeo –un nuevo *ius commune*–, que supere las fronteras trazadas por los ordenamientos jurídicos nacionales, en el marco de la construcción de la Unión Europea, aunque esté más próxima a la quimera que a la realidad, ha constituido sin duda un acicate para la doctrina civilista en países como Alemania, Holanda e Italia, pero también en Gran Bretaña. En los últimos años han proliferado las publicaciones relativas a este incipiente Derecho privado europeo, ya como reflexiones de carácter más genérico sobre su viabilidad y oportunidad, en atención a las dos Resoluciones del Parlamento Europeo apostando por la elaboración de un código de Derecho contractual para toda la Unión, ya como estudios sobre la normativa comunitaria –fundamentalmente, el conjunto de Directivas promulgado para aproximar los ordenamientos de los estados miembros en determinados sectores ligados a la creación de un mercado único y a la protección de los consumidores y usuarios– relativa a materias propias del Derecho privado, ya bajo la forma de análisis comparados de instituciones diversas.

Dentro de esta última orientación –aunque, en un significativo paso adelante, no se trata de comparar la regulación de una concreta institución, sino el funcionamiento de un principio general– debe situarse *Good Faith in European Contract Law*, obra colectiva coordinada por los profesores Reinhard Zimmermann (Regensburg) y Simon Whittaker (Oxford), en la que se intenta un estudio comparado de las manifestaciones del principio de buena fe en el ámbito contractual en los principales ordenamientos jurídicos nacionales europeos, a cargo de especialistas en cada uno de dichos ordenamientos. El libro tiene su origen en las reuniones del Grupo de Trento, en cuyo seno se decidió abordar el tema sobre la base de las distintas soluciones nacionales que cabría ofrecer a un número de supuestos prácticos, esencialmente –mas no exclusivamente: el supuesto 15, por ejemplo, se basa en el caso norteamericano *Morin Building Products Company, inc., v. Baystone Construction, inc.* (1983), con ponencia de R. Posner– tomados de la jurisprudencia alemana. Así, los supuestos son analizados desde el prisma de los Derechos alemán, griego, austríaco, francés, belga, español, italiano, holandés, inglés, irlandés, escocés, danés y noruego, sueco y finlandés. Los comentarios de Derecho español corren a cargo del profesor Ángel Carrasco Perera.

El libro se abre con un amplio capítulo introductorio a cargo de los editores en el que, amén de referirse al proceso de gestación de la obra, se destaca cómo el principio de buena fe ha ido ganando terreno en el ámbito legislativo (el Código civil holandés, la Directiva europea sobre cláusulas abusivas en los contratos de consumo) y paralegislativo [los Principios de Derecho contractual europeo elaborados por la conocida como Comisión Lando, los Principios Unidroit, el *Uniform Commercial Code* o el *Restatement (second) of Contracts*] de los últimos años, a pesar de que intuitivamente y a primera vista parece existir una profunda brecha entre los ordenamientos continentales y el *common law*. Evidentemente, punto de partida fundamental lo constituye el § 242 BGB, del cual se han ido derivando una serie de deberes secundarios que rigen el comportamiento de las partes ligadas por el vínculo contractual, deberes secundarios que paulatinamente han ido ganando autonomía doctrinal, concluyendo que dicho parágrafo no constituye más –lo que no es poco– que una invitación o un recordatorio a los jueces y tribunales de su deber de acomodar el derecho a las necesidades sentidas del tiempo en que debe aplicarse. A continuación, se realiza una primera aproximación al juego

del principio de la buena fe en los otros dos grandes sistemas jurídicos europeos: el Derecho francés y el Derecho inglés.

El segundo capítulo, a cargo de Martin Josef Schermaier (Münster), está dedicado al concepto de *bona fides* en el Derecho romano de obligaciones, al que pone como primer ejemplo de la renovación de un ordenamiento jurídico bajo el influjo de la idea de equidad. En este sentido, se detalla la evolución experimentada en el proceso romano hasta llegar a los *bona fidei iudicia* y cómo el juez podía suavizar las rígidas acciones del procedimiento formulario con el fin de alcanzar el resultado justo en el caso concreto. Para el autor, ahí reside una de las claves del brillante desarrollo del Derecho romano de obligaciones hasta el final del período clásico.

El apartado histórico concluye con un capítulo tercero, obra de James Gordley (Berkeley), dedicado a la buena fe en el *ius commune* europeo medieval. Señala este autor que antes de Baldo, el primer jurista que intentó definir y delimitar los conceptos de buena fe y de equidad, con estos términos los juristas describían tres tipos de conducta que cabría esperar de las partes en una relación obligatoria: mantener la palabra dada, no sacar ventaja de la otra parte induciéndola a error o aprovechándose de las circunstancias de la negociación y cumplir todas aquellas obligaciones que asumiría una persona honesta aunque no se hubieran pactado expresamente. Baldo, igual que sus predecesores, equiparó también buena fe con equidad y con conciencia, pero la vinculó al principio que nadie puede enriquecerse a costa de otro y a las ideas de la justicia conmutativa tomadas de Aristóteles y Santo Tomás de Aquino. En su opinión, el juez debía tener en cuenta la buena fe, en primer lugar, para determinar si los contratos eran vinculantes o no, y, en segundo lugar, para conocer cuáles eran las obligaciones de las partes y si las habían cumplido; esto último requería determinar si había mediado *dolus* y si las partes se habían comportado de acuerdo con los preceptos legales y, ante la imprevisión en éstos, con la equidad natural.

El último capítulo de la primera parte analiza el concepto de buena fe en el Derecho de obligaciones norteamericano. Su autor es Robert S. Summers (Cornell), quien dedicara un conocido artículo a la materia ya en 1968 en la *Virginia Law Review*. Como entonces, Summers defiende un concepto excluyente de buena fe, esto es, no puede definirse positivamente qué sea la buena fe, pero sí que el concepto permite excluir una serie de conductas catalogables como mala fe contractual. Ello en modo alguno significa que la buena fe sea un concepto prescindible o superfluo, en la medida que las partes, aunque lo pretendan, no pueden regular de modo absolutamente exhaustivo sus relaciones jurídicas. La buena fe requiere que las partes no se conduzcan de modo deshonesto o contrario a la negociación leal, y sirve para especificar el contenido del principio *pacta sunt servanda* en relación con el concreto acuerdo, en el sentido de adecuar los deberes de las partes a la lógica interna de la relación aunque no estén particularizados o de matizar los términos expresamente empleados para describirlos. Asimismo, Summers analiza las secciones 1-203 del *Uniform Commercial Code* y 205 del *Restatement (Second) of Contracts*, que establecen el deber de las partes contractuales de someterse a los dictados del principio de la buena fe, y las conceptualizaciones que del principio han realizado los profesores S. Burton y E. A. Farnsworth.

La segunda parte del libro se dedica, como he anticipado, al estudio de los supuestos prácticos que son analizados desde la perspectiva de cada uno de los ordenamientos jurídicos antes referidos, realizando los editores, al final de cada supuesto, unas observaciones a modo de sistematización de la variedad de soluciones nacionales. Es aquí donde se manifiesta el abanico de concreciones que ofrece el principio de buena fe (los *Fallgruppen*), buena parte de las cuales ha



ganado una cierta autonomía doctrinal e institucional: los deberes precontractuales de información, la contravención de los actos propios, el retraso desleal en el ejercicio de los derechos o el abuso de las nulidades por motivos formales, por citar algunas de las más habituales. Se trata de treinta supuestos con los que se intenta mostrar la vitalidad y la potencialidad del principio de la buena fe como criterio que debe regir la actuación de las partes antes, durante y tras la relación jurídica que les une.

Con todo, los comentarios de los colaboradores del volumen ponen de relieve que existen notables diferencias entre los ordenamientos nacionales en relación con el papel que desempeña el principio general de la buena fe. Mientras que es en Alemania donde mayor desarrollo ha adquirido, y a su estela se hallan, por ejemplo, Grecia, España y Holanda, con previsiones legales específicas de adecuación de las partes a los dictados de la buena fe, los ordenamientos escandinavos son los más impermeables a la acción del principio. Tampoco ha alcanzado una extensión comparable en los ordenamientos inglés, escocés, irlandés y francés. Y, sin embargo, merece destacarse, como señalan los editores en sus observaciones finales, que a pesar de ello las soluciones a que se llega en cada ordenamiento son mucho más homogéneas de lo que cabría esperar. Sólo en un tercio de los supuestos propuestos las soluciones son claramente dispares, mientras que los dos tercios restantes o bien son resueltos del mismo modo en todos los sistemas jurídicos o bien por amplia mayoría. Diversidad de técnicas para unos resultados razonablemente homogéneos; por ejemplo, los resultados que en los ordenamientos continentales se alcanzan por medio de la valoración de la conducta de las partes a la luz de los dictados del principio de buena fe, en el Derecho inglés se obtienen por medio de la interpretación del negocio o del descubrimiento de sus *implied terms*. Pero, por otra parte, aunque todos los ordenamientos jurídicos en cuestión contuvieran una previsión legal relativa a la vigencia del principio de buena fe, ello tampoco constituiría garantía alguna de mayor uniformidad, pues el principio no impone un determinado resultado, sino que tan solo lo permite, constituye una invitación al órgano jurisdiccional, y por lo tanto su impacto dependería de la percepción dominante en cada sistema jurídico y en sus operadores. En definitiva, los autores concluyen que no es posible definir la buena fe, puesto que es un concepto con distintos significados y utilizado para propósitos variados, pero cuya influencia en el Derecho positivo no debe ser menospreciada.

Nos hallamos, pues, ante una obra ciertamente atípica en su concepción, pero realmente estimulante. Al atractivo del tema se une la posibilidad de una aproximación a la totalidad de los principales ordenamientos jurídicos nacionales de la mano de juristas pertenecientes a ellos, y la constatación de que la búsqueda de unos principios comunes a los derechos nacionales, en el marco de la unificación política y jurídica europea, constituye uno de los grandes retos que debe afrontar la doctrina iusprivatista del viejo continente. Reto al que el presente libro ofrece una aportación de primerísimo orden.

Antoni VAQUER ALOY  
Universitat de Lleida

## Revistas Extranjeras

Por Remedios **ARANDA RODRÍGUEZ**, M.<sup>a</sup> del Rosario **DÍAZ ROMERO**, Beatriz **FERNÁNDEZ GREGORACI**, M.<sup>a</sup> Paz **GARCÍA RUBIO**, Isabel **GONZÁLEZ PACANOWSKA**, Carmen **JEREZ DELGADO**, Jordi **RIBOT IGUALADA**, Alma **RODRÍGUEZ GUITIÁN**, Albert **RUDA GONZÁLEZ**, Isabel **SIERRA PÉREZ**, Josep **SOLÉ FELIU**

SUMARIO: 1. *Derecho civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Persona jurídica. 4. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 5. Derechos reales. Derecho hipotecario. 6. Derecho de familia. 7. Derecho de sucesiones. 8. Varia.–II. *Derecho mercantil*: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Contratos mercantiles. 4. Derecho cambiario. 5. Derecho concursal.–Abreviaturas.

### DERECHO CIVIL

#### PARTE GENERAL

ALPA, G.: «European Community Resolutions and the codification of Private law», *ERPL*, 2000, pp. 321-332.

El autor examina los problemas y perspectivas de desarrollo de un Derecho privado europeo. Partidario de una armonización del Derecho privado a través de la codificación, describe en primer lugar los trabajos en curso y varias cuestiones preliminares que han tenido que resolverse; expone seguidamente las ventajas de un Derecho privado unificado y se enfrenta a las críticas que genera el proyecto de un Código único. (*I. G. P.*)

BASEDOW, J.: «Das BGB im künftigen europäischen Privatrecht: Der hybride Kodex», *AcP*, mayo 2000, pp. 446-489.

En los últimos diez años ha habido un cambio de criterio acerca del papel del Código alemán, y por extensión los demás Derechos nacionales, en la construcción del Derecho privado europeo. Se examina el desarrollo actual y las perspectivas de futuro del Derecho europeo, las posibilidades de alcanzar una regulación común en diversos ámbitos y, en particular, un Código europeo del Derecho de obligaciones. (*I. G. P.*)

BONET: «Le point sur l'épuisement du droit de marque selon la jurisprudence communautaire», *RDS*, 2000, núm 21, ch. b., pp. 337-341.

Cuando surge el debate sobre la oportunidad de una equiparación internacional de los derechos de propiedad intelectual para la comercialización de productos protegidos, la Corte de Justicia de la Unión Europea afirma de forma clara su adhesión a la equiparación comunitaria en el estado actual del derecho. (*R. A. R.*)

BÜRGE: «Le code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral», *RTDC*, 2000, núm. 1, pp. 1-24.

La actual percepción del *Code civil* como expresión de la sociedad liberal, según el autor, no viene de su origen sino de una nueva interpretación científica e idealista del Código y de su influencia en la enseñanza del derecho. Igualmente, viene de la necesidad de una revisión liberal por la industrialización frente a la acción de la Administración. (R. A. R.)

BUXTON, R.: «The Human Rights Act and Private Law», *L.Q.R.*, 2000, vol. 116, pp. 48-65.

El 2 de octubre de 2000 entrará en vigor la *Human Rights Act* de 1998. Esta ley permitirá a los ciudadanos británicos invocar ante sus propios Tribunales los derechos reconocidos por el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950. Este artículo se opone a la opinión favorable a que la nueva ley sirva para extender la protección de esos derechos a las relaciones entre particulares. El autor apunta, con todo, que puede influir sobre los Tribunales civiles y que, por ejemplo, contribuirá al definitivo desarrollo en el Derecho inglés de la protección extracontractual del derecho a la intimidad. (J. R. I.)

CUBEDDU, M. G.: «L'armonizzazione del diritto privato (a proposito di un recente convegno)», *RDC*, 2000, núm. 2, parte segunda, pp. 293-294.

Consideraciones acerca de la armonización del Derecho Privado Europeo. (M. R. D. R.)

DANTONEL-COR: «Le régime juridique de l'intercommunalité après l'adoption de la loi n. 99-586 du 12 juillet 1999», *RDS*, 2000, núm. 25, ch. r., pp. 395-402.

Comentario a la Ley de intercomunicación. (R. A. R.)

DELMAS-MARTY: «L'espace judiciaire européen, laboratoire de la mondialisation», *RDS*, 2000, núm. 27, ch. r., pp. 421-426.

Tendencia a la unificación jurídica y también judicial. Renacimiento del *ius commune* coordinando las distintas tradiciones jurídicas nacionales con la influencia de la economía y de los derechos humanos. (R. A. R.)

FIKENAUER, Th.: «Zur Bestimmung der gesetzlichen Annahmefrist in § 147 II BGB. LAG Berlin, NZA-RR 1999, 355», *JuS*, 2000, pp. 118-123.

La fijación de un plazo de aceptación en el § 147 II del BGB. Comentario a la sentencia del LAG de Berlín de 25 de julio de 1996. (M. P. G. R.)

FIKENAUER, Th.: «Zum Begriff der Rechtsnachfolge in § 221 BGB», *JZ*, 2000, pp. 241-247.

Sobre el concepto de sucesión de derechos en el parágrafo 221 BGB. (M. P. G. R.)

FRISON-ROCHE/BARANÈS: «Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi», *RDS*, 2000, núm. 23, ch. r., pp. 368 y ss. (I. S. P.)

GIACOBBE, G.: «La giurisprudenza fonte primaria del diritto: prime riflessioni su di una controversa ordinanza del Tribunale di Roma –nota a Trib. Roma 17 febbraio 2000 (ord)», *GC*, 2000, núm. 4, pp. 1163-1168. (*M. R. D. R.*)

GUARNERI, A.: «Gli usi e il sistema delle fonti del diritto civile», *RDC*, 2000, núm. 1, parte seconda, pp. 19-34.

Revisión del sistema de fuentes en los países de *Civil Law*: los usos y sus límites temporales, espaciales y sectoriales. Tipos y medios de conocimiento. (*M. R. D. R.*)

HARVARD LAW REVIEW: «Developments in the Law-The Paths of Civil Litigation», *Harvard L. Rev.*, 2000, vol. 113, núm. 7, pp. 1753-1875.

Parafraseando el título del famoso artículo del juez Holmes, la redacción de la *Harvard Law Review* dedica su último informe sobre la evolución actual del Derecho a los diferentes caminos por los que transitan hoy los pleitos civiles en los Estados Unidos. Se examinan diversos ejemplos concretos, cuyo elemento común radica, además de en su novedad, en que ilustran la contraposición latente entre una concepción *privada* de la función de los Tribunales civiles y su creciente función *pública* en la resolución de cuestiones políticas y sociales. Como ejemplo de este segundo enfoque se analizan los pleitos contra los fabricantes y los distribuidores de armas ligeras. En este caso, mediante la reinterpretación del llamado *public nuisance tort* las autoridades tratan de eliminar las bases materiales de la comisión de delitos aprovechando la mayor flexibilidad de las técnicas civiles. Otro ejemplo es el de los *punitive damages*, llamados a cumplir una función de prevención general, lo que les acerca a instrumentos de Derecho público. El informe se centra en la jurisprudencia constitucional más reciente y propone una reforma encaminada a aclarar los objetivos y los límites de este tipo de indemnizaciones. Como punto donde se entremezclan los aspectos público y privado del enjuiciamiento civil, seguidamente se examinan las llamadas *class actions* a la luz de los dos principios que justifican su admisión: la eficiencia judicial y la justicia procedimental. Tras detectar que, entre otros graves problemas, este tipo de procesos está en entredicho por el conflicto de intereses entre los demandantes y sus abogados, se acoge favorablemente la propuesta de crear un mercado de acciones de clase que cree incentivos para que los abogados inviertan eficientemente tiempo y dinero en las demandas. Por último, como muestra de una concepción *privada* del enjuiciamiento civil, se traen a colación los medios de *Alternative Dispute Resolution*. A pesar del indudable respaldo de tribunales y legisladores, el informe señala ciertos riesgos derivados del carácter flexible e informal de esos instrumentos y propone remedios para evitarlos. (*J. R. I.*)

HOPPE, T.: «Gewinnorientierte Persönlichkeitsverletzung in der europäischen Regenbogenpresse», *ZEuP*, núm. 1, 2000, pp. 29-50.

Muchas de las decisiones judiciales innovadoras en materia de protección de la personalidad, se han pronunciado con ocasión de las demandas interpuestas por personajes conocidos contra la prensa sensacionalista. La lesión de derechos de la personalidad proporciona ingentes ingresos que, según el autor, habría de corresponder a los afectados. El estudio versa sobre distin-

tas cuestiones relacionadas con la protección de la intimidad, las causas que pueden justificar la intromisión y los criterios determinantes de la indemnización, entre los que se encuentra, en importante medida, la ganancia obtenida con la información indebidamente difundida. (*I. G. P.*)

JAKOBS, H. H.: «Verfügung eines Nichtberechtigten durch Verfügungsmachtmißbrauch», *JZ*, 2000, pp. 28-32.

Disposición por persona no autorizada, a través del abuso del poder de disposición. Comentario a la sentencia del BGH de 4 de febrero de 1999. (*M. P. G. R.*)

KRAMER, E. A.: «Der Einfluss des BGB auf das schweizerische und österreichische Privatrecht», *AcP*, mayo 2000, pp. 365-400.

La prioridad temporal de la codificación en Austria y en Suiza sirve al autor para demostrar, entre otros argumentos, que el Derecho privado austriaco y suizo no pueden quedar reducidos a la consideración de Ordenamientos pertenecientes a la familia alemana, pues son distintos los presupuestos filosóficos de una y otra labor codificadora y existen, por otra parte, importantes diferencias de regulación. Con todo, estima que la influencia alemana se ha producido sobre todo a partir de la pandectística y en lo que R. Sacco ha denominado la *circolazione di modelli*, determinando la recepción de argumentos y construcciones jurídicas, y, más tarde, guiando la labor del legislador. Se analizan las principales repercusiones y se augura que, en un futuro, la influencia sea recíproca, en la construcción del Derecho privado europeo. (*I. G. P.*)

LIPARI, N.: «Diritto privato e diritto privato europeo», *RTDPC*, 2000, núm. 1, pp. 7-26.

Reflexión acerca de la unificación del Derecho privado europeo, para superar la diversidad de derechos estatales, con especial referencia al conflicto entre el Derecho interno y el Derecho comunitario, la teoría de las fuentes y las técnicas de interpretación en el método comparativo. (*M. R. D. R.*)

LOISEAU: «Typologie des choses hors du commerce», *RTDC*, 2000, núm. 1, pp. 47-63.

Delimitación de las cosas *extracomercium*. Análisis de los distintos grupos y su contraposición con las cosas *intracomercium*. (*R. A. R.*)

MAISTRE DU CHAMBON y otros: «Où trouver la jurisprudence», *RDS*, 2000, núm. 13, ch. r., pp. 197-202. (*I. S. P.*)

MARGUÉNAUD: «Le droit à l'expertise équitable», *RDS*, 2000, núm. 7, ch. r., pp. 111-115.

La garantía de un proceso justo ¿lleva consigo también la de una solución equitativa? Derecho de acceso a un experto a ser asistido por un técnico «abogado-ingeniero». (*R. A. R.*)

MURARO, G.: «Prassi, usi negoziali e usi normativi», *NGCC*, 1999, núm. 6, pp. 443-452.

Artículo acerca de la categoría de los usos negociales y de los usos normativos y la relación de dichos usos con el sistema de las normas legales. (*Alma R. G.*)

PONTIER: «A quoi servent les lois?», *RDS*, 2000, núm. 4, ch. r., pp. 57-60. (*R. A. R.*)

PUIG FERRIOL, L.: «Das deutsche BGB und das spanische Zivilrecht», *ZEuP*, núm. 2, 2000, pp. 195-199.

Análisis de la influencia del Derecho alemán sobre el Derecho civil español: tanto desde el punto de vista de su repercusión en la doctrina, como su reflejo en la labor del legislador, en especial en Cataluña. (*I. G. P.*)

SACCO, R.: «La diversità nel diritto (a proposito dei problemi di unificazione)», *RDC*, 2000, núm. 1, parte primera, pp. 15-30.

Reflexión acerca de la evolución del Derecho privado hacia la unificación en aras de un derecho uniforme: diversidad de culturas y costes de la unificación. (*M. R. D. R.*)

VIALA: «Le droit malgré tout», *GP*, 2000, núm. 177-179, pp. 3-7.

La importancia del Derecho a nivel mundial. Ciencia y convenciones internacionales. Consecuencias de la falta del Derecho en el mundo. (*I. S. P.*)

VV. AA.: «Gazette européenne», *GP*, 2000, núm. 159-160.

Número especial sobre Derecho europeo y su incidencia en los derechos fundamentales. (*I. S. P.*)

WITZ: «Plaidoyer pour un code européen des obligations», *RDS*, 2000, núm. 5, ch. r., pp. 79-83.

El autor tiende a la europeización total del Derecho de obligaciones, con un Código de contratos y obligaciones. Argumentos a favor y contestación a los inconvenientes. (*R. A. R.*)

## DERECHO DE LA PERSONA

AMATO, S.: «Tendenze nichilistiche del Diritto moderno: la sterelizzazione», *Archiv. Giur.*, 2000, 1, pp. 7-22.

El autor realiza un análisis del significado de la esterilización voluntaria desde un punto de vista filosófico y moral; tomando en consideración jurisprudencia alemana e italiana, se plantea así mismo la posibilidad de que el tema tratado sea considerado en casos concretos como un punto de conexión entre el Derecho de Familia y el Derecho de Obligaciones y Contratos. (*B. F. G.*)

AYACHE: «Des prénoms pour la vie?», *GP*, 2000, núms. 89-90, pp. 15-16.

Evolución del estatuto del nombre en Derecho francés. (*I. S. P.*)

BALDINI, G.: «Il nascituro e la soggettività giuridica», *DFP*, 2000, núm. 1, pp. 334-362.

Artículo acerca de la capacidad jurídica del concebido y no nacido. (*Alma R. G.*)

BARNETT, S.R.: «*The Right to One's Own Image: Publicity and Privacy Rights in the United States and Spain*», *Am. J. Comp. L.*, 1999, vol. 47, núm. 4, pp. 555-581.

Análisis comparado del tratamiento legal y jurisprudencial del Derecho a la propia imagen en los Estados Unidos y en España. Según el autor, ambos ordenamientos conducen a resultados similares, si bien la protección es un poco superior en España, especialmente para las personas famosas. (*J. R. I.*)

BÉCOURT: «*Droits d'auteur des journalistes et diffusion sur internet*», *GP*, 2000, núm. 68-69, pp. 2-9.

Estudio a propósito de la sentencia de 13 de abril de 1999 por el TGI de París sobre el asunto *Fígaro*. (*I. S. P.*)

BIGOT: «*Journalisme et recel*», *RDS*, 2000, núm. 8, ch. r., pp. 167-173.

Notas a la sentencia de la Corte de Apelación de París de 16 de junio de 1999. (*I. S. P.*)

BOUTET: «*La liberté d'expression publicitaire selon l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*», *RDS*, 2000, núm. 2, ch. r., pp. 26-32.

La Corte de casación civil francesa, al igual que el Tribunal de Estrasburgo, aplica el artículo 10.1.º CEDH a la publicidad comercial dentro de la libertad de expresión, cosa que los tribunales penales franceses no hacen. (*R. A. R.*)

BUSNELLI, F. D.: «*Il problema della clonazione riproduttiva*», *RDC*, 2000, núm. 2, parte primera, pp. 175-184.

Análisis del fenómeno de la clonación: fundamentos éticos y principios constitucionales. Observación del régimen jurídico de derecho comparado: el sistema americano y europeo. (*M. R. D. R.*)

CASSANO, G.: «*Criteri operativi concernenti lo sfruttamento della immagine altrui*», *DFP*, 2000, núm. 1, pp. 30-42.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Casación de 10 de junio de 1997 núm. 5175 respecto al daño causado por el uso económico ilícito de la imagen ajena. (*Alma R. G.*)

CASSANO, G.: «*Falsa luce negli occhi dei fedeli: novità in tema di risarcimento del danno da lesione ai diritti della personalità (A proposito di Trib. Verona 26 febbraio 1996)*», *DFP*, 2000, núm. 1, pp. 421-435.

Reflexiones acerca del resarcimiento del daño causado por lesión a la identidad personal. (*Alma R. G.*)

CATALLOZZI, M.: «*Dati sanitari e dati genetici: una frontiera aperta?*», *NGCC*, 1999, núm. 6, pp. 831-838.

Intereses contrapuestos en la circulación de datos sanitarios: la intimidad y la salud. (*Alma R. G.*)

CORBET, J.: «Cinq ans après, première évaluation de la nouvelle loi belge sur le droit d'auteur», *RIDA*, núm. 183, enero 2000, pp. 109-243.

El autor evalúa la nueva ley belga sobre derecho de autor de 30 de junio de 1994, tras los cinco primeros años de su aplicación. Se estudian tanto las normas legales como la jurisprudencia de estos últimos años. (*C. J. D.*)

DEBOISSY/SAINT-PAU: «La divulgation d'une information patrimoniale (à propos de l'affaire Calvet)», *RDS*, 2000, núm. 17, ch. r., pp. 267-274.

Contrariamente a la opinión comúnmente admitida, se puede demostrar que la información patrimonial es una información personal protegida frente a terceros por el derecho de respeto a la vida privada. (*R. A. R.*)

DOGLIOTTI, M.: «Trattamento dei dati e tutela della persona», *DFP*, 1999, núm. 4, pp. 1289-1295.

Artículo dedicado a la protección de los datos personales en relación con el derecho a la intimidad. (*Alma R. G.*)

EDELMAN: «Du mauvais usage des droits de l'homme (à propos de TGI Paris 23 février 1999)», *RDS*, 2000, núm. 29, ch. b., pp. 455-458.

Estudio donde se afronta el choque entre los derechos humanos y el derecho de autor. (*R. A. R.*)

FOSSIER: «Le rapport du Groupe Jean Favard sur le dispositif de protection des majeurs», *SJ*, 2000, núm. 23, Actualité, pp. 1055-1057.

El mandato tutelar y la protección de la ley de 1968, otras protecciones. (*I. S. P.*)

FRAGOLA, A.: «Aspetti giuridici dell'audiovisivo – 13.<sup>a</sup> serie», *Dir. Aut.*, 2000, núm. 1, pp. 1-11.

Artículo dedicado a la tutela de los menores ante la violencia de las imágenes. (*Alma R. G.*)

FRESNEL: «Eloge de la folie par le droit, ou comment le droit apprécie-t-il l'alteration des facultés mentales», *GP*, 2000, núm. 215-216, pp. 2-20.

Delimitación de la expresión «alteración de facultades mentales». Contenido de ese concepto. (*I. S. P.*)

HERZOG-EVANS: «Homme, homme juridique et humanité de l'embryon», *RTDC*, 2000, núm. 1, pp. 65-78.

Distinción entre hombre biológico y hombre jurídico. Análisis sobre el carácter humano del embrión: derecho positivo, permiso legal para utilizarlo médicamente provocando su muerte. (*R. A. R.*)

HOHL/VALDING: «Protection des personnes vulnérables. Le droit français devrait-il s'inspirer du Droit allemand?», *GP*, 2000, núm. 98-99, pp. 8-9.

Aumento de personas mayores incapaces de proteger sus intereses por los cambios demográficos y médicos. Reforma del sistema tutelar en Francia y su diferencia con el sistema único alemán de asistencia de 1999. (*I. S. P.*)



HUBER, P. M./BUTZKE, K.: «Das neue Staatsangehörigkeitsrecht und sein verfassungsrechtliches Fundament», *NJW*, 1999, pp. 2769-2775.

El nuevo derecho de la nacionalidad y su fundamento constitucional.

Desde un punto de vista constitucional, se analiza la ley alemana de 21 de mayo de 1999, en vigor desde el primero de enero de 2000, que trata de favorecer una integración de los extranjeros residentes en Alemania por largo tiempo, así como de los hijos de aquéllos nacidos en Alemania. (*M. P. G. R.*)

HUYETTE: «Autorité parentale. Le contradictoire en assistance éducative», *RDS*, 2000, núm. 31, ch. r., pp. 661-664.

Notas a la sentencia de la Corte de apelación de Lyon de 26 de junio de 2000. Fundamento del acceso del dossier y los derechos del menor. (*R. A. R.*)

LAURENT-MERLE: «Le secret des données médicales et la protection de la vie privée: un secret de polichinelle?», *RDS*, 2000, núm. 24, ch. r., pp. 521-527.

Notas a la sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos de 27 de agosto de 1997. (*R. A. R.*)

MALLET-POUJOL: «Diffamation et vérité historique», *RDS*, 2000, núm. 10, ch. r., pp. 226-231.

Notas a la sentencia de la Corte de Apelación de París de 10 de febrero de 1999. (*R. A. R.*)

MARTIN: «L'Homme des droits», *RTDC*, 2000, núm. 2, pp. 283-288.

El autor se ocupa del estudio del sujeto al que pertenecen los derechos humanos como concepto abstracto e intemporal. (*R. A. R.*)

MOROZZO DELLA ROCCA, P.: «Il diritto all'identità personale non comprende il predicato nobiliare – nota a App. Messina 13 dicembre 1999», *GC*, 2000, núm. 4, pp. 1130-1138. (*M. R. D. R.*)

NEIRINCK: «La dualité de régime de l'administrateur *ad hoc* des mineurs», *SJ*, 2000, núm. 20, 1-228, pp. 899-904.

Sobre la función de la administración *ad hoc*, señala la discrepancia entre lo que recoge el Código civil y las atribuciones asignadas por confusión. La demanda judicial de la administración *ad hoc*. (*I. S. P.*)

NEUNER, J.: «Die Stellung Körperbehinderter mit Privatrecht», *NJW*, 2000, pp. 1822-1833.

La posición jurídica de los impedidos físicos en Derecho privado.

El autor trata típicos problemas de los impedidos físicos frente a los negocios jurídicos en general, los contratos en especial y frente a la responsabilidad no contractual, proyectando el estudio a las implicaciones constitucionales. (*M. P. G. R.*)

NGUYEN DUC LONG, Ch.: «Intégrité et numérisation des oeuvres de l'esprit», *RIDA*, núm. 183, enero 2000, pp. 3-107.

El artículo desarrolla la cuestión, en relación con el derecho de autor, del respeto por la integridad de la obra, a la vista de la masiva utilización de los multimedia. El trabajo toma como punto importante de referencia la

labor de la jurisprudencia francesa, se describen los riesgos que plantea la difusión digitalizada de las obras y aporta posibles soluciones para reducirlos o para frenar comportamientos ilícitos. La flexibilización de la normativa protectora del derecho a la integridad de la obra sería una buena medida para el tratamiento de las obras digitalizadas. (C. J. D.)

PALMERI, G.: «Il transessualismo tra autonomia privata e indisponibilità del corpo», *DFP*, 1999, núm. 4, pp. 1331-1354.

Problemas jurídicos respecto al cambio de sexo y tutela de la persona. (Alma R. G.)

PALMIERI, A.: «Protezione dei dati personali e diritto di cronaca: verso un nuovo ordine?», *FI*, 2000, núm. 2, pp. 664-675.

Nota al Decreto del Tribunal de Milán de 14 de octubre de 1999 respecto a la relación entre el derecho a la identidad personal y los datos personales. (Alma R. G.)

RAVANAS: «Liberté d'expression et protection des droits de la personnalité», *RDS*, 2000, núm. 30, ch. r., pp. 459-462. (R. A. R.)

STENICO, E.: «Test attitudinali e tutela della sfera privata del lavoratore», *NGCC*, 2000, núm. 1, pp. 41-46.

Comentario a la Ordenanza de la Pretura de Pisa de 30 de marzo de 1999 sobre el tratamiento de los datos personales respecto al contrato de trabajo: derecho a la intimidad del trabajador. (Alma R. G.)

TALLACCHINI, M.: «La capacità procreativo/riproduttiva: atto umano o processo corporeo?», *Archiv.Giur.*, 2000, 1, pp. 127-162.

Este artículo intenta delinear una concepción jurídica del cuerpo humano basándose en la Constitución italiana y textos legales del mismo país, así como en normas de ámbito europeo e internacional. El estudio se refiere fundamentalmente a la problemática relativa a la posibilidad de disponer de la propia capacidad de procreación y, en concreto, a la esterilización voluntaria. (B. F. G.)

VV. AA.: «Droits fondamentaux et Convention européenne des droits de l'homme», *GP*, 2000, núm. 142-144.

Número especial dedicado a los derechos fundamentales en la Convención europea. (R. A. R.)

ZATTI, P.: «Il diritto a scegliere la propria salute», *NGCC*, 2000, núm. 1, pp. 1-12.

Estudio de la salud en cuanto derecho fundamental. (Alma R. G.)

## PERSONA JURÍDICA

BEHR, J.: «Die Vollstreckung in Personengesellschaften», *NJW*, 2000, 1137-1144.

La ejecución en sociedades personales. El autor plantea los problemas habituales que presenta la ejecución contra la sociedad de derecho civil, la sociedad mercantil o contra sus socios. (M. P. G. R.)

DE GIORGI, M. V.: «Il controllo sull'amministrazione delle fondazioni», *NGCC*, 1999, núm. 6, pp. 786-790.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Salerno de 27 de enero de 1999 sobre los poderes de la autoridad pública respecto a la administración de la fundación. (*Alma R. G.*)

FUSARO, A.: «Diffamazione dell'ente mediante offesa rivolta ad un suo componente. Lesione all'onore della Corte dei Conti», *NGCC*, 1999, núm. 6, pp. 793-800.

Concurrencia de la lesión al honor del miembro de la persona jurídica y de la lesión al honor de dicha persona jurídica. (*Alma R. G.*)

RUBIO: «La convention européenne sur la reconnaissance de la personnalité juridique des organisations internationales non gouvernementales», *GP*, 2000, núm. 238-242, pp. 2-8.

Ratificación de la Convención Europea sobre reconocimiento de personas jurídicas a las ONG internacionales en Francia. Reconocimiento de su papel y análisis de la Convención. (*I. S. P.*)

#### OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

AHRENS, C.: «Von der Postition als Sicherungsvertragspartei unabhängige Einreden gegen die Sicherungsgrundschuld auf Grund des Kausalgeschäfts», *AcP*, abril 2000, pp. 123-148.

Estudio sobre las excepciones oponibles por el propietario de un fundo gravado con una deuda territorial establecida como garantía de un crédito, con base en el § 1157.1 BGB. (*I. G. P.*)

ALBERTINI, L.: «Il caso Burberrys: marchi di forma (anche se bidimensionali) e rapporto tra azione di contraffazione e azione di concorrenza sleale confusoria - nota a Cass. 29 maggio 1999 n. 5243», *GC*, 1999, núm. 12, pp. 3324-3336. (*M. R. D. R.*)

ALFANDARI: «L'adhésion forcée à une association de chasse est condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme», *RDS*, 2000, núm. 9, ch. r., pp. 141-145. (*R. A. R.*)

ANGELONI, F.: «Il principio di relatività del contratto quale regola generale per la soluzione dei conflitti di diritti», *CI*, 1999, núm. 3, pp. 897-919.

Estudio de diversas hipótesis que consisten en un conflicto de derecho no resuelto por el legislador que pueden reconducirse al principio de relatividad de los contratos. (*Alma R. G.*)

ANNUNZIATA, M.: «La tutela risarcitoria per lesione di interessi legittimi operante nell'ambito dell'ordinamento giuridico - nota a TAR Veneto 19 marzo 1999 n. 356 (ord)», *GC*, 2000, núm. 2, pp. 623-625. (*M. R. D. R.*)

ATIAS: «Autorisation de travaux et droit acquis (art. 25 b., L. 10 juill. 1965)», *RDS*, 2000, núm. 15, ch. r., pp. 233-237.

La necesidad de autorización no es un requisito formal. Razones de la autora y modos. (*R. A. R.*)

AUCKENTHALER: «Le droit de subrogé aux intérêts de la créance», *RDS*, 2000, núm. 11, ch. r., pp. 171-172.

Incertidumbre del derecho de subrogación en la atribución de los intereses del crédito, hasta el montante que él pagó. Estudio de la doctrina y la jurisprudencia que opinan sobre su posibilidad de subrogarse también en los intereses. (*R. A. R.*)

BAILEY, S. H./BOWMAN, M. J.: «Public Authority Negligence Revisited», *Cambridge L. J.*, 2000, vol. 59 (1), pp. 85-132.

El artículo plantea si los principios del *tort of negligence* en los ordenamientos angloamericanos son válidos para regir la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos. Mientras que algunos autores sostienen que las reglas del derecho privado resultan por sí solas insuficientes, y que por ello deben arbitrarse mecanismos de protección adicionales conforme a la naturaleza pública de la actuación desarrollada, Bailey y Bowman defienden que la amplitud y flexibilidad con que los tribunales configuran el *tort of negligence* bastan para dar respuesta a los problemas de la responsabilidad de la Administración desde el Derecho privado. (*J. S. F.*)

BALESTIERI, M.: «La preordinata volontà di non pagare il corrispettivo come causa di nullità della compravendita – nota a Cass. 15 giugno 1999 n. 5917», *GC*, 2000, núm. 1, pp. 135-137. (*M. R. D. R.*)

BECKER, U./RUSCH: «Das Problem des Entwicklungsrisikos und der *state of the art defense* im deutschen, französischen und US-amerikanischen Recht», *ZEuP*, núm. 1, 2000, pp. 90-105.

El problema de los riesgos del desarrollo y el estado de la cuestión en Derecho alemán, francés y estadounidense. (*I. G. P.*)

BÉCOUR: «À propos de l'accord conclu entre la direction du Figaro et les journalistes», *GP*, 2000, núm. 224-225, pp. 7-8.

La consagración de los derechos de autor de los periodistas y el respeto al derecho moral. Su remuneración. (*I. S. P.*)

BEN-SHAHAR, O./BERNSTEIN, L.: «The Secrecy Interest in Contract Law», *Yale L. J.*, 1999, vol. 109, pp. 1885-1925.

El análisis económico del Derecho considera que el resarcimiento del interés contractual positivo es una medida eficiente ante el incumplimiento contractual. No obstante, para obtener dicho resarcimiento, el acreedor puede tener que revelar información empresarial que en realidad preferiría mantener en secreto. El artículo desarrolla el concepto de «interés en el secreto» (*secrecy interest*) de cara a la reforma del *Uniform Commercial Code* americano. El objetivo es que no se obligue al acreedor a revelar información privada o relativa a sus empresas. (*A. R. G.*)

BERLY: «Désordres évolutifs (état de la jurisprudence)», *RDI*, 2000, núm. 2, pp. 115-120.

Responsabilidad legal de los constructores. Estudio de la noción de desorden evolutivo y su análisis jurisprudencial. (*I. S. P.*)

BERNARDEAU: «Le droit de rétractation du consommateur. Un pas vers une doctrine d'ensemble. A propos de l'arrêt CJCE 22 avril 1999, Travel Vac, aff. C-423/97», *SJ*, 2000, núm. 14, I-218, pp. 623-628.

Estudios del campo de aplicación del derecho de desistimiento a favor del consumidor en relación con las directivas 85/577 CE y 97/7 CE. El régimen de este derecho en cuanto a las condiciones de fondo y de forma. (*I. S. P.*)

BIRKS, P.: «Rights, Wrongs and Remedies», *Oxford J. Legal Stud.*, 2000, vol. 20, núm. 1, pp. 1-37.

El presente artículo propone desterrar la palabra *remedies* del vocabulario jurídico propio del *Common Law*, donde su uso está tan extendido. Según la visión imperante, formulada en los *Commentaries on the Laws of England* de *W. Blackstone*, cuando una persona sufre una violación de sus derechos (*rights*) se produce un ilícito civil (*wrong*), frente al cual el Derecho responde concediendo a aquélla una acción, instrumento mediante el cual obtener un «remedio» (*remedy*). Birks estudia los distintos sentidos de esta palabra y las razones que, a su juicio, hacen preferible hablar de «derechos». Entre ellas, cita, en primer lugar, la necesidad de que el Derecho utilice un lenguaje claro (*remedy* es, según él, un término impreciso con implicaciones propias de la Medicina). En segundo lugar, menciona el hecho de que el Derecho responde también ante sucesos que no son propiamente *wrongs*, como por ejemplo el cobro de lo indebido. (*A. R. G.*)

BOEDEL: «Les contrats d'abonnement aux clubs de sport à caractère lucratif», *GP*, 2000, núm. 189-190, pp. 2-5.

Problemas de los contratos de abono. Cláusulas abusivas. Necesidad de forma escrita. Obligaciones de las partes. (*I. S. P.*)

BOLEGO, G.: «Le conseguenze patrimoniali del licenziamento illegittimo tra responsabilità oggettiva e responsabilità per inadempimento», *NGCC*, 1999, núm. 6, pp. 805-809.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Casación de 21 de septiembre de 1998 núm. 9464 sobre el fundamento jurídico de la responsabilidad patrimonial del empleador por despido improcedente. (*Alma R. G.*)

BONAMORE, D.: «Danni da occupazione acquisitiva – nota a Cass., sez., un., 21 luglio 1999 n. 484», *GC*, 2000, núm. 1, pp. 98-105. (*M. R. D. R.*)

BROHM, W.: «Städtebauliche Verträge zwischen Privat - und Öffentlichem Recht. Zugleich ein Beitrag zu den Einheimischen-Modellen», *JZ*, 2000, pp. 321-332.

El contrato administrativo de obra: entre el Derecho público y privado. (*M. P. G. R.*)

BRÜGGEMEIER, G.: «Zur Reform des deutschen Kaufrechts-Herausforderungen durch die EG-Verbrauchsgüterkaufrichtlinie», *JZ*, 2000, pp. 529-538.

Hacia la reforma del Derecho alemán de la compraventa. Desafíos ante la Directiva de venta de bienes de consumo.

La Directiva 1999/44/UE, debe ser traspuesta al Derecho alemán antes del 1 de enero de 2002. El significado de esta armonización del Derecho de la compraventa difícilmente puede ser exagerada.

El autor muestra su parecer sobre este significado, pero sobre todo en los aspectos que no son regulados por la Directiva: el regreso y las reclamaciones de daños. Estas cuestiones y las consiguientes obligadas actuaciones del legislador alemán constituyen el tema del presente artículo. El autor se pronuncia por una nueva regulación de la garantía en la compraventa y en la reclamación de daños en el seno del BGB. (*M. P. G. R.*)

BUS: «À la recherche de la condition purement potestative: le cas des ventes immobilières», *RDI*, 2000, núm. 1, pp. 9-15.

Estudio sobre la licitud de los principales tipos de condición suspensiva en las ventas inmobiliarias ante la sanción del artículo 1174 del *Code*. Determinación de los criterios de validez. (*I. S. P.*)

CAHEN: «Le secret professionnel et la lutte contre la corruption», *GP*, 2000, núm. 44-46, pp. 2-7.

El secreto profesional como necesidad, no como privilegio. Su protección. Directivas comunitarias de 1991 y de 14 de julio de 1999. (*I. S. P.*)

CAMPEIS, G.: «Azioni risarcitorie da responsabilità civile automobilistica contro eteroresidenti e limiti della domiciliazione presso l'UCI», *NGCC*, 1999, núm. 6, pp. 760-765.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Casación de 12 de enero de 1999 núm. 259 sobre el seguro obligatorio en la responsabilidad civil por accidentes de circulación. (*Alma R. G.*)

CANARIS, C-W.: «Wandlungen des Schuldvertragsrechts—Tendenzen zu seiner *Materialisierung*», *AcP*, mayo 2000, pp. 276-364.

El texto recoge en gran medida la conferencia pronunciada por el autor en las Jornadas de la Asociación Alemana de Profesores de Derecho civil, Salzburg, el 27 de septiembre de 1999. Bajo el título general de «Transformaciones del Derecho contractual», se enuncia el principio «Tendencia hacia su materialización». La «materialización» tiene diversos significados, según se refiera a la libertad contractual, a la justicia del contenido o a los principios políticos que están en la base del Derecho de contratos. Los tres significados se analizan de manera crítica a la luz de los instrumentos utilizados para conseguir dicha materialización a través de la evolución jurisprudencial o con la promulgación de nuevas normas; el autor examina la aplicación del párrafo 138 BGB, la función de la culpa *in contrahendo*, la justificación y los límites del control de contenido de las condiciones generales de los contratos y, por último, la ruptura del principio *pacta sunt servanda*, al consagrarse legalmente el derecho de revocación como instrumento de tutela del consumidor. (*I. G. P.*)

CANE, P.: «Note: Vicarious Liability for Sexual Abuse», *L. Q. R.*, 2000, vol. 116, pp. 21-26.

Comentario sobre dos sentencias de la Corte Suprema de Canadá, de 17 de junio de 1999, relativas a la eventual responsabilidad del empresario por abusos sexuales a niños cometidos por alguno de sus empleados: *Bazley v. Curry* (1999) 174 D.L.R. (4th) 45; *Jacobi v. Griffiths* (1999) 174 (4th) 71. Para establecer la responsabilidad del empresario, la Corte Suprema considera que debe aplicarse el «test de la proximidad en la conexión» (*the close connection test*): se trata de establecer si la conexión entre el *tort* cometido por el empleado y la actividad del empresario es suficientemente próxima para imponer responsabilidad vicaria sobre el empresario. Este criterio supera algunas dificultades derivadas de la distinción entre la actuación del trabajador bajo la autorización del empresario o sin ella, mas su determinación es, al final, una cuestión de hecho que depende de lo que cada juez decida a vista de las circunstancias del caso. (*J. S. F.*)

CARSANA, V.: «Risarcimento del danno da vizi nella locazione, tra immissioni, autorresponsabilità e tutela del diritto alla salute», *NGCC*, 2000, núm. 1, pp. 48-61.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Casación de 3 de febrero de 1999 núm. 915 acerca de la venta de un inmueble que sufre immissiones: algunas reflexiones sobre viejos y nuevos argumentos en materia de garantía por vicios. (*Alma R. G.*)

CARUSSI, D.: «Indennità d'avviamento, prelazione e riscatto: prospettive di riforma delle locazioni non abitative», *RDC*, 2000, núm. 1, parte segunda, pp. 1-17.

Análisis de la reforma sobre arrendamientos destinados a uso distinto de vivienda, y en especial del local comercial. Medios de defensa en la Ley 392 de 1978: función reparadora, redistributiva, derechos de adquisición preferente, etc. (*M. R. D. R.*)

CATTAN: «Assiste-t-on à une extension croissante de la responsabilité des constructeurs?», *GP*, 2000, núm. 75-76, pp. 2-9.

Evolución de los desórdenes de daños por intermediarios en la responsabilidad decenal. La jurisprudencia ante la responsabilidad presunta del constructor por equipos industriales. (*I. S. P.*)

CHABAS: «L'obligation médicale d'information en danger», *SJ*, 2000, núm. 11, I-212, pp. 459-462.

Breves comentarios a una sentencia sobre: la prueba: contenido; la sanción por defecto, todo ello en relación con la obligación de información. (*I. S. P.*)

CHABAS: «Cent ans de responsabilité civile», *GP*, 2000, núm. 236-237, pp. 2 y ss.

Estudios sobre la evolución de la jurisprudencia a lo largo del siglo XX: el declive de la responsabilidad subjetiva; las distintas responsabilidades y sus sujetos; la reparación del daño. (*I. S. P.*)

CHAUVAUX: «Le devoir d'information des malades et leur consentement dans les hôpitaux», *GP*, 2000, núm. 180-181, pp. 21-31.

Conclusiones a la decisión del Consejo de Estado de 5 de enero de 2000, sala 5.<sup>a</sup> contenciosa, sobre responsabilidad médica. (*I. S. P.*)

CHECCHINI, A.: «La promessa del fatto del terzo (parte II)», *RDC*, 1999, núm. 6, parte primera, pp. 665-702.

Análisis del significado de las promesas de garantías personales, y naturaleza de la indemnización en la promesa de responsabilidad por actos de tercero. (*M. R. D. R.*)

CHERUBINI, M.C.: «Sul c.d. diritto di ripensamento», *RDC*, 1999, núm. 6, parte segunda, pp. 695-714.

Estudio del derecho de cancelación de pedidos, en el marco de la protección de consumidores, respecto del contrato de venta a distancia. Estudio de la figura como nueva técnica de tutela de la voluntad contractual. (*M. R. D. R.*)

CHINDEMI, D.: «Il danno edonistico», *NGCC*, 2000, núm. 1, pp. 8-12.

Comentario a la sentencia del tribunal de Milán de 1 de abril de 1999 respecto a la valoración del daño a la salud psíquica por la pérdida de un pariente cercano. (*Alma R. G.*)

CONK, G. W.: «Is There a Desing Defect in the Restatement (Third) of Torts: Products Liability?», *Yale L. J.*, 2000, vol. 109, núm. 5, pp. 1087-1133.

Análisis de la regla prevista en el proyecto de *Restatement (Third) of Torts: Products Liability*, en relación con los defectos de diseño. El texto de la sección 2 introduce un sistema de responsabilidad por culpa para esta categoría de defectos basado en la existencia de un diseño alternativo más seguro, pero de esta regla se excluyen los medicamentos y los instrumentos médicos. A estas categorías de productos la sección 6(c) del *Restatement* aplica el clásico criterio de responsabilidad por culpa basado en el análisis global «riesgo-beneficio». Conk critica esta opción porque obliga a los tribunales a considerar en abstracto a los consumidores en general, y les impide distinguir categorías específicas de enfermos (p. ej., hemofílicos). Considera que la regla de la sección 2 (responsabilidad por culpa basada en el criterio del diseño alternativo más seguro) debería extenderse a cualquier tipo de defecto de diseño, sin distinción. (*J. S. F.*)

CORSARO, L./IANNOTÀ, R.: «La sentenza n. 500 del 1999 delle Sezioni unite della Cassazione relativa alla risarcibilità degli interessi legittimi: continua il dibattito», *GC*, 1999, núm. 12, pp. 509-518.

Estudio de la resarcibilidad de los intereses, a propósito del debate sobre el requisito de la culpa y su prueba. Especial determinación de los intereses protegidos. (*M. R. D. R.*)

COSSIGNANI, L.: «Legittimazione del debitore a proporre reclamo avverso il rigetto dell'istanza di dichiarazione del fallimento - osservazione a C. cost. 20 luglio 1999 n. 328», *GC*, 1999, núm. 12, pp. 3218-3219. (*M. R. D. R.*)



COSSIGNANI, L.: «Legittimazione del fallito a proporre opposizione al decreto di chiusura del fallimento. Natura giurisdizionale del procedimento e necessità dell'assistenza di un difensore - nota a Cass. 25 marzo 1999 n. 2809», *GC*, 2000, núm. 1, pp. 174-176. (*M. R. D. R.*)

COURET: «L'influence de procédures en cours sur la recevabilité d'une offre publique de retrait», *RDS*, 2000, núm. 30, ch. b., pp. 643-647.

Estudio sobre la sentencia de la Corte de Apelación de París, sección I H, de 30 de mayo de 2000. (*R. A. R.*)

DAGOT: «Des donations non solennelles», *SJ*, 2000, núm. 30-34, I-248, pp. 1471-1482.

Ante la desmaterialización de los títulos valores se ha modificado profundamente el paisaje de las donaciones no solemnes. Se estudian las donaciones simples, clasificándolas según el objeto y las donaciones por razón de la herencia. (*R. A. R.*)

DAHAN: «Adaptation du Droit de la preuve aux technologies de l'information et à la signature électronique», *GP*, 2000, núm. 58-60, pp. 4-5.

La desmaterialización de la prueba y su admisión. Fiabilidad. (*I. S. P.*)

DEBOISSY/WICKER: «La distinction de l'indivision et de la société et ses enjeux fiscaux», *RTDC*, 2000, núm. 2, pp. 225-264.

Distinción doctrinal y jurisprudencial mostrada en términos de concurrencia y no de oposición, por ser ambos una explotación colectiva de un bien indivisible. Interrelación normativa de Derecho civil, mercantil y fiscal. (*R. A. R.*)

DE POLI, M.: «Libero mercato e controllo legale nei contratti del consumatore», *RDC*, 1999, núm. 6, parte segunda, pp. 757-801.

Reflexión acerca de la protección de consumidores en el marco de las actividades de libre mercado: limitaciones legales, régimen jurídico de cláusulas abusivas, y el valor de la negociación en situaciones de desequilibrio económico. (*M. R. D. R.*)

DESDEVEISES: «Les transactions homologuées vers des contrats juridictionnalisables?», *RDS*, 2000, núm. 18, ch. r., pp. 284-286. (*R. A. R.*)

DESSUET: «Assurance responsabilité civile décennale. La non-assurance en dehors du secteur d'activité déclaré à l'assureur: une jurisprudence contestable», *GP*, 2000, núm. 75-76, pp. 10-15.

Estudio jurisprudencial sobre el tema. Apariencia de coherencia en sus decisiones y realidad de inutilidad y exceso. (*I. S. P.*)

DEWALD/JOUVION: «Besson contre périsosol: un match inégal», *GP*, 2000, núm. 58-60, pp. 6-7.

Sustitución del sistema de amortización por el de convenciones en arrendamientos. (*I. S. P.*)

DI BENEDETTO, G.: «Notificazione a destinatario irreperibile e sanatoria delle nullità per effetto della raccomandata - osservazione a Cass. 9 settembre 1998 n. 8929», *GC*, 1999, núm. 12, pp. 3404-3407. (*M. R. D. R.*)

DI MARZIO, F.: «Illiceità delle clausole abusive», *GC*, 1999, núm. 12, pp. 479-507.

Estudio de la relación de invalidez, nulidad e ineficacia contractual, con especial referencia a la nulidad de cláusulas abusivas por ilicitud, y su régimen jurídico en el marco de la protección de consumidores y usuarios. (*M. R. D. R.*)

D'OTTAVI, L.: «Garanzie atipiche e tutela cautelare; la natura del contratto autonomo di garanzia non impedisce la misura inibitoria quando sussiste il periculum dell'alterazione del sinallagma contrattuale dell'assetto negoziale globalmente considerato - nota a Trib. Roma 6 novembre 1998 (ord)», *GC*, 1999, núm. 12, pp. 3459-3470. (*M. R. D. R.*)

DUCOULOUX-FAVARD, C.: «Il concorso della responsabilità dell'impresa e dei suoi dirigenti nell'ordinamento francese», *NGCC*, 1999, núm. 6, pp. 403-408.

Artículo sobre la concurrencia de la responsabilidad civil y penal de la empresa, de los dirigentes y de los empleados. (*Alma R. G.*)

EMERY: «L'extension du legal privilege aux juristes d'administration», *RDS*, 2000, núm. 7, ch. r., pp. 116-118.

Libro Blanco de modernización de las reglas comunitarias de la competencia. Privilegio de confidencialidad otorgado a los juristas. (*R. A. R.*)

FACCI, G.: «Brevi considerazioni in tema di danno da fumo», *CI*, 1999, núm. 3, pp. 944-955.

Artículo relativo a la responsabilidad del fabricante de tabaco. (*Alma R.G.*)

FAIETA, M.: «Brevi osservazioni in tema di trasformazione regressiva e principio di maggioranza - nota a Cass. 27 maggio 1999 n. 5173», *GC*, 2000, núm. 1, pp. 140-147. (*M. R. D. R.*)

FARGE: «Un client ayant dissimulé sa minorité est-il tenu de payer à la banque le montant de son débit en compte?», *RDS*, 2000, núm. 2, ch. b., pp. 39-43.

Notas a la sentencia de la corte de casación civil, sección primera, de 12 de noviembre de 1998. (*R. A. R.*)

FASTERLING, B.: «Versicherungsverhältnisse in der Haftpflichtprüfung», *ZEuP*, núm. 2, 2000, pp. 229-253.

Se estudia la evidente interacción entre el Derecho de los Seguros y la evolución legislativa y jurisprudencial de la responsabilidad civil, con especial atención a la reciente legislación sueca en materia de responsabilidad civil de menores. (*I. G. P.*)

FERRANTE, E.: «La tutela risarcitoria contro la doppia alienazione immobiliare», *CI*, 1999, núm. 3, pp. 1115-1161.

Doble venta de inmuebles y tutela del primer adquirente. (*Alma R. G.*)

FERRI, C.: «Procedimenti cautelari a tutela del credito. Il sequestro conservativo», *RTDPC*, 2000, núm. 1, pp. 75-104.

Reflexión sobre el recurso del secuestro de bienes muebles e inmuebles y sus efectos como medio de conservación de la garantía patrimonial en caso de incumplimiento del deudor.

Referencias a los procedimientos cautelares y tutela del crédito y al recurso de conversión del secuestro en prenda. (*M. R. D. R.*)

FIORINA: «Les conditions de la gestions d'affaires en présence d'un contrat préexistant», *RDS*, 2000, núm. 10, ch. b., pp. 239-243.

Notas a la sentencia de la corte de casación comercial de 12 de enero de 1999. (*R. A. R.*)

FISCHER, G.: «Tendenzen der Rechtsprechung des BGH zum Anwaltshaftungsrecht», *NJW*, 1999, pp. 2993-2998.

Tendencia de la jurisprudencia del BGH sobre la responsabilidad del abogado.

La responsabilidad del abogado se circunscribe casi exclusivamente a la práctica jurisprudencial. La ausencia de un marco legal articulado plantea problemas de seguridad que el trabajo trata de solventar estableciendo bajo qué circunstancias el mandante puede articular una pretensión de regreso contra su abogado. (*M. P. G. R.*)

FLEISCHER, H.: «Konkurrenzprobleme um die culpa in contrahendo: Fahrlässige Irreführung versus arglistige Täuschung», *AcP*, enero 2000, pp. 91-120.

Una decisión del BGH de 1998 ha generado una importante reacción doctrinal, reavivando una vieja polémica sobre los problemas de concurrencia entre la pretensión por *culpa in contrahendo* y la impugnación del contrato por engaño doloso. El autor estudia la delimitación entre ambas figuras, los requisitos de la pretensión indemnizatoria por *culpa in contrahendo* y el plazo de prescripción aplicable, a la vista de las normas que regulan la impugnación del contrato por vicios de la voluntad, contenidas en los §§ 123 y 124 BGB. (*I. G. P.*)

FLORES/BIARDEAUD: «La protection de l'emprunteur: une notion menacée», *RDS*, 2000, núm. 12, ch. b., pp. 191-196.

Cambios en la protección del consumidor por obra de la jurisprudencia. Posibilidad de un contrato tipo con cláusulas prerredactadas. Admisión. (*R. A. R.*)

FORMICHETTI, A.: «Note in tema di concorrenza sleale, pubblicità ingannevole e pubblicità comparativa denigratoria - nota a Trib. Roma 2 febbraio 1999 (ord)», *GC*, 2000, núm. 4, pp. 1190-1193. (*M. R. D. R.*)

- FRANCIONE, N.: «La nozione di *operatore pubblicitario* ai sensi del d. Lgs. N. 74 del 1992. I destinatari della tutela offerta dalla normativa - nota a Autorità garante concorrenza e mercato 25 agosto 1999 n. 7498», *GC*, 2000, núm. 4, pp. 1247-1250. (*M. R. D. R.*)
- FRANZONI, M.: «La lesione dell'interesse legittimo é, dunque, risarcibile», *CI*, 1999, núm. 3, pp. 1025-1046.  
Sobre el resarcimiento del daño causado por lesión de un interés legítimo. (*Alma R. G.*)
- GAISER, A. S.: «Fallstricke bei der Altenheim-Vertragsgestaltung», *NJW*, 1999, pp. 2311-2315.  
Trampas en la formación del contrato sobre residencias de la tercera edad. La proliferación de residencias para ancianos plantea problemas derivados del desequilibrio contractual y de la peculiaridad de un contrato mixto entre arrendamiento y prestación de servicios. El análisis de las cláusulas más problemáticas es el objeto de este trabajo. (*M. P. G. R.*)
- GAZZONI, F.: «Immunità giurisdizionale e contratto d'opera - nota a Cass., sez. un., 18 marzo 1999 n. 150», *GC*, 1999, núm. 12, pp. 3354-3357. (*M. R. D. R.*)
- GENTILI, A.: «Sull'interpretazione dei contratti normativi», *CI*, 1999, núm. 3, pp. 1162-1193.  
Algunas cuestiones acerca de la interpretación de los contratos normativos. (*Alma R. G.*)
- GERHARDT, W.: «Insolvenzrecht und Bürgerliches Gesetzbuch», *AcP*, mayo 2000, pp. 427-444.  
Estudio sobre las mutuas influencias entre el Derecho concursal y el Código civil. (*I. G. P.*)
- GHESTIN Y OTROS: «Droit des obligations», *SJ*, 2000, núm. 12, 1-215, pp. 520-524.  
Breves comentarios a diversas sentencias sobre: formación del contrato y obligaciones. (*I. S. P.*)
- GIACOBÉ, D.: «Alcune questioni in tema di arbitrato irrituale e di perizia contrattuale - nota a Cass. 13 aprile 1999 n. 3609», *GC*, 2000, núm. 2, pp. 479-482. (*M. R. D. R.*)
- GIOIA, G.: «Nuove nullità relative a tutela del contraente debole», *CI*, 1999, núm. 3, pp. 1332-1364.  
Control sobre los actos de autonomía privada y tutela del contratante débil. (*Alma R. G.*)
- GIZARDIN: «Fonds turbo et responsabilité des responsables des fonds de placement. Obligation de moyens ou de résultat», *GP*, 2000, núm. 135-137, pp. 9 y ss.  
Notas a varias sentencias de la Corte de París, sección 1 G, de 29 de marzo de 2000, sobre valores mobiliarios, gestión y consecuencias de su mala gestión. (*I. S. P.*)

GOECKE, K.: «Unbegrenzte Haftung Minderjähriger?», *NJW*, 1999, pp. 2305-2310.

¿Responsabilidad extracontractual ilimitada para los menores de edad? El autor se plantea el tema de la responsabilidad civil ilimitada de los menores, a la luz de una consulta al Tribunal Constitucional alemán sobre la conformidad de dicha responsabilidad con el artículo 1 I en relación con el 2 I de la Constitución alemana. Aunque el Tribunal Federal no entró en el fondo por considerar que el § 828 II BGB era anterior a la Constitución, el tema queda abierto para los tribunales ordinarios. (*M. P. G. R.*)

GRIGOLI, M.: «Osservazioni in tema di vendita documentale marittima con clausola CIF - nota a Cass. 7 luglio 1999 n. 7025», *GC*, 2000, núm. 1, pp. 128-130. (*M. R. D. R.*)

GRILLET PONTON: «Le droit de bail d'habitation à l'épreuve de la réglementation locative: une nouvelle désacralisation de la propriété?», *SJ*, 2000, núm. 26, I-240, pp. 1231-1236.

El reequilibrio económico de la relación de arrendamiento: hacia una publicación del derecho. La teoría del derecho de propiedad y su evolución funcional. (*I. S. P.*)

GRILLET PONTON: «Nouveau regard sur la vivacité de l'innommé en matière contractuelle», *RDS*, 2000, núm. 21, ch. r., pp. 331-336.

La nomenclatura de Derecho romano recogida en el artículo 1107 del Código civil que distingue entre contratos nominados e innominados y que continúa hoy en las clasificaciones escolásticas ¿Es una figura de escuela únicamente destinada al estudiante de primer ciclo? Una reflexión proteccionista lleva naturalmente a relegar los innominados al rango de calificación por defecto. (*R. A. R.*)

GRIMALDI: «La caution peut invoquer la faute du créancier contre le débiteur principal par voie de demande reconventionnelle», *RDS*, 2000, núm. 31, ch. b., pp. 665-667.

Nota a las sentencias de la Corte de casación comercial de 14 de marzo y 6 de abril de 2000. (*R. A. R.*)

GRUNDMANN, S.: «Trust and Treuhand at the End of the 20th Century. Key Problems and Shift of Interests», *Am. J. Comp. L.*, 1999, vol. 47, núm. 3, pp. 401-428.

Estudio de la relación entre los modelos de fiducia propios del Derecho germánico (*Treuhand*) y el *Common Law* (*Trust, fiduciary relationship*). Según Grundmann, su comparación arroja resultados diferentes según el aspecto singular que se examine. Por ello es preciso tener en cuenta las relaciones de las partes con los terceros (*third party relationship*), pero también las existentes entre las partes mismas (*trustee* o *Treuhand* y *settlor/beneficiary* o *Treugeber*, respectivamente), así como la función de ambas figuras en el contexto de otras instituciones que sirven para propósitos similares. (*A. R. G.*)

HEERMANN, P.W.: «Verbundene Geschäfte im Sinne des § 9 Abs.1 VerbrKrG», *AcP*, enero 2000, pp. 2-44.

El autor analiza la noción de contratos vinculados en el § 9.1 de la Ley de Crédito al consumo, profundizando en su estructura como negocio *do ut des ut det*; sobre la base de este criterio, y rechazando otras explicaciones de la relación entre el contrato de financiación y el contrato de adquisición, analiza las consecuencias que, conforme a la ley, se derivan de tal vinculación, y los supuestos concretos en los que al existir tal estructura, procede aplicar los preceptos de la ley. (*I. G. P.*)

IOZZO, M.: «Condizioni di proponibilità della domanda e assicurazione obbligatoria per la responsabilità civile da circolazione dei veicoli e dei natanti», *FI*, 2000, núm. 3, pp. 831-843.

Nota a la sentencia del Tribunal de Casación de 27 de septiembre de 1999 núm. 10708 sobre la improcedencia de la demanda reconventional en el juicio de responsabilidad civil sobre accidentes de circulación. (*Alma R. G.*)

IZORCHE: «Le vendeur professionnel entre vices cachés et jurisprudence hermétiq», *RDS*, 2000, núm. 26, ch. r., pp. 407-414.

La cláusula que figura en la factura de un vendedor es inoponible por el adquirente ejerciendo una acción de indemnización fundada sobre la garantía de vicios ocultos, cuando esta estipulación contiene una cláusula limitativa, no de la garantía por vicios ocultos, sino de limitación de la responsabilidad contractual del vendedor. (*R. A. R.*)

IZZO, N.: «Locazione non abitative e risarcimento danni *ex art.* 1591 C.C. per il periodo successivo al regime transitorio della legge n. 392 del 1978 - nota a Cass. 27 settembre 1999 n. 10697», *GC*, 2000, núm. 4, pp. 1067-1071. (*M. R. D. R.*)

JACQUET: «Les commissions d'indemnisation des victimes d'infractions sont la mise en place d'un principe constitutionnel», *GP*, 2000, núm. 222-223, pp. 4-9.

Origen doble del CIVI: de la Constitución de 1958 y del Derecho civil. (*I. S. P.*)

JACQUIN: «Droit d'option du bailleur et loyer binaire», *GP*, 2000, núm. 156-158, pp. 8-12.

Estudio sobre el derecho de opción en el arrendamiento. Principios jurídicos y acuerdos de las partes. El art. 31 del Decreto de 30 de septiembre de 1953. (*I. S. P.*)

JEULAND: «L'expertise commerciale», *RDS*, 2000, núm. 13, ch. b., pp. 209-216.

Existe sin duda un experto propiamente comercial. Interviene en todos los dominios del Derecho comercial tanto en materia de agrupamiento como en operaciones comerciales. Tiene en cuenta las exigencias del Derecho comercial tales como la urgencia, el secreto de las actividades, el respeto del interés social y la salvaguarda de la empresa. (*R. A. R.*)

KEROMNES: «L'indemnisation des victimes d'infractions: un palliatif aux conséquences dommageables de la criminalité de masse», *GP*, 2000, núm. 44-46, pp. 8-16.

Evolución del sistema de indemnización. En la primera etapa es subsidiaria para pasar a la responsabilidad integral de los daños por atentados graves a las personas. (*I. S. P.*)

KOBINA-GABA: «Le droit de la responsabilité civile au regard de l'homosexualité», *GP*, 2000, núm. 203-204, pp. 5-9.

Reconocimiento jurisprudencial del concubinato homosexual. (*I. S. P.*)

KOCH, R.: «Wider den formularmässigen Ausschluss des UN-Kaufrechts», *NJW*, 2000, pp. 910-915.

Contra la exclusión de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías. El autor, partiendo de los datos de la práctica, pone de manifiesto las ventajas y, sobre todo, desventajas de lo que considera una frecuente práctica: la exclusión convencional de la normativa de la Convención. (*M. P. G. R.*)

KÖRNER, M.: «Zur Aufgabe des Haftungsrechts - Bedeutungsgewinn präventiver und punitiver Elemente», *NJW*, 2000, pp. 241-246.

A propósito del papel del derecho de la responsabilidad. Creciente importancia de los elementos preventivos y punitivos.

La autora pone de manifiesto que a pesar del fundamento compensatorio del derecho de la responsabilidad en el ordenamiento alemán y lo mal vistos que están los efectos preventivos o sancionadores aparejados a la reglamentación de la misma, lo cierto es que, sobre todo en materia de daños a los derechos de la personalidad el derecho de la responsabilidad juega cada vez más un papel sancionador y preventivo que llegan a situarse en el primer plano, sin que quepa hacer un paralelismo con la situación en los Estados Unidos de Norteamérica. (*M. P. G. R.*)

KRIEGK: «Le concept de responsabilité, victime du développement de l'état providence?», *GP*, 2000, núm. 194-195, pp. 2-11.

Noción de falta. Necesidad de reparación del daño y regresión del criterio de la falta. Adecuación del régimen de responsabilidad a la ética. (*I. S. P.*)

LABARTHE Y OTROS: «Droits des obligations. Chronique d'actualité», *SJ*, 2000, núm. 24, I-237, pp. 1121-1126.

Breves comentarios sobre sentencias en materia de contratos: formación; efectos y obligaciones. (*I. S. P.*)

LACHAUD/COLLIGNON: «L'internet dans l'univers médical: aspects juridiques et déontologiques», *GP*, 2000, núm. 180-181, pp. 3-7.

Contenido de un portal de *internet*. Prohibición de consultas médicas. Medidas de protección mediante el secreto profesional. (*I. S. P.*)

LACHAUD: «Indemnisation des dégâts causés par le grand Gibier et prescription de l'action en réparation», *GP*, 2000, núm. 182-183, pp. 15-19.

Notas a la sentencia de la Corte de Limoges de 9 de junio de 1999. (*I. S. P.*)

LACHIÈZE: «L'autonomie de la cession conventionnelle de contrat», *RDS*, 2000, núm. 12, ch. r., pp. 184-190. (R. A. R.)

LAGARDE: «Transaction et ordre public», *RDS*, 2000, núm. 14, ch. r., pp. 217-224. (R. A. R.)

LAPLANCHE: «Le marché de l'art à nouveau dans tous ses états: annulation de la vente d'une oeuvre en raison du doute avéré sur l'authenticité de celle-ci», *RDS*, 2000, núm. 3, ch. r., pp. 54-58.

Nota a la sentencia de la corte de casación civil, sección primera, de 13 de enero de 1998. (R. A. R.)

LAUDE: «Le consommateur de soins», *RDS*, 2000, núm. 26, ch. b., pp. 415-419.

Los pacientes son hoy día actores que reivindican dentro del sistema sanitario una mejor información y una mayor seguridad sanitaria. Progresivamente, el paciente se ve reconducido a un status de consumidor de sanidad. (R. A. R.)

LAVOILLOTTE: «Les risques ... juridiques du roller», *SJ*, 2000, núm. 35, 1-250, pp. 1539-1542.

Se parte del estatuto jurídico de los practicantes del roll y el fundamento de su responsabilidad, haciendo un recorrido desde el riesgo a la culpa y estudiando las causas de exoneración. (R. A. R.)

LEHMANN, M.: «Informationsverantwortung und Gewährleistung für Werbeanlagen beim Verbrauchsgüterkauf», *JZ*, 2000, pp. 280-293.

Responsabilidad por informaciones y garantía por declaraciones publicitarias en la venta de bienes de consumo.

La Directiva 1999/44/EG, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos de la venta de bienes de consumo y de garantías postventa de los bienes de consumo de 25 de mayo de 1995, regula cuestiones de responsabilidad por declaraciones publicitarias, así como la responsabilidad por vicios en el contrato de compraventa, y suministra un marco jurídico para las garantías convencionales. La Directiva pone el acento en el campo de la responsabilidad por informaciones. (M. P. G. R.)

LEIBLE, S.: «Die richterliche Herabsetzung von Vertragsstrafen im spanischen Recht», *ZEuP*, núm. 2, 2000, pp. 322-341

Con ocasión del comentario a la STS de 29 de noviembre de 1997 (RA 8441), se examina comparativamente la moderación de la cláusula penal y se pone de relieve la diferencia entre la regulación contenida en el Código civil y los principios de la Comisión Lando. (I. G. P.)

LESAGE/CASCIO: «La problématique du recours subrogatoire de l'assureur dommages ouvrage en fin de période de garantie», *GP*, 2000, núm. 133-134, pp. 2-7.

Estudio de la problemática de la subrogación en la fase amigable y en la fase contenciosa. (I. S. P.)



LEVENEUR: «Clasificación des contrats: le rétrécissement de la catégorie des contrats réels est engagé», *SJ*, 2000, núm. 35, Actualité, pp. 1531-1533.

Se plasma la discusión sobre la naturaleza real u obligacional del contrato de préstamo y en general de los contratos. (*R. A. R.*)

MALAURIE: «Droit romain des obligations. Droit français contemporain des contrats et l'Europe d'aujourd'hui», *SJ*, 2000, núm. 29, 1-246, pp. 1415-1421.

La supervivencia del Derecho romano en el Derecho contemporáneo de los contratos se encuentra con nuevos obstáculos: la diferencia de su forma de pensar y la práctica jurídica de hoy; el efecto natural del tiempo; la cultura atlántica; las novedades del derecho de la competencia y el de los consumidores; la influencia del derecho comunitario. La pregunta que se hace el autor es cuál va a ser la dirección que se va a tomar en el Derecho europeo. (*R. A. R.*)

MALEVILLE: «La responsabilité civile des intermédiaires professionnels au titre du devoir de conseil», *SJ*, 2000, núm. 17, 1-222, pp. 731-737.

Sobre la extensión justificada del deber de consejo, estudia las razones, el contenido y las manifestaciones de la responsabilidad civil. También la medida que debe tener esta extensión. (*I. S. P.*)

MANES, P.: «Diritto di recesso dal contratto di apertura di credito a tempo indeterminato e violazione della buona fede», *CI*, 1999, núm. 3, pp. 920-938.

Artículo acerca del abuso del derecho de desistimiento *ad nutum*. (*Alma R. G.*)

MARTIN: «Le Libre blanc sur la responsabilité environnementale», *SJ*, 2000, núm. 17, Actualité, pp. 723-726.

Definición de principios en relación con el método y el fondo (la retroactividad y coherencia) y cuestiones en suspenso: la responsabilidad y la reparación. (*I. S. P.*)

MASON, A. F.: «Contract, Good Faith and Equitable Standards in Fair Dealing», *L.Q.R.*, 2000, vol. 116, pp. 66-94.

Tradicionalmente, no ha existido en el Derecho de contratos inglés un reconocimiento del principio general de buena fe. No obstante, la evolución reciente del Derecho en países como Canadá, Australia y Nueva Zelanda muestra que dicho principio forma parte también de aquel Derecho. El artículo examina las diversas manifestaciones que el deber de buena fe tiene en el *Common Law*, entre las cuales se cuenta su consagración en el *Uniform Commercial Code* americano (*Section* 1-203). También propone que se adopte una formulación de dicho deber basada en las expectativas razonables (*reasonable expectations*) de las partes. (*A. R. G.*)

MASTROPAOLO, E. M.: «La fiducie nel diritto positivo francese», *RDC*, 2000, núm. 1, parte segunda, pp. 35-58.

Análisis de derecho comparado de la figura de la fiducia: régimen jurídico en el derecho francés, tipos, interpretación y críticas. (*M. R. D. R.*)

MCINNES, M.: «Note: Pre-Natal Injuries in the Supreme Court of Canada», *L. Q. R.*, 2000, vol. 116, pp. 26-29.

Nota sobre la sentencia de la Corte Suprema de Canadá *Dobson v. Dobson* (1999) 174 D.L.R. (4th) 1, que rechazó la demanda interpuesta por una hija contra su madre, reclamando una indemnización por los daños que decía haber sufrido a causa de su negligente conducción (automovilística) durante el embarazo. McInnes considera que la sentencia es coherente con los precedentes del derecho canadiense, los cuales, por una parte, admiten el aborto en cualquier momento entre la concepción y el nacimiento (*R. v. Morgentaler* [1988] 1 S.C.R. 30) y, por otra, no imponen limitaciones administrativas a las mujeres embarazadas que desarrollan actividades que suponen un grave riesgo para la salud del feto (*Winnipeg Child and Family Services (Northwest Area) v. R.D.G.* [1997] 3 S.C.R. 925). (*J. S. F.*)

MEIER, S.: «Mistaken Payments in Three-Party Situations: A German View of English Law», *Cambridge L. J.*, 1999, vol. 58, pp. 567-603.

El Derecho inglés establece que una persona puede solicitar la restitución de lo que ha pagado por error de hecho. En principio, esta posibilidad no resultaría afectada por la simple circunstancia de que el pago con error afectase a tres partes, pues el actor seguiría siendo el *solvens* y el demandado el *accipiens*. El presente artículo pretende mostrar que, en realidad, las cosas no son siempre así. Para ello aplica al Derecho inglés la distinción existente en el Derecho germánico entre el simple pago de una deuda ajena y las situaciones en que el *solvens* ha recibido una delegación del deudor. El estudio destaca el distinto punto de partida de ambos ordenamientos, pues mientras el segundo establece la restitución si el pago fue sin justa causa [§ 812 (1) BGB], el Derecho inglés exige un requisito adicional que en las relaciones a tres partes es el error de hecho del actor. (*A. R. G.*)

MELENNEC: «De la main mise des compagnies d'assurances sur l'indemnisation des préjudices corporels, et de la nécessité impérative de réformer la loi Badinter», *GP*, 2000, núm. 180-181, pp. 47-52.

Valoración del daño y cálculo de la indemnización. Necesidad de una reforma legal. (*I. S. P.*)

MISTRETTA: «La durée du prêt: entre pouvoir du juge et liberté contractuelle», *SJ*, 2000, núm. 23, I-234, pp. 1063-1068.

Estudia el poder unilateral de las partes en relación con la duración del préstamo de dinero; dentro de éste, las cláusulas de reembolso anticipado y las cláusulas de indemnización a causa de este reembolso. El término implícito subjetivo y objetivo. (*I. S. P.*)

MONTECCHIARI, T.: «Sulla responsabilità del medico ed il risarcimento dei danni per mancata interruzione della gravidanza», *DFP*, 1999, núm. 4, pp. 1397-1426.

Responsabilidad del médico por incumplimiento de su deber de información acerca de la posibilidad de interrupción del embarazo. (*Alma R. G.*)

MOURY: «Une embarrassante notion: l'économie du contrat», *RDS*, 2000, núm. 24, ch. r., pp. 382-386. (*I. S. P.*)

MOUTOUH: «Secret professionnel et liberté de conscience: l'exemple des ministres des cultes», *RDS*, 2000, núm. 28, ch. r., pp. 431-437.

El secreto profesional. Reproches que junto a abogados y médicos reciben los sacerdotes por sus conocimientos en el ejercicio de su ministerio. (*R. A. R.*)

NOTE: «Privity Reform in England», *L.Q.R.*, 2000, vol. 116, pp. 43-47.

Tras haber sido criticada por las injusticias a que conducía, la regla del efecto relativo de los contratos (*privity*) fue abandonada en Inglaterra. La *Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999* permite ahora que un tercero exija el cumplimiento de un contrato, cuando éste le reconoce de modo expreso esa posibilidad (aun sin ser propiamente beneficiario: por ejemplo el tutor del beneficiario) o cuando le confiere directamente un beneficio. La presente nota estudia críticamente el fundamento de esta norma. El contrato no puede justificar la acción del tercero, porque éste no es parte contractual. No se puede acudir a la voluntad de las partes contractuales (como pretendía la *Law Commission* en su propuesta de reforma en 1996), dado que éstas no pueden definir lo que es justo y lo que no. La conclusión es que la norma encuentra su fundamento en el interés público en que los contratos se cumplan. (*A. R. G.*)

NOTE: «Who Pays When Polluters Go Bust?», *L.Q.R.*, 2000, vol. 116, pp. 200-204.

La presente nota pretende poner de manifiesto algunas deficiencias de la actual legislación inglesa en materia de quiebra, en especial en lo que hace referencia a empresas que poseen una licencia de gestión de residuos y el trato jurídico de la misma en la masa de la quiebra. Se señala que coinciden en este punto los intereses de los acreedores y el llamado principio de que «quien contamina paga», recogido en el Tratado de la Comunidad Europea (art. 174 tras su reforma por el Tratado de Amsterdam). A falta de una regulación clara, los Tribunales resuelven el conflicto con base en consideraciones de política jurídica, lo que evidencia la necesidad de una nueva regulación. (*A. R. G.*)

NOURISSAT: «La violence économique, vice du consentement: beaucoup de bruit pour rien?», *RDS*, 2000, núm. 23, ch. b., pp. 369-373. (*I. S. P.*)

PATRUNO, F.: «Autorizzazione alla vendita dell'unico bene del fondo patrimoniale - osservazione a App. Bari 15 luglio 1999 (decr.) e Trib. Trani 3 maggio 1999 (decr.)», *GC*, 2000, núm. 1, pp. 202-204. (*M. R. D. R.*)

PENAUD: «L'inegalité des victimes devant la commission d'indemnisation des victimes d'infractions (CIVI): Pour une réforme des critères de leur indemnisation», *GP*, 2000, núm. 222-223, pp. 2-3.

Estudio sobre la indemnización de las víctimas de infracciones penales según se atente a su persona o a sus bienes. Artículos 706.3 y 14 del Código de procedimiento penal. (*I. S. P.*)

PESCATORE, V.: «Doveri contrattuali e responsabilità aquiliana dell'appaltatore», *RDC*, 2000, núm. 2, parte segunda, pp. 179-209.

Deberes contractuales y responsabilidad contractual del constructor: responsabilidad objetiva y criterios de imputación. Responsabilidad individual y de empresa. (*M. R. D. R.*)

PETER, H.: «Verzicht auf Rechte und Befugnisse, insbesondere im Obligationenrecht. Kausale und abstrakte Verfügungen», *AcP*, abril 2000, pp. 149-191.

El autor analiza los supuestos de renuncia más importantes en el ámbito del Derecho de obligaciones, previstos expresamente por la ley, se detiene en algunas otras situaciones que igualmente han de calificarse como renuncia, y examina el reflejo de la figura en los Derechos reales y en el Derecho sucesorio. Intenta delimitar la renuncia frente a otros negocios o actos jurídicos que implican una dejación de derechos: la cesión, la resolución o la revocación. Este recorrido le permite profundizar en la naturaleza de la renuncia como negocio de disposición y su carácter abstracto o causal, atendiendo a su carácter unilateral o bilateral. (*I. G. P.*)

PIERATTI: «Risque de pollution et sécurité: un défi pour les assureurs maritimes», *GP*, 2000, núm. 194-195, pp. 12-18.

Riesgo de contaminación por las sucesivas catástrofes marítimas. Respuesta jurídica. Seguro preventivo y otras medidas. (*I. S. P.*)

PIZZOFERRATO, A.: «Il danno alla persona: linee evolutive e tecniche di tutela», *CI*, 1999, núm. 3, pp. 1047-1114.

Análisis de diversas cuestiones referentes al daño a la persona: el derecho a la salud, la evolución jurisprudencial del daño biológico, del daño psíquico y del daño moral, el daño a la persona del trabajador, el daño por pérdida de oportunidad, las funciones del resarcimiento en el ámbito del daño a la persona, las técnicas de reparación en forma específica de los derechos de la persona... (*Alma R. G.*)

RAMPONE, F.: «Proventi della sponsorizzazione e tutela del diritto materiale d'autore - nota a Cass. 18 dicembre 1999 n. 13931», *GC*, 2000, núm. 4, pp. 1023-1024. (*M. R. D. R.*)

REICH, N.: «Die Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG in das deutsche Recht», *NJW*, 1999, pp. 2397-2403.

La transposición de la Directiva 1999/44/EG en el Derecho alemán.

El profesor de Bremen analiza las reformas necesarias que la Directiva exige en el Derecho alemán a partir de una propuesta de 1992 de la Comisión para el derecho de obligaciones, haciendo hincapié tanto en las obligaciones positivas de transposición, cuanto en el ámbito que la Directiva deja a la libertad del legislador estatal. (*M. P. G. R.*)

RENCK, A.W.: «Kennzeichenrechte versus Domain-Names Eine Analyse der Rechtsprechung», *NJW*, 1999, pp. 3587-3594.

Derecho de marcas *versus* nombres de dominio. Un análisis de la jurisprudencia.

La situación planteada entre quienes ostentan derechos de marcas y la protección de los mismos y el registro de direcciones de *internet* por parte de terceros con utilización (¿vulneración?) de aquéllos, plantea una interesante problemática que el trabajo trata de presentar. (M. P. G. R.)

RETZLAFF, B.: «Schadensersatzanspruch des Bauherrn nach ungerechtfertigter Baueinstellung bei Genehmigungsfreiheit?», *NJW*, 1999, pp. 3224-3229.

Demanda de indemnización de daños por parte del propietario ante la ilegítima suspensión de la construcción en los supuestos de no requerimiento de permiso.

El trabajo analiza las posibilidades de resarcimiento del propietario a quien se suspende el proyecto de construcción por parte de las autoridades responsables del mismo mientras se resuelve una disputa con los predios vecinos. La generalización de la ausencia de permiso en los respectivos *Länder* hace que sea dudoso el planteamiento de una acción contra el vecino, por lo que se analiza esta posibilidad junto con la de plantear la acción contra las autoridades. (M. P. G. R.)

REVESZ, R.L.: «Environmental Regulation, Cost-Benefit Analysis, and the Discounting of Human Lives», *Colum. L. Rev.*, 1999, vol. 99, pp. 941-1017.

El manejo de análisis del tipo coste-beneficio es frecuente en materias como el Derecho ambiental o la protección de la salud. En dicho análisis se atribuye un valor a las vidas que se estima que han sido salvadas con cada nueva regulación, para que computen como beneficio. El problema se produce al cuantificar los daños que no se manifiestan de modo inmediato sino que permanecen en estado latente durante un cierto período de tiempo, como ciertas enfermedades. Se considera que quienes admiten siempre un descuento que refleje el transcurso de tiempo entre la exposición de la víctima al agente causante del daño y la producción del resultado dañoso no distinguen como debieran entre daños latentes y daños a futuras generaciones. Mientras el descuento es admisible en el primer caso, efectuarlo en el segundo sería éticamente injustificable. (A. R. G.)

RICCIO, A.: «Il controllo giudiziale della libertà contrattuale: l'equità correttiva», *CI*, 1999, núm. 3, pp. 939-943.

Posición del Juez frente a la autonomía contractual: ¿ha desaparecido el dogma de la intangibilidad del contrato? (Alma R. G.)

RICCIO, G. M.: «Promessa di vendita di cosa altrui e garanzia per evizione del promittente alienante», *NGCC*, 2000, núm. 1, pp. 129-134.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Casación de 10 de marzo de 1999 núm. 2091, acerca de los negocios sobre el patrimonio ajeno. (Alma R. G.)

RIVERA: «Vers un transfert des risques inhérents à l'acte de construire?», *GP*, 2000, núm. 135-137, pp. 2-6.

El derecho de reparación está condicionado a la demostración de una falta del constructor, de un incumplimiento de sus obligaciones. El derecho de reparación como Derecho objetivo. (I. S. P.)

ROSS, J. M.: «Baseball Litigation: A New Calculus for Awarding Damages in Tort Trials», *Texas L. Rev.*, 1999, vol. 78, núm. 2, pp. 439-466.

El autor presenta un modelo para resolver el problema de los veredictos que conceden indemnizaciones desorbitadas en juicios de responsabilidad civil. El modelo propone acudir a un sistema arbitral semejante al empleado en las disputas salariales entre los profesionales del béisbol americano: *baseball arbitration*. Según este sistema, que denomina *baseball litigation*, la decisión sobre la cuantía indemnizatoria se atribuiría a un jurado, que escogería entre la cuantía propuesta por el demandante o la cuantía indemnizatoria propuesta por el demandante. Ello evitaría veredictos excesivos y erráticos, al mismo tiempo que superaría los inconvenientes de otra posible alternativa: aquella que impone legalmente al jurado un techo indemnizatorio máximo, con el inconveniente de restringir su margen de discrecionalidad. (*J. S. F.*)

ROSSATO, A.: «Considerazioni in tema di risarcimento del danno non patrimoniale. Una comparazione economico-giuridica», *RDC*, 2000, núm. 1, parte segunda, pp. 59-100.

Consideraciones acerca de la indemnización por daños no patrimoniales en el derecho comparado: ordenamiento jurídico francés, alemán e italiano.

Especial referencia a la teoría económica de la responsabilidad civil. (*M. R. D. R.*)

SAAR S., Ch.: «Grenzen des vertraglichen Drittschutzes- BGH, NJW, 1996, 2927», *JuS*, 2000, pp. 220-224.

Las fronteras de la protección contractual de los terceros. Comentario a la sentencia del BGH de 2 de julio de 1996. (*M. P. G. R.*)

SALAFIA, V.: «Azione sociale di responsabilità contro l'amministratore, fallimento della società, azione del curatore, chiusura del fallimento, nuova azione della società - osservazione a App. Torino 16 marzo 1998», *GC*, 1999, núm. 12, pp. 3438-3440. (*M. R. D. R.*)

SALAFIA, V.: «L'azione di risarcimento del danno prevista dal secondo comma dell'art. 2054-quater c.c. - nota a Trib. Milano 16 settembre 1999», *GC*, 2000, núm. 2, pp. 549-554. (*M. R. D. R.*)

SARGOS: «Approche judiciaire du principe de précaution en matière de relation médecin/patient», *SJ*, 2000, núm. 19, I-226, pp. 843-849.

Separa el alcance del principio de precaución cuando éste se aplica a la medicina curativa y cuando se aplica a la medicina preventiva o predictiva. (*I. S. P.*)

SCHERMI, A.: «Annotazioni sull'amministratore di fatto di società per azioni - nota a Cass. 14 settembre 1999 núm. 9795», *GC*, 2000, núm. 1, pp. 80-82. (*M. R. D. R.*)

SCHMIDT-SZALEWSKI: «La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats», *RTDC*, 2000, núm. 1, pp. 25-46.

Efectos obligatorios del precontrato. Estudio a través de las diversas sanciones jurídicas ante su no cumplimiento. Particularidad del Derecho francés en la materia. (*R. A. R.*)

SCHRÖDER, R./BEDAU, M.: «Doping: Zivilrechtliche Ansprüche des Konkurrenten gegen den gedopten Sportler», *NJW*, 1999, pp. 3361-3367.

Dopaje: pretensiones civiles de los competidores contra los deportistas dopados.

El proceso entre varios deportistas de la DDR y sus médicos y entrenadores por daños sufridos a consecuencia del dopaje ha suscitado una dimensión privada de este problema que, en el contexto del deporte profesional, mueve cantidades muy importantes. En este trabajo se estudia sólo una de estas dimensiones: la de los daños causados a los competidores por aquéllos que han utilizado productos prohibidos. (*M. P. G. R.*)

SEBASTIO, F.: «Leasing e concorrenza - nota a Cass. 2 novembre 1998 n. 10926», *GC*, 1999, núm. 12, pp. 3394-3401. (*M. R. D. R.*)

SEBASTIO, F.: «Tutela del consumatore e regolamentazione delle informazioni pubblicitarie relative al marchio - nota a TAR Lazio, sez., I, 17 settembre 1999 n. 356 (ord)», *GC*, 2000, núm. 2, pp. 609-622. (*M. R. D. R.*)

SEGRETO, A.: «La ripartizione dell'onere della prova in tema di risoluzione per inadempimento», *GC*, 2000, núm. 4, pp. 173-188.

Análisis doctrinal y jurisprudencial, con alusión al Derecho comparado en relación con el Código civil alemán, de la carga de la prueba en los casos de incumplimiento. Revisión de las teorías a favor del deudor y del acreedor.

Tratamiento del tema en relación a las obligaciones negativas, de protección y la ejecución inexacta de prestaciones positivas. (*M. R. D. R.*)

SEIF, U.: «Die postmortale Vollmacht», *AcP*, abril 2000, pp. 192-239.

El mandato *post mortem* se diferencia del mandato *inter vivos* cuyos efectos pueden persistir tras la muerte del mandante. En el segundo caso, el contrato se celebra sin consideración a la muerte del poderdante, y la continuación puede haberse dispuesto de forma expresa o derivar de la relación jurídica, base de su concesión, conforme al § 168 BGB. El mandato *post mortem*, en cambio, está destinado a surtir efectos con la muerte del principal y suscita el problema de la aplicación de las normas que rigen la sucesión *mortis causa*. El autor atiende fundamentalmente a la finalidad del poder. Si el poder se concede en interés del apoderado, se somete a los requisitos de los negocios de disposición *mortis causa*; en otro caso, rigen las normas sobre ejecución testamentaria. (*I. G. P.*)

SERRA, T.: «Inadempimento del contratto di viaggio e danno da vacanza rovinata - nota a Giud. Pace Siracusa 26 marzo 1999», *GC*, 2000, núm. 4, pp. 1207-1209. (*M. R. D. R.*)

SHEINMAN, H.: «Contractual Liability and Voluntary Undertakings», *Oxford J. Legal Stud.*, 2000, vol. 20, núm. 2, pp. 205-220.

Sheinman rechaza algunas de las críticas contra la llamada teoría voluntarista del contrato, pero tampoco acepta la formulación tradicional de ésta. En su opinión, no procede seguir hablando de «voluntad de las partes», porque se trata de una expresión ambigua. Tras proponer que se use en su lugar la expresión «compromisos voluntarios» (*voluntary undertakings*), estudia el fundamento y la función de la responsabilidad contractual, y concluye que consiste en respaldar el cumplimiento de las obligaciones voluntarias. (*A. R. G.*)

SICCHIERO, G.: «Studi preliminari sulla clausola del contratto», *CI*, 1999, núm. 3, pp. 1194-1268.

Algunas cuestiones relativas a la cláusula del contrato: noción formal de cláusula contractual, noción preceptiva de cláusula del contrato, interpretación de la cláusula, contenido obligatorio de la cláusula, distinción entre cláusula y parte del contrato, estructura de la cláusula, distinción entre cláusulas principales y secundarias... (*Alma R. G.*)

SILLARD: «Ventes à la barre et droit de préemption urbain», *GP*, 2000, núm. 33-34, p. 2.

Estudio sobre el asunto del Consejo de Estado, sección contencioso, de 27 de octubre de 1999, sobre aplicación del artículo 213.I del Código de urbanismo. (*I. S. P.*)

SPINDLER, G.: «Das Jahr 2000-Problem in der Produkthaftung: Pflichten der Hersteller und der Softwarenutzer», *NJW*, 1999, pp. 3737-3745.

Efecto 2000 y responsabilidad del fabricante por los productos. Deberes del fabricante y de los usuarios. (*M. P. G. R.*)

STAUCH, M.: «Taking the Consequences for Failure to Warn of Medical Risks», *Mod. L. R.*, 2000, vol. 63, pp. 261-268.

Con motivo de la sentencia de la Corte Suprema de Australia *Chapper v. Hart* (1998) 72 ALJR 1344, relativa a un supuesto de responsabilidad médica por incumplimiento del deber de informar sobre los riesgos de una operación, el autor revisa el estado del derecho australiano en la materia, con especial atención al problema de la causalidad. Para determinar la existencia de nexo causal en supuestos de incumplimiento médico del deber de informar, deben acreditarse dos presupuestos: el primero, relativo a la «causalidad de hecho», consiste en establecer si, de haber sido informado del riesgo, el paciente habría consentido la intervención. En esta cuestión, la Corte Suprema australiana aplica un criterio «subjetivo» (¿qué habría hecho el paciente concreto si hubiera tenido toda la información?), en lugar del estándar «objetivo», dominante en el derecho norteamericano y en Canadá (¿qué habría decidido cualquier persona razonable en la misma posición que la paciente?). El segundo presupuesto —y el más difícil en estos casos— consiste en apreciar la «causalidad jurídica», aspecto que se valora conforme al criterio de la creación o incremento del riesgo



finalmente verificado: si, de haber practicado la operación un médico más experimentado, se habría reducido el riesgo. (*J. S. F.*)

STAUDENMAYER, D.: «Die EG-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf», *NJW*, 1999, pp. 2393-2397.

La Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. Estudio de esta importante directiva realizado por un autor que participó directamente en su elaboración, en su calidad de funcionario de la Comisión. (*M. P. G. R.*)

TCHENDJOU: «La faute extra-contractuelle», *GP*, 2000, núm. 96-97, pp. 3-12.

Diferencia entre responsabilidad civil contractual y extracontractual. Delimitación. Naturaleza jurídica de la responsabilidad aplicable. (*I. S. P.*)

TEDESCO, G.: «Sui rapporti tra eccezione di parte e poteri del giudice in tema di prescrizione - osservazione a Cass. 2 agosto 1999 n. 8369, 26 aprile 1999 n. 4143 e 24 marzo 1999 n. 2789», *GC*, 1999, núm. 12, pp. 3303-3305. (*M. R. D. R.*)

TEMPEL, O.: «Das zeitliche Moment bei Bestimmung der erheblichen Beeinträchtigung der Reise mit Rahmen des § 651 f II BGB», *NJW*, 1999, pp. 2012-2014.

El momento temporal en la determinación de la reducción sustancial del viaje en el marco del § 651 f II BGB. (*M. P. G. R.*)

TEMPEL, O.: «Die Pflichten des vermittelnden Reisebüros. Zugleich zur Konditionenempfehlung allgemeine Geschäftsbedingungen für Reisemittler», *NJW*, 1999, pp. 3657-3664.

Los deberes de la agencia de viajes intermediaria. A propósito de las recomendación de «Condiciones generales para intermediarios turísticos». El autor analiza la propuesta de condiciones generales hecha por la Asociación Alemana de Turismo. (*M. P. G. R.*)

THIENE, A.: «Uso giurisprudenziale del diritto all'integrità del patrimonio», *NGCC*, 2000, núm. 1, pp. 35-60.

Varias hipótesis de lesión del derecho a la integridad del patrimonio en la jurisprudencia: daño meramente patrimonial derivado de falsas informaciones, lesión de la reputación económica, complicidad en el incumplimiento, daño derivado de la pérdida de oportunidad... (*Alma R. G.*)

TOLEDO: «La compensation conventionnelle», *RTDC*, 2000, núm. 2, pp. 265-281.

Compensación como pago simplificado. Nueva visión de la compensación como garantía similar a un privilegio, con analogías a las garantías fiduciarias. (*R. A. R.*)

TOLHURST, G.J.: «Assignment, Equities, The Trident Beauty and Restitution», *Cambridge L.J.*, 1999, vol. 58, pp. 546-566.

Estudio sobre la cesión de derechos contractuales en el Derecho inglés. Según Tolhurst, el cesionario adquiere un derecho igual al del cedente,

- pero que sólo será plenamente efectivo si éste cumple con sus obligaciones con respecto a la otra parte contractual. De este modo, si el cedente es el arrendador de un buque, y cede el derecho al cobro de la renta a un tercero, el arrendatario puede solicitar de éste que le restituya las cantidades a él abonadas en concepto de la renta por haber incumplido el cedente su deber de entrega del buque. Éste fue precisamente el caso de la sentencia de la *House of Lords Pan Ocean Shipping Co Ltd v. Creditcorp (The «Trident Beauty»)* [1994] 1 W.L.R. 161, que llegó a un resultado distinto, aquí criticado por el autor. (*A. R. G.*)
- TORIELLO, F.: «Responsabilità per cose in custodia: il caso delle porte a vetri automatiche», *NGCC*, 1999, núm. 6, pp. 850-855.
- Daños ocasionados por las cosas bajo custodia y presunción de culpa. (*Alma R. G.*)
- TOURNAFOND: «Remarques critiques sur la directive européenne du 25 mai 1999 relative à certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation», *RDS*, 2000, núm. 10, ch. b., pp. 159-162. (*R. A. R.*)
- TRAZZI, M. R.: «La responsabilità extracontrattuale dell'avvocato», *CI*, 1999, núm. 3, pp. 956-968.
- Artículo sobre la responsabilidad civil del abogado. (*Alma R. G.*)
- TROCHU: «Vente et garanties des biens de consommation (directive CE núm. 1999-44 du 25 mai 1999)», *RDS*, 2000, núm. 7, ch. b., pp. 119-123.
- Comentario a propósito de la directiva comunitaria sobre ventas de consumo y sus garantías. (*R. A. R.*)
- VIDIRI, G.: «Sugli obblighi dell'amministratore nella vendita della quota del socio moroso ex art. 2477 C.C. – nota a Trib. Roma 20 luglio 1999», *GC*, 1999, núm. 12, pp. 3451-3454. (*M. R. D. R.*)
- VIDIRI, G.: «Sui limiti dei poteri degli amministratori di società e sulle conseguenze privatistiche della violazione dell'art. 2624 C.C. – nota a Cass. 14 maggio 1999 n. 4774», *GC*, 2000, núm. 2, pp. 446-451. (*M. R. D. R.*)
- VINEY: «Responsabilité civile. Chronique d'actualité», *SJ*, 2000, núm. 26, 1-241, pp. 1237-1246.
- Breves comentarios a distintas sentencias en temas de responsabilidad. (*I. S. P.*)
- VINEY: «Responsabilité civile. Chronique d'actualité», *SJ*, 2000, núm. 27, 1-243, pp. 1317-1319.
- La responsabilidad de los profesionales de la salud en la jurisprudencia francesa más reciente. Obligación de información y sus límites. (*R. A. R.*)
- VISALLI, N.: «La promessa di mutuo nell'ambito della teoria del contratto reale», *RDC*, 2000, núm. 1, parte primera, pp. 63-103.
- Análisis de la promesa de mutuo en el ámbito de la teoría del contrato real: estructura, régimen jurídico y efectos, con especial referencia a la función de la *traditio* en los contratos reales. (*M. R. D. R.*)

VITALE, S.: «La responsabilità civile della P.A per i danni derivanti da beni pubblici al vaglio della Corte costituzionale: un'occasione sfumata - nota a C. cost. 10 maggio 1999 n. 156», *GC*, 2000, núm. 3, pp. 649-656. (*M. R. D. R.*)

WACKE, A.: «Eigentumserwerb des Käufers durch schlichten Konsens oder erst mit Übergabe? Unterschiede im Rezeptionsprozess und ihre mögliche Überwindung», *ZEuP*, núm. 2, 2000, pp. 254-262.

El autor contempla brevemente los distintos sistemas de transmisión *inter vivos* del dominio, comparando el sistema consensual, el del título y el modo y el sistema alemán. Considera que el principio basado en la necesidad de tradición es el más adecuado y revela los inconvenientes del acuerdo abstracto traslativo. (*I. G. P.*)

WACKERBARTH, U.: «Unternehmer, Verbraucher und die Rechtfertigung der Inhaltskontrolle vorformulierter Verträge», *AcP*, enero 2000, pp. 45-90.

Con la nueva redacción del § 24 de la AGBG por Ley de 19 julio 1996, se introdujeron en Derecho alemán las novedades exigidas por la Directiva comunitaria sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores. El autor considera que la nueva norma permite replantear el debatido tema del fundamento del control de contenido. La respuesta a tal cuestión sirve de guía a la hora de resolver muchas de las dudas interpretativas que provocan las normas de la AGBG, en particular por lo que se refiere a su ámbito de aplicación. (*I. G. P.*)

WAGNER, G.: «Geldersatz für Persönlichkeitsverletzungen», *ZEuP*, núm. 2, 2000, pp. 200-228.

Breve estudio sobre la indemnización por daño moral, la *pecunia doloris*, desde una perspectiva histórica y comparada, con referencia al sistema inglés y al estadounidense. (*I. G. P.*)

WEBER, R.: «Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts-Begriff, Voraussetzungen», *JuS*, 2000, pp. 313-320.

El Derecho civil de sociedades. Concepto y presupuestos.

El autor trata de alcanzar la correcta comprensión de la forma primitiva de sociedad de tipo personalista, la sociedad civil, que se regula en los §§ 705 y ss. BGB, y que es la menos estudiada de las formas societarias. Para ello, analiza su concepto y presupuestos, sus problemas de dirección y representación, la reglamentación de su patrimonio y los temas de responsabilidad de la sociedad. (*M. P. G. R.*)

WEBER y otros: «Les droits de plantation et de replantation son attachés au fond donné à bail supportant l'exploitation viticole», *RDS*, 2000, núm. 7, ch. r., pp. 139-145.

Notas a la sentencia de la corte de casación civil, sección tercera, de 24 de marzo de 1999. (*R. A. R.*)

WENCKSTERN, M.: «Die Geschäftsanmassung als Delikt», *AcP*, abril 2000, pp. 241-270.

La gestión de negocios ajenos sin mandato se regula en el BGB en el Libro II (Derecho de las relaciones obligatorias), a continuación del contrato de mandato, §§ 677 a 687, Título XI. El § 687.II contempla la denominada *Geschäftsanmassung*, la gestión consciente de un negocio ajeno como propio, remitiendo a la aplicación de alguna de las normas anteriores del mismo título XI. El autor explica las razones históricas que determinaron la ubicación sistemática del precepto, a la vez que examina las propuestas de insertarlo entre las normas de responsabilidad por hecho ilícito o en las de enriquecimiento. En su opinión, el supuesto de hecho es un acto ilícito, por lo que debería encontrarse en la sede correspondiente, si bien con un régimen específico. (*I. G. P.*)

WHITTAKER, S.: «Unfair Contract Terms, Public Services and the Construction of a European Conception of Contract», *L.Q.R.*, 2000, vol. 116, pp. 95-120.

Reflexión general sobre la posibilidad de una concepción europea del contrato, que derive de los principios generales comunes a los ordenamientos de los Estados miembros de la Unión Europea y que pueda ser útil en la interpretación de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores. Para el autor, el TJCE debe explorar esta posibilidad y concluir que la prestación de servicios públicos entra en el ámbito de aplicación de la Directiva. (*J. R. I.*)

WILHELM, J.: «Die Kondition der Zahlung des Bürgen oder Garanten auf ers-  
tes Anfordern im Vergleich zur Zession», *NJW*, 1999, pp. 3519-3526.

La condición de pago del fiador o garante a primera demanda en comparación con la cesión. (*M. P. G. R.*)

WILLMANN: «Violence, contrat et religion», *RDS*, 2000, núm. 4, ch. r., pp. 76-81. (*R. A. R.*)

WORTHINGTON, S.: «Fiduciaries: When is Self-Denial Obligatory?», *Cambridge L.J.*, 1999, vol. 58, pp. 500-508.

El autor considera que algunas de las relaciones jurídicas que suelen calificarse como «fiduciarias» no lo son en realidad. En su opinión, debe acogerse en este punto un criterio restrictivo, que no sólo tenga en cuenta los elementos o requisitos de dichas relaciones, sino también su función, que es eminentemente pública o social (ha de tenerse presente que el término «fiduciario» se aplica aquí a determinadas relaciones de origen legal). La relación fiduciaria existe así cuando además de concurrir sus elementos, la función de la misma impone a una de las partes una auto-limitación de sus intereses (*self-denial*). (*A. R. G.*)

ZACCARIA, A.: «La tutela del promittente compratore in buona fede di una cosa altrui», *RDC*, 2000, núm. 2, parte segunda, pp. 119-144.

Revisión de los medios de tutela del promitente comprador de buena fe de una cosa de otro, en caso de incumplimiento del vendedor. Disciplina aplicable. (*M. R. D. R.*)

ZUGEHÖR, H.: «Berufliche *Dritthaftung* - insbesondere der Rechtsanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und Notare - in der deutschen Rechtsprechung», *NJW*, 2000, pp. 1601-1609.

Responsabilidad profesional del tercero en la jurisprudencia alemana; en especial del abogado, el asesor fiscal, el interventor y el notario. (*M. P. G. R.*)

ZUMBANSEN, P.: «Drittschützende Wirkung eines Anwaltsvertrages und verdeckte Sacheinlage», *JZ*, 2000, pp. 442-446.

Los efectos de protección frente a terceros de un contrato de prestación de servicios de abogado, y las aportaciones secretas en especie. (*M. P. G. R.*)

### DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

ANNUNZIATA, M.: «Procedimento possessorio e ricorso per cassazione - osservazione a Cass. 26 maggio 1999 n. 5118 e Cass. 11 febbraio 1999 n. 1161», *GC*, 2000, núm. 2, pp. 438-439. (*M. R. D. R.*)

ATIAS: «La réduction prétorienne du délai de contestation des décisions des assemblées de copropriétaires», *RDS*, núm. 22, ch. r., p. 352.

Breve comentario sobre procesos de impugnación de acuerdos comunitarios en la Propiedad Horizontal. (*R. A. R.*)

ATIAS: «Les actions en justice à fin de police civile dans les groupements de propriétaires», *RDS*, 2000, núm. 29, ch. r., pp. 447-449.

Las acciones de los comuneros reclamando la legalidad. Problemas de delimitación de tales acciones. (*R. A. R.*)

BEAUBRUN: «Un contentieux parasite: la notion de saisie immobilière», *RDS*, 2000, núm. 2, ch. r., pp. 23-27.

Notas a las sentencias de la Corte de casación civil, sección segunda, de 3 de junio de 1998 y 8 de abril de 1999. (*R. A. R.*)

BECOUR: «Réflexions sur le contrat d'édition», *GP*, 2000, núm. 224-225, pp. 3-6.

Estudio a propósito de la sentencia TGI de 30 de noviembre de 1999 de París, sección 3.ª, sobre fundamento del contrato de edición y obligaciones de las partes. (*I. S. P.*)

BIGOT: «L'application du code de la propriété intellectuelle dans les relations contractuelles de la presse et qualification de l'oeuvre de presse», *RDS*, 2000, núm. 31, ch. b., pp. 668-672.

Estudio a propósito de la sentencia de la Corte de Apelación de Versalles, sección 12, de 23 de septiembre de 1999, sobre la aplicación del artículo 112, 2.º del C. Prop. Intelle. (*R. A. R.*)

BONAMORE, D.: «Danni da occupazione acquisitiva - nota a Cass., sez., un., 21 luglio 1999 n. 484», *GC*, 2000, núm. 1, pp. 98-105. (*M. R. D. R.*)

- BONNET: «Le cautionnement réel est-il réellement un cautionnement», *RDS*, 2000, núm. 13, ch. b., pp. 302-306.  
Notas a la sentencia de la corte de casación civil, sección primera, de 4 de mayo de 1999. (*R. A. R.*)
- BOUDRY: «Les billets de banque en sont pas protégés par le Code de la propriété intellectuelle», *RDS*, 2000, núm. 14, ch. b., pp. 322-325.  
Notas a la sentencia de la Corte de Apelación de París de 10 de noviembre de 1992. (*R. A. R.*)
- BRANLARD: «La propriété intellectuelle et les oeuvres éphémères», *GP*, 2000, núm. 47-48, pp. 4-14.  
Protección del creador: protección contractual y extracontractual. Protección de la obra: composición, ingredientes, etc. (*I. S. P.*)
- BUFFET DELMAS D'AUTANE: «La protection des marques de renommée à l'épreuve de la jurisprudence de la Cour de cassation», *RDS*, 2000, núm. 8, ch. b., pp. 185-190.  
Notas a la sentencia de la corte de casación comercial de 29 de junio de 1999. (*R. A. R.*)
- CALVARI, F.: «Atti emulativi e rispetto delle distanze legali», *NGCC*, 2000, núm. 1, pp. 88-92.  
Comentario a la sentencia del Tribunal de Casación de 22 de octubre de 1999 núm. 3275, sobre el contenido del derecho de propiedad. (*Alma R. G.*)
- CAPRIOLI: «La loi française sur la preve et la signature électroniques dans la perspective européenne. Dir. 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999», *SJ*, 2000, núm. 18, I-224, pp. 787-795.  
Estudia el autor la nueva ley en lo relativo a: la consagración jurídica de la firma electrónica, el campo de aplicación y principios rectores; el régimen jurídico de las prestaciones de servicios de certificación (PSC) y en cuanto a la acreditación voluntaria y a la responsabilidad. (*I. S. P.*)
- CAROSONE, O.: «Antologie di canzoni e contraffazione semplice», *Dir. Aut.*, 1999, núm. 4, pp. 621-622.  
Comentario a la sentencia del Tribunal de Roma de 26 de marzo de 1999 sobre la libre utilización de partes de obras ajenas a los fines de crítica, discusión o enseñanza. (*Alma R. G.*)
- CATERINA, R.: «Usufrutto e proprietà temporanea», *RDC*, 1999, núm. 6, parte segunda, pp. 715-755.  
Revisión de las figuras del usufructo, titularidades temporales y la «propiedad temporal» en la doctrina italiana, en relación con el destino económico de los bienes. Especial referencia a minas y bosques. (*M. R. D. R.*)
- CAVALLO, B.: «Servitù coattiva di passaggio a favore di un fondo non intercluso ed esigenze dei portatori di handicap», *NGCC*, 1999, núm. 6, pp. 822-828.  
Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de mayo de 1999, núm. 167, sobre ampliación de la servidumbre de paso. (*Alma R. G.*)

COLLOVA, C.: «Sui recenti sviluppi in materia di compressione audio digitale e di tutela dei diritti degli autori, degli interpreti o esecutori e dei produttori nella distribuzione On-line di brani musicali», *Dir. Aut.*, 1999, núm. 4, pp. 561-572.

Reflexiones sobre la evolución del mercado de la distribución de obras del ingenio tuteladas por el derecho de autor ante el crecimiento de la red *Internet* y el intenso volumen de intercambios operados a través de ésta. (*Alma R. G.*)

DELEBECQUE/SIMLER: «Droit des sûretés», *SJ*, 2000, núm. 9, I-209, pp. 343-350.

Breves comentarios a diversas sentencias sobre: sociedades personales; sociedades reales, etc. (*I. S. P.*)

DE PRETO, E.: «Due diverse azioni a tutela del diritto di autore di opere musicali», *Dir. Aut.*, 1999, núm. 4, pp. 604-610.

Comentario a la sentencia de apelación del Tribunal de Milán de 28 de mayo de 1999 sobre la falta de consentimiento del titular del derecho de autor al uso de un fragmento musical para *spot* publicitario. (*Alma R. G.*)

DE TILLA, M.: «Modifica del regolamento di condominio e pari uso delle cose comuni - nota a Cass. 6 febbraio 1999 n. 1057», *GC*, 1999, núm. 12, pp. 3370-3374. (*M. R. D. R.*)

DE TILLA, M.: «Sulle limitazioni del regolamento contrattuale di condominio: servitù prediali ed oneri reali - nota a Cass. 15 aprile 1999 n. 3749», *GC*, 2000, núm. 1, pp. 166-171. (*M. R. D. R.*)

D'OTTAVI, L.: «Garanzie atipiche e tutela cautelare; la natura del contratto autonomo di garanzia non impedisce la misura inibitoria quando sussiste il periculum dell'alterazione del sinallagma contrattuale dell'assetto negoziale globalmente considerato - nota a Trib. Roma 6 novembre 1998 (ord)», *GC*, 1999, núm. 12, pp. 3459-3470. (*M. R. D. R.*)

DUPUIS: «Privilège du syndicat des copropriétaires et liquidation judiciaire des sociétés», *GP*, 2000, núm. 33-34, pp. 3-8.

El privilegio especial inmobiliario de la Junta de propietarios según Ley de 21 de julio de 1994. Tiempo de aviso y plazo de pago. (*I. S. P.*)

EDELMAN: «Les bases de données ou le triomphe des droits voisins», *RDS*, 2000, núm. 5, ch. b., pp. 89-94.

La protección de las bases de datos por la Ley de 1 de julio de 1998 es inquietante, para el porvenir del derecho de autor, en un doble sentido. De un lado, en lo concerniente a las bases de datos originales, favorece la penetración del *copyright*; de otra parte, en lo concerniente a las bases de datos *sui generis*, confiriendo a su productor, simple investigador, un derecho paralelo. (*R. A. R.*)

EDELMAN: «Une première décision de la CJCE sur l'interprétation de la directive relative à l'harmonisation de la durée de protection des droits d'auteur», *RDS*, 2000, núm. 12, ch. b., pp. 277-282.

Notas a la sentencia de la Corte de Justicia de la Unión Europea de 29 de junio de 1999. (*R. A. R.*)

FIorentini, F.: «Garanzie reali atipiche», *RDC*, 2000, núm. 2, parte segunda, pp. 253-292.

Observaciones sobre las garantías reales atípicas, en respuesta a la crisis de las garantías reales típicas, y la prohibición del pacto comisorio. (*M. R. D. R.*)

FITTANTE, A.: «La tutela giuridica del *design* industriale: alcune osservazioni sull'art. 27 della L. 266/1997», *Dir. Aut.*, 2000, núm. 1, pp. 81-92.

Artículo sobre el derecho de autor de obras de diseño industrial. (*Alma R.G.*)

GAUTIER Y OTROS: «De l'écrit électronique et des signatures qui s'y attachent», *SJ*, 2000, núm. 24, I-236, pp. 1113-1120.

Dentro del comercio electrónico, y desde el punto de vista de la prueba, se centra en el acto jurídico y en la prueba como forma de protección. Trata luego la nueva organización probatoria comparándola con las reglas aplicables a la escritura sobre papel. (*I. S. P.*)

GIVERDON: «L'interprétation du deuxième alinéa de l'article 25 de la loi du 10 juillet 1965», *RDS*, 2000, núm. 4, ch. r., pp. 69-72.

Notas a las sentencias de la corte de casación civil, sección tercera, de 17 de julio y 17 de diciembre de 1997, sobre copropiedad. (*R. A. R.*)

GOLDSTEIN: «Sanction de l'exploitation non autorisée d'une base de données protégée par le droit sui generis de la loi de 1998», *RDS*, 2000, núm. 5, ch. b., pp. 105-110.

Notas a la sentencia del Tribunal comercial de París de 18 de junio de 1999. (*R. A. R.*)

GRANDINETTI, O.: «La tutelabilità *erga omnes* del *format* di programmi radio-televisivi», *Dir. Aut.*, 2000, núm. 1, pp. 30-80.

Amplio estudio acerca de la protección del *format*. (*Alma R. G.*)

INFORMATIQUE: «Droit de la preuve et signature électronique», *SJ*, 2000, núm. 11, *Aperçu rapide*, pp. 451-453.

Estudia tres campos: el proyecto CNUDCI; la directiva europea de 13 de diciembre de 1999 y la Ley de adaptación del derecho de prueba a las tecnologías de la información, y lo relativo a la firma electrónica. (*I. S. P.*)

JACOTOT: «De l'indivision en nue-propiété à la licitation en nue-propiété», *RDS*, 2000, núm. 3, ch. r., pp. 59-62.

Notas a la sentencia del Tribunal de Gran Instancia de Chalonsur-Saône de 16 de junio de 1999. (*R. A. R.*)

JUEN: «La compatibilité du principe d'inaliénabilité avec la constitution de droits réels», *RDI*, 2000, núm. 2, pp. 121-143.

El principio de no enajenación: origen y evolución en la jurisprudencia constitucional y administrativa. Vías de reforma. (*I. S. P.*)



LARROUMET: «L'acquéreur de l'immeuble loué et la caution du locataire», *RDS*, 2000, núm. 10, ch. r., pp. 155-156.

La solución dada por la Corte de casación en sentencia de 6 de marzo de 1997 para este supuesto desconoce gravemente el artículo 1692 del Código civil aplicable a la cesión de contratos. (*R. A. R.*)

LONGHINI, S.: «Musica, diritto e plagio», *Dir. Aut.*, 1999, núm. 4, pp. 573-580.

El plagio entre composiciones musicales: un tema siempre de actualidad. (*Alma R. G.*)

LOPILATO, V.: «Interruzione e rinuncia alla prescrizione nell'occupazione acquisitiva: le Sezioni Unite optano per la tutela sostanziale del privato», *NGCC*, 2000, núm. 1, pp. 19-30.

Comentario a la sentencia del tribunal de casación de 21 de julio de 1999, núm. 485, respecto a la ocupación adquisitiva en la expropiación por utilidad pública. (*Alma R. G.*)

MAROTTE: «Quelques précisions quant aux biens susceptibles de rétention», *RDS*, 2000, núm. 16, ch. b., pp. 365-368.

Notas a la sentencia de la corte de casación comercial de 26 de octubre de 1999. (*R. A. R.*)

MASSON-DAUM: «Lotissements: évolution ou stabilité?», *RDI*, 2000, núm. 1, pp. 1-7.

Estudio del tema y de su complejidad por la influencia de las normas urbanísticas y privadas. Naturaleza jurídica de sus normas y fuerza obligatoria. Influencia del tiempo. (*I. S. P.*)

MENOZZI, L.: «Il diritto di autore nell'era del post-moderno», *Dir. Aut.*, 2000, núm. 1, pp. 14-29.

Reconstrucción de la historia del derecho de autor: el derecho de autor como microsistema dentro del ámbito del sistema. (*Alma R. G.*)

NAVARRE-LAROCHE: «Le sort de l'immeuble indivis hypothéqué dans la liquidation judiciaire», *GP*, 2000, núm. 110-111, pp. 9-14.

La licitación del inmueble: pasos a seguir. Derechos de los acreedores. Atribución del precio del inmueble. (*I. S. P.*)

PÉRINET-MARQUET: «Droit des biens», *SJ*, 2000, núm. 10, I-211, pp. 408-414.

Breves comentarios a diversas sentencias en materia de: propiedad; división; copropiedad; desmembramiento del derecho de propiedad. (*I. S. P.*)

PIRONTI, F.: «Il diritto del condominio di servirsi della cosa comune non può estendersi a vantaggio di entità immobiliari estranee - nota a Cass. 11 agosto 1999 n. 8591», *GC*, 2000, núm. 1, pp. 91-92. (*M. R. D. R.*)

RAMPONE, F.: «Proventi della sponsorizzazione e tutela del diritto materiale d'autore - nota a Cass. 18 dicembre 1999 n. 13931», *GC*, 2000, núm. 4, pp. 1023-1024. (*M. R. D. R.*)

RAVANAS: «L'image d'un bien saisie par le droit», *RDS*, 2000, núm. 2, ch. r., pp. 19-25.

Dificultades para encontrar la componente inmaterial del derecho de propiedad por la costumbre de verlo en términos económicos. Consideraciones extrapatrimoniales derivadas de los bienes que prolongan a la persona. (R. A. R.)

REINBOTHE, J.: «Geistiges Eigentum und die Europäische Gemeinschaft», *ZEuP*, núm. 1, 2000, pp. 5-28.

La propiedad intelectual, según el autor, es un instrumento imprescindible a favor de la cultura y la investigación. En principio parece deseable que la protección se realice a través de una política común de la Unión Europea, si bien se trata de una meta no exenta de dificultades, dadas las importantes divergencias entre los Estados miembros y la propia evolución política de la Unión. Se estudian las iniciativas en esta dirección y los acuerdos internacionales sobre la materia. (I. G. P.)

RESCIGNO, P.: «Sulla partecipazione del distributore cinematografico al diritto a compenso per copia privata», *Dir. Aut.*, 1999, núm. 4, pp. 581-585.

Discusión sobre si los distribuidores de obras cinematográficas pueden participar en el derecho de compensación por copia privada atribuido por el artículo 3 de la Ley de 3 de febrero de 1992, núm. 93. (Alma R. G.)

SAINTE-ROSE: «Nature juridique et usage de la dénomination collective d'un groupe artistique», *RDS*, 2000, núm. 13, ch. b., pp. 299-301.

Notas a la sentencia de la corte de casación civil, sección primera, de 25 de enero de 2000. (R. A. R.)

SAINTE-ROSE/KHAIRALLAH: «L'hypothèque judiciaire en droit international privé: loi applicable et faillite du débiteur», *RDS*, 2000, núm. 25, ch. b., pp. 547-552.

Notas a la sentencia de la corte de casación civil, sección primera, de 17 de noviembre de 1999. (R. A. R.)

SCARONI, G.: «Le garanzie rotative», *NGCC*, 1999, núm. 6, pp. 409-420.

Nuevo sistema de garantías reales —de tipo rotativo— que se adapta a las necesidades del empresario, de manera que el bien gravado puede seguir formando parte del círculo productivo y ser libremente utilizado por el deudor del crédito garantizado. (Alma R. G.)

TEDESCO, G.: «Sulle modalità del disconoscimento di conformità all'originale di copia fotostatica di scrittura - osservazione a Cass. 18 marzo 1999 n. 2443», *GC*, 2000, núm. 1, pp. 180-181. (M. R. D. R.)

VALCAVI, G.: «Intorno ai concetti di novità estrinseca e d'originalità, nella nuova disciplina dei brevetti per invenzioni industriali», *RDC*, 2000, núm. 2, parte segunda, pp. 166-177.

Consideraciones en torno al concepto de novedad extrínseca y original en el Derecho de marcas y patentes. Visión de la propiedad industrial a través del derecho de divulgación de marcas y patentes. (M. R. D. R.)

VALLENS: «Publicité foncière et vie privée: les enjeux de l'informatisation», *RDS*, 2000, núm. 24, ch. r., pp. 375-381. (*I. S. P.*)

VISALLI, G.: «I soggetti della prelazione agraria: profili sistematici», *GC*, 2000, núm. 3, pp. 123-145.

Análisis del derecho convencional de adquisición preferente del cultivador directo de un fundo, y su relación con el derecho legal de adquisición preferente en el ámbito agrario. (*M. R. D. R.*)

VV. AA.: «Droit des technologies avancées», *GP*, 2000, núm. 109-107.

Número especial bajo la dirección de A. Bensoussan sobre la influencia de la informática en el Derecho, con especial consideración al uso de internet. (*I. S. P.*)

## DERECHO DE FAMILIA

ALAGNA, F.: «Assegno di divorzio e pensione di reversibilità», *DFP*, 2000, núm. 1, pp. 153-174.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Marsala de 11 de marzo de 1999 respecto a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges. (*Alma R. G.*)

ALLEAUME: «PACS: Solidarité contre solidarité (étude comparative des avantages respectifs du mariage et du PACS au regard du droit du crédit)», *RDS*, 2000, núm. 29, ch. r., pp. 450-454. (*R. A. R.*)

BAINHAM, A.: «Homosexuality and the Lords: Shifting Definitions of Marriage and the Family», *Cambridge L. J.*, 2000, vol. 59, núm. 1, pp. 39-42.

Comentario de la sentencia de la *House of Lords* de 28 de octubre de 1999, *Fitzpatrick v. Sterling Housing Association Ltd.* [1999] 2 F.L.R. 1027, sobre la pretensión del conviviente homosexual de ser considerado *cónyuge* –o al menos *familiar*– para suceder en la condición de arrendatario que ostentaba su compañero fallecido. Por mayoría de tres a dos, los lores rechazan lo primero pero admiten lo segundo. Pese a lo limitado de su alcance, por comparación con la situación de las personas homosexuales en otros países, el autor aplaude esta decisión y la califica de punto de partida para el desarrollo futuro del Derecho inglés. Subraya que es consecuente con el pluralismo social y la igualdad de las diferentes formas de vida íntima y considera que hubiera sido censurable abstenerse y remitir la decisión al legislador, como habían sostenido tanto la *Court of Appeal* como los lores que quedaron en minoría. (*J. R. I.*)

BARBIERA, L.: «Conati riformistici e riforme effettive del diritto di famiglia», *DFP*, 1999, núm. 4, pp. 1272-1273.

Artículo dedicado al estudio de los intentos de reforma y de los cambios efectivamente producidos en el campo del Derecho de familia a lo largo del año 1998. (*Alma R. G.*)

BARDI, S.: «Sulla rilevanza e la revocabilità del consenso all'adozione di persona maggiorenne», *DFP*, 2000, núm. 1, pp. 91-103.

Comentario a la sentencia de apelación del Tribunal de Génova de 9 de junio de 1997 sobre la naturaleza jurídica de la adopción de los mayores de edad. (*Alma R. G.*)

BRAZIER: «Modifications de la prestation compensatoire: faisons le point après la deuxième lecture au sénat», *GP*, 2000, núm. 254-256, pp. 2-6.

Estudio sobre las nuevas disposiciones fiscales y materiales de la prestación compensatoria tras las proposiciones del Senado de 25 de enero de 1990. (*I. S. P.*)

BRAZIER: «La prestation compensatoire de l'an 2000. Commentaire de la loi du 30 juin 2000», *GP*, 2000, núm. 254-256, pp. 7-11.

Análisis de la Ley de 30 de junio de 2000 sobre prestación compensatoria y su incidencia en la legislación del divorcio de 1975. (*I. S. P.*)

CASSANO, G.: «I figli della scienza in Cassazione: il principio di autoresponsabilità e l'art. 235 c.c. (una novità giurisprudenziale in tema di fecondazione artificiale eterologa)», *DFP*, 1999, núm. 4, pp. 1115-1127.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Casación de 16 de marzo de 1999, núm. 2315, respecto a la fecundación artificial heteróloga y las relaciones paterno-filiales. (*Alma R. G.*)

CIANI, G.: «Fecondazione eterologa e consenso del marito: l'inammissibilità del disconoscimento di paternità nella sentenza n. 2315 del S.C.», *DFP*, 1999, núm. 4, pp. 1103-1115.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Casación de 16 de marzo de 1999, núm. 2315, sobre el desconocimiento de paternidad en la inseminación heteróloga; lagunas del ordenamiento y problemas jurídicos, éticos y sociales al respecto. (*Alma R. G.*)

CONTE, M.: «Domanda congiunta di divorzio e successiva revoca unilaterale del consenso: cronaca dell'ultima guerra tra i coniugi», *DFP*, 1999, núm. 4, pp. 1264-1268.

Comentario a la Ordenanza del Tribunal de Potenza de 23 de julio de 1999 sobre las consecuencias jurídicas que supone la revocación del consentimiento a la demanda conjunta de divorcio por parte de uno de los cónyuges. (*Alma R. G.*)

D'AVACK, L.: «Fecondazione assistita eterologa: il S.C. privilegia per la prima volta il principio volontaristico rispetto a quello genetico», *DFP*, 1999, núm. 4, pp. 1096-1102.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Casación de 16 de marzo de 1999, núm. 2315, acerca de la tutela del interés del menor en la procreación asistida. (*Alma R. G.*)

DE RUBERTIS, R.: «La comunione di beni tra coniugi: acquisto *separato e correzione* del contratto», *DFP*, 2000, núm. 1, pp. 263-290.

Estudio acerca de la responsabilidad patrimonial con relación al nuevo Derecho de familia. (*Alma R. G.*)

DI SAPIO, A.: «La partecipazione a società lucrative del coniuge in comunione di beni: individuazione di un paradigma alternativo», *DFP*, 2000, núm. 1, pp. 311-333.

Reflexión sobre la participación en sociedades de personas respecto al sistema de comunión legal entre cónyuges. (*Alma R. G.*)

DI SAPIO, A.: «Lo scioglimento (volontario) del fondo patrimoniale in presenza di figli minori e l'immortalità di Socrate», *DFP*, 1999, núm. 4, pp. 1245-1250.

Comentario al Decreto del Tribunal de Roma de 14 de junio de 1999 acerca de la admisión de la ruptura convencional del fondo patrimonial en presencia de los hijos menores de edad. (*Alma R. G.*)

DONNIER: «Le consentement à l'adoption plénière d'un enfant étranger dont sa loi personnelle prohibe cette institution», *RDS*, 2000, núm. 3, ch. r., pp. 45-50.

Notas a la sentencia de la Corte de Apelación de Aix en Provence, de 25 de marzo de 1999. (*R. A. R.*)

FIASTRA: «Commentaire de la loi relative au PACS», *RDS*, 2000, núm. 13, ch. r., pp. 203-208. (*I. S. P.*)

FRANK, R.: «100 Jahre BGB–Familienrecht zwischen Rechtspolitik, Verfassung und Dogmatik», *AcP*, mayo 2000, pp. 401-425.

El autor ofrece un panorama de la evolución del Derecho de familia desde la promulgación del BGB. Por imperativo constitucional, las reformas se suceden a partir de la segunda mitad del siglo xx. Entre otros temas, se trata el contenido esencial del matrimonio como institución constitucionalmente protegida, las parejas de hecho, la disgregación del interés familiar en protección de los intereses de cada uno de sus miembros, la protección de los hijos y la investigación de la paternidad. (*I. G. P.*)

GARRISON, M.: «Law Making for Baby Making: An Interpretive Approach to the Determination of Legal Parentage», *Harvard L. Rev.*, 2000, vol. 113, núm. 4, pp. 835-923.

La autora analiza los problemas de la filiación de los nacidos mediante técnicas de reproducción artificial. Critica las diversas posturas doctrinales y propone una metodología *interpretativa* con la que alcanzar resultados coherentes con el interés superior del hijo. Dado que no existe diferencia entre las relaciones paternofiliales resultantes de la concepción sexual y de la tecnológica, considera que las reglas aplicables a la determinación de la filiación en uno y otro caso deben tratar de armonizarse. (*J. R. I.*)

GRANET: «Presentation des lois du 6 mars 2000 instituant un Défenseur des enfants et visant la maltraitance», *RDS*, núm. 22, ch. r., pp. 343-352.

La protección de los menores: dos nuevas leyes. La primera es de 6 de marzo de 2000 e instituye un Defensor de los menores, que es una autoridad independiente, investida de una misión de conciliación, con poder de formular reconsideración a una persona física o jurídica que tenga a cargo

un menor y encargarse de asegurar la promoción de los derechos del menor. La otra ley, también de 6 de marzo de 2000 tendente a reforzar el papel de la escuela en la prevención de los malos tratos a los menores. (R. A. R.)

LEGUEVAQUES/DOUYSSET: «L'enregistrement téléphonique comme mode de preuve dans le contentieux du divorce», *GP*, 2000, núm. 89-90, pp. 11-14.

El principio de prohibición de prueba y derechos de la personalidad. Sus límites. (I. S. P.)

LIBERTI, L.: «Sul passaggio in giudicato dell'omologa di separazione consensuale ai fini della domanda congiunta di divorzio», *DFP*, 1999, núm. 4, pp. 1167-1175.

Comentario a la sentencia de apelación del Tribunal de *Bari* de 30 de octubre de 1998, respecto a la revocación del consentimiento para la solicitud de la separación de común acuerdo. (Alma R. G.)

LOYER: «PACS vobis», *GP*, 2000, núm. 254-256, pp. 20-23. (I. S. P.)

MIRABAIL: «Les obstacles juridiques à la recherche de la vérité biologique en matière de filiation: discordances et anachronismes», *RDS*, 2000, núm. 9, ch. r., pp. 146-150. (R. A. R.)

MOLFESSIS: «La réécriture de la loi relative au PACS par le Conseil constitutionnel», *SJ*, 2000, núm. 10, I-210, pp. 399-407.

El Consejo constitucional, en decisión de 9 de noviembre de 1999, hace un examen de la ley relativa a los actos civiles de solidaridad que marca una evolución notable. Con su interpretación hace una nueva reestructura de la ley de una forma moderada. La interpretación de la decisión se manifiesta en el terreno de los derechos fundamentales y aporta una contribución esencial y a las relaciones de Derecho constitucional y Derecho privado. (I. S. P.)

MORANI, G.: «Il superamento del divario, minimo e massimo, d'età nell'adozione dei minori quale eccezione alla regola generale (ancora vigente) dell'art. 6, comma 2 della legge n. 184/1983, e l'applicazione, ad opera del giudice, delle speciali ipotesi, nonché dei criteri indicati dalla Consulta nelle sentenze n. 303/1996 e 349/1998», *DFP*, 1999, núm. 4, pp. 1019-1032.

Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de octubre de 1998 sobre la caída de la regla de la diferencia máxima y mínima de edad entre adoptante y adoptado. (Alma R. G.)

MORANI, G.: «Il crepuscolo del divario massimo d'età nell'adozione di minori: con la sentenza n. 283/99 la Consulta riafferma la deroga ed anticipa la riforma», *DFP*, 2000, núm. 1, pp. 9-15.

Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de julio de 1999, núm. 283, en materia de adopción: cae el límite de edad para los adoptantes. (Alma R. G.)

NATOLI, R.: «L'impianto di embrioni *post mortem* tra scontri ideologici e prezzi da pagare (a proposito di un'ordinanza palermitana)», *DFP*, 1999, núm. 4, pp. 1175-1200.

Comentario a la ordenanza del Tribunal de Palermo de 8 de enero de 1999, sobre manipulación genética y procreación artificial. (*Alma R. G.*)

NERI, A.: «Considerazioni critiche sull'estensione dell'istituto dell'adozione di persone maggiori di età, *ex art.* 44 l. n. 184/1983, operata dal giudice di legittimità», *DFP*, 1999, núm. 4, pp. 1085-1095.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Casación de 14 de enero de 1999, núm. 354, en relación con la adopción de personas mayores de edad. (*Alma R. G.*)

PALAZZANI, L.: «La famiglia *di fatto* é giustificabile giuridicamente?», *DFP*, 2000, núm. 1, pp. 245-256.

Artículo dedicado al papel desempeñado por el ordenamiento en el amplio fenómeno de la convivencia. (*Alma R.G.*)

PANDOLFINI, V.: «La pubblicità dello scioglimento della comunione legale per effetto della separazione personale dei coniugi», *GC*, 2000, núm. 2, pp. 65-68.

Análisis doctrinal y jurisprudencial del cese de régimen de comunidad de bienes o sociedad de gananciales como efecto de la separación de los cónyuges: publicidad registral, efectos, legitimación para la inscripción. (*M. R. D. R.*)

PARENTE, F.: «Scioglimento della comunione legale per separazione personale e ricostruzione per riconciliazione», *DFP*, 1999, núm. 4, pp. 1059-1074.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Casación de 12 de noviembre de 1998, núm. 11418, acerca de los efectos patrimoniales de la reconciliación entre cónyuges separados. (*Alma R. G.*)

PATRUNO, F.: «Autorizzazione alla vendita dell'unico bene del fondo patrimoniale - osservazione a App. Bari 15 luglio 1999 (decr.) e Trib. Trani 3 maggio 1999 (decr.)», *GC*, 2000, núm. 1, pp. 202-204. (*M. R. D. R.*)

PATTI, S.: «Inseminazione eterologa e *venire contra factum proprium*», *NGCC*, 2000, núm. 1, pp. 13-15.

Revocación del consentimiento prestado por el marido a la inseminación artificial heteróloga de su mujer. (*Alma R. G.*)

PIAZZA, G.: «Accertamento giudiziale di filiazione naturale e diritti successori: é possibile transigere su questi ultimi in pendenza del giudizio?», *CI*, 1999, núm. 3, pp. 1365-1379.

Efectos del reconocimiento jurídico de la filiación natural en el ámbito de los derechos sucesorios. (*Alma R. G.*)

PRANDINI, E.: «Il drammatico dilemma della scelta fra l'equità sostanziale e la coerenza giuridica», *DFP*, 1999, núm. 4, pp. 1127-1133.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Casación de 16 de marzo de 1999, núm. 2315, respecto a la relevancia jurídica de los acuerdos en materia de fecundación artificial. (*Alma R. G.*)

QUADRI, E.: «Trascrizione e opponibilità dell'assegnazione della casa familiare», *NGCC*, 2000, núm. 1, pp. 106-110.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Casación de 6 de mayo de 1999, núm. 4529, respecto a la atribución de la vivienda familiar de propiedad común a uno de los cónyuges, en concreto, su oponibilidad a terceros. (*Alma R. G.*)

ROMA, U.: «Inapplicabilità della l. 31.5.1995, n. 218, ai provvedimenti ecclesiastici di dispensa *super rato* ed alle sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio», *NGCC*, 2000, núm. 1, pp. 65-76.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Casación de 10 de julio de 1999, núm. 7276, sobre los efectos civiles del matrimonio canónico. (*Alma R. G.*)

ROVINSKI: «Réflexions sur les articles 283 et 285 du code civil dans le divorce pour rupture de vie commune», *GP*, 2000, núm. 89-90, pp. 2-10.

Estudio de los preceptos legales citados en la jurisprudencia francesa. Su no adaptación a la práctica. (*I. S. P.*)

RUBELLIN-DEVICHI: «Réforme de la prestation compensatoire, étape n. 2», *SJ*, 2000, núm. 12, Actualité, pp. 507-509.

Breve comentario al texto de la proposición de ley relativa a la prestación compensatoria en materia de divorcio, adoptada por el Senado el 25 de febrero de 1998, en relación con la sentencia de la Corte Europea de Derechos del Hombre de 1 de febrero de 2000. (*I. S. P.*)

SALZANO, A.: «L'ingerenza dello Stato nella vita familiare secondo il giudizio della Commissione europea dei diritti dell'uomo», *DFP*, 1999, núm. 4, pp. 1003-1018.

Artículo dedicado al concepto de vida familiar a la luz de los principios del Convenio de Nueva York de 1989. (*Alma R.G.*)

THIERRY: «Faut-il supprimer le contrôle judiciaire du changement de régime matrimonial?», *RDS*, 2000, núm. 4, ch. r., pp. 68-70. (*R. A. R.*)

VV. AA.: «Droit de la famille», *GP*, 2000, núm. 170-172.

Intervenciones sobre los cambios y las necesidades del derecho de familia en Francia. (*I. S. P.*)

VV. AA.: «Droit patrimonial de la famille», *GP*, 2000, núm. 128-132.

Número especial sobre el derecho patrimonial de la familia: evolución de la obligación de alimentos, transmisión del patrimonio, derechos de los cónyuges; cláusulas prohibidas en el contrato de matrimonio; etc. (*I. S. P.*)



VV. AA.: «Droit de la famille», *GP*, 2000, núm. 114-118.

Número especial sobre Derecho de familia, dirigido por D. Moss, en el que se centra la atención en la pensión compensatoria y su necesidad de reforma. (*I. S. P.*)

## DERECHO DE SUCESIONES

BELLONI, S.: «Interpretazione corretta del testamento e tutela della reale volontà del *de cuius*», *NGCC*, 2000, núm. 1, pp. 116-123.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Casación de 18 de septiembre de 1998, núm. 9320, sobre interpretación del testamento y voluntad del testador. (*Alma R. G.*)

MARENGO, R.: «Limiti all'intervento in appello del successore a titolo particolare - nota a Cass. 12 marzo 1999 núm. 2200», *GC*, 1999, n. 12, pp. 3360-3364. (*M. R. D. R.*)

THIERRY: «Doit-on accorder aux enfants adulterins les mêmes droits successoraux qu'aux enfants légitimes?», *RDS*, 2000, núm. 10, ch. r., pp. 157-158.

La supresión de la distinción entre hijos adulterinos e hijos legítimos suprime igualmente la discriminación entre unos y otros: plan de derecho interno y plan de la Convención Europea. (*R. A. R.*)

THIERRY: «Droits successoraux des enfants adultérins», *RDS*, 2000, núm. 15, ch. r., pp. 332-335.

Notas a la sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos de 1 de febrero de 2000. (*R. A. R.*)

ZOPPINI, A.: «Le nuove proprietà nella trasmissione ereditaria della ricchezza (note a margine della teoria dei beni)», *RDC*, 2000, núm. 2, parte primera, pp. 185-248.

Análisis del derecho de propiedad en la transmisión sucesoria: incidencia de la naturaleza de los bienes en la delación hereditaria y régimen jurídico de la propiedad según el objeto. (*M. R. D. R.*)

## VARIA

BARTL, H.: «Jahr-2000-Problem und Anwenderpflichten», *NJW*, 1999, pp. 2144-2150.

Se trata de reflexiones sobre el otrora controvertido «efecto 2000» y la responsabilidad de orden contractual y extracontractual que podía generar. (*M. P. G. R.*)

CHARBIT: «Le droit nouveau de l'énergie: la transposition des directives Electricité et Gaz en France», *RDS*, 2000, núm. 30, ch. b., pp. 463-476.

Estudio sobre las Directivas comunitarias en materia de luz y gas y su transposición en Francia. El retraso de la armonización y estudio de la Ley de 10 de febrero de 2000 sobre electricidad y el Proyecto de Ley de 17 de mayo de 2000 sobre gas. (R. A. R.)

DESIDERI: «La précaution en droit privé», *RDS*, 2000, núm. 15, ch. r., pp. 238-242.

Precaución en la información. Originalidad en el Derecho privado tanto por su campo de aplicación como por sus soluciones. Construcción de un nuevo derecho de las víctimas. (R. A. R.)

DETHLOFF, N.: «Europäisches Kollisionsrecht des unlauteren Wettbewerbs», *JZ*, 2000, pp. 179-185.

Las normas de conflicto europeas sobre la competencia desleal. (M. P. G. R.)

DÖRTHE, H./QUECK, N./LAGODNY, O.: «Hausverbot für prügelnde Ehemänner (i). Neue Perspektiven im Umgang mit häuslicher Gewalt», *JZ*, 2000, pp. 68-72.

El artículo presenta actuales propuestas de solución en el tema de los maltratos domésticos, en los sectores político, civil y penal, para lo que echa un vistazo a las soluciones austríacas al problema. (M. P. G. R.)

EVERLING, U.: «Richterliche Rechtsfortbildung in der Europäischen Gemeinschaft», *JZ*, 2000, pp. 217-227.

La evolución del poder judicial en la Unión Europea. (M. P. G. R.)

GOERLICH, H.: «Distanz und Neutralität im Lehrberuf - zum Kopftuch und anderen religiösen Symbolen», *NJW*, 1999, pp. 2929-2933.

Distancia y neutralidad en la enseñanza. Sobre el tocado y otros símbolos religiosos.

Este trabajo presenta dos puntos de vista sobre el debate abierto en torno a la libertad religiosa y de creencias traducida en la ostentación de símbolos externos y la prestación de un servicio público de enseñanza. Se enfrentan los derechos del enseñante a la identidad y libertades religiosas y de creencias y los de los alumnos y sus padres a sus propias creencias en el contexto de una enseñanza pública neutral. (M. P. G. R.)

HARTMANN, P.: «Das neue Gesetz zur Förderung der aussergerichtlichen Streitbeilegung», *NJW*, 1999, pp. 3745-3750.

La nueva ley para la promoción de la solución extrajudicial de litigios es el objeto de este trabajo, en el que se analizan algunos desarrollos normativos que la ley de introducción a la ZPO ha posibilitado a través del nuevo § 15 a, en vigor desde el 1 de enero de 2000. (M. P. G. R.)

HASE, F.: «Hinterbliebenenrente als Eigentum im verfassungsrechtlichen Sinn», *JZ*, 2000, pp. 591-600.

Las pensiones de viudedad y orfandad como propiedad en sentido constitucional. (M. P. G. R.)

HATTENHAUER, H.: «Zur Zukunft des Deutschen als Sprache der Rechtswissenschaft», *JZ*, 2000, pp. 545-551.

El futuro del alemán como lengua en la Ciencia del Derecho. (*M. P. G. R.*)

HEß, B.: «Die Anerkennung eines Class Action Settlement in Deutschland», *JZ*, 2000, pp. 373-382.

El reconocimiento de las *class actions* en Alemania. (*M. P. G. R.*)

HIRSCH, G.: «Der EuGH im Spannungsverhältnis zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht», *NJW*, 2000, pp. 1817-1822.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en relación dialéctica entre Derecho comunitario y Derecho nacional. El autor, Juez del TJCE, pone de manifiesto que el más Alto Tribunal comunitario y el Tribunal Constitucional alemán, dentro de sus respectivos ámbitos, trabajan en común de manera constructiva. (*M. P. G. R.*)

JUNKER, A.: «Das Internationale Unfallrecht nach der IPR-Reform von 1999», *JZ*, 2000, pp. 477-486.

El Derecho internacional de accidentes en la reforma del Derecho Internacional Privado de 1999. (*M. P. G. R.*)

KINDLER, P.: «Niederlassungsfreiheit für Scheinauslandsgesellschaften?», *NJW*, 1999, pp. 1993-2000.

¿Libertad de establecimiento para las pseudosociedades extranjeras? El autor examina las consecuencias de la sentencia «Centros para el Derecho Internacional de Sociedades en Alemania». (*M. P. G. R.*)

LORENZ, S.: «Zivilprozessuale Konsequenzen der Neueregulung des Internationalen Deliktsrechts: Erste Hinweise für die anwaltliche Praxis», *NJW*, 1999, pp. 2215-2218.

Consecuencias procesales de las nuevas normas sobre Derecho internacional privado de las obligaciones extracontractuales: primera referencia a la práctica forense. (*M. P. G. R.*)

MAGNIER: «La notion de justice impartiale. À la suite de l'arrêt Oury Cass. ass. plén., 5 févr. 1999», *SJ*, núm. 36, I-252, pp. 1595-1600.

El autor parte de las diferentes concepciones de la imparcialidad, subjetiva y objetiva y de la apariencia de imparcialidad de origen angloamericano. Después resalta el peligro de una recepción de la concepción angloamericana en el Derecho francés. (*R. A. R.*)

MIRABELLI, G./GRAZIADEI, G.: «Panorama di giurisprudenza della Corte di Cassazione - Secondo quadrimestre 1999», *RDC*, 2000, núm. 1, parte segunda, pp. 101-118.

Reseña de jurisprudencia relativa a diferentes materias de Derecho privado. (*M. R. D. R.*)

SPICKHOFF, A.: «Die Restkodifikation des Internationalen Privatrechts: Ausservertragliches Schuld- und Sachenrecht», *NJW*, 1999, pp. 2209-2215.

El resto de la codificación del Derecho internacional privado: obligaciones extracontractuales y derechos reales.

El 1 de junio de 1999 entró en vigor la Ley de Derecho Internacional Privado para las obligaciones extracontractuales y los derechos reales que se describen en este trabajo. (*M. P. G. R.*)

STAUDINGER, A.: «Verspätungsschäden nach Eisenbahnverkehrsordnung: Ein europarechtswidriger Anachronismus?», *NJW*, 1999, pp. 3664-3668.

¿Daños causados por retrasos en la normativa sobre tráfico ferroviario: un anacronismo contra Derecho comunitario?

El autor analiza la normativa alemana a la luz de la Directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, concluyendo el carácter contrario a la misma de algunas normas. (*M. P. G. R.*)

STÜRNER, R./BORMANN, J.: «Internationale Anerkennungszuständigkeit US-amerikanischer Bundesgerichte und Zustellungsfragen im deutsch-amerikanischen Verhältnis», *JZ*, 2000, pp. 81-87.

Reconocimiento internacional de las sentencias americanas del Tribunal Supremo y cuestiones de notificación en las relaciones germano-americanas. (*M. P. G. R.*)

TIDU, A.: «Rassegna di legislazione nazionale e comunitaria e di pronunce della Corte Costituzionale (giugno-agosto 1999)», *RDC*, 1999, núm. 6, parte segunda, pp. 825-842.

Reseña de legislación comunitaria y su trasposición a la legislación nacional italiana, y de pronunciamientos de la Corte Constitucional. (*M. R. D. R.*)

VV. AA.: «La protection du design en Europe», *GP*, 2000, núm. 50-52.

Estudios sobre las directivas en materia de dibujos y modelos y su transposición al Derecho francés. Vías de protección supranacionales. (*I. S. P.*)

VV. AA.: «Investir au Maroc», *GP*, 2000, núm. 79-80.

Número especial sobre Marruecos, evolución social y su incidencia en las diversas ramas de su ordenamiento jurídico: derecho del trabajo, propiedad intelectual, sistema judicial, arbitraje, etc. (*I. S. P.*)

VV. AA.: «Droit de la santé», *GP*, 2000, núm. 82-83.

Número especial bajo la dirección de Guigue estudiando diversos aspectos sobre la responsabilidad médica: legislación francesa, indemnización, daño y falta; relación médico-paciente en Derecho americano, etc. (*I. S. P.*)

VV. AA.: «Droit chinois», *GP*, 2000, núm. 184-186.

Número especial sobre el derecho chino en la actualidad. Su evolución con los cambios internos del país. Especial dedicación a cada una de las áreas del derecho chino y los nuevos avances del derecho mercantil en el extranjero. (*I. S. P.*)

VV. AA.: «La publicité», *GP*, 2000, núm. 140-141.

Número especial dirigido por F. Greffe sobre la publicidad en general. Se hace especial hincapié en la publicidad y los derechos de autor así como en la publicidad en Europa. (*R. A. R.*)

WEBER, A.: «Die Europäische Grundrechtscharta –auf dem Weg zu einer europäischen Verfassung», *NJW*, 2000, 537-544.

La Carta Europea de Derechos Fundamentales: en el camino hacia una Constitución europea. (*M. P. G. R.*)

ZUCK, R.: «Nur ein Kopftuch? Die Schavan-Lidin-Debatte», *NJW*, 1999, 2948-2949.

¿Solamente un tocado? El debate Schavan-Lidin.

Este trabajo presenta dos puntos de vista sobre el debate abierto en torno a la libertad religiosa y de creencias traducida en la ostentación de símbolos externos y la prestación de un servicio público de enseñanza. Se enfrentan los derechos del enseñante a la identidad y libertades religiosa y de creencias y los de los alumnos y sus padres a sus propias creencias en el contexto de una enseñanza pública neutral. (*M. P. G. R.*)

## DERECHO MERCANTIL

### PARTE GENERAL. EMPRESA

BRETZNER: «Le boycottage face à l'imperialisme du seuil de sensibilité», *RDS*, 2000, núm. 28, ch. b., pp. 441-445.

Problemas del abuso de posición dominante. Soluciones jurídicas francesas a los intentos de boicoteo frente a la libre competencia. (*R. A. R.*)

CRUGNOLA, P.: «Lo storno di dipendenti come atto di concorrenza sleale», *NGCC*, 1999, núm. 6, pp. 421-426.

El abandono de los trabajadores entre ilícito concurrencial y libertad de trabajo. (*Alma R. G.*)

EDELMAN: «Où la concurrence sera la genre humain (syndicat et ordre public économique: sur la décision du 22 juin 1999 du Conseil de la concurrence)», *RDS*, 2000, núm. 16, ch. b., pp. 261-266.

Según una decisión del Consejo de la competencia de 22 de junio de 1999 (anulada por sentencia de la Corte de Apelación de 29 de febrero de 2000) no solamente el orden público deriva del derecho natural, no solamente los sindicatos están de una forma u otra enfrentados contra las empresas, sino también, y sobre todo, la defensa de la *force de travail* descansa sobre la misma base que la defensa del beneficio. El ultraliberalismo está en marcha. (*R. A. R.*)

LE TOURNEAU: «Retour sur le parasitisme», *RDS*, 2000, núm. 25, ch. b., pp. 403-405.

El parasitismo es una noción reciente, permite sancionar ciertos comportamientos contrarios a los usos del comercio. Está consagrada por la jurisprudencia, pero enfrenta algunos teóricos. (*R. A. R.*)

MÖSCHEL, W.: «Systemwechsel im Europäischen Wettbewerbsrecht? Zum Weißbuch der EG-Kommission zu den Art. 81 ff. EG-Vertrag», *JZ*, 2000, pp. 61-67.

¿Cambio de sistema en el Derecho europeo de la competencia? Sobre el Libro Blanco de la Comisión Europea, en relación con el artículo 81 del Tratado constitutivo.

La Comisión europea pretende reemplazar el sistema existente hasta ahora de prohibición de carteles con restricción administrativa, por un sistema de restricción legal. El autor, presidente de la comisión de monopolios, presenta esta propuesta, bajo los aspectos de su general admisibilidad, eficiencia en la política de la competencia, seguridad jurídica, coherencia en su aplicación y subsidiariedad. (*M. P. G. R.*)

NOLTE, G.: «Die Kompetenzgrundlage der Europäischen Gemeinschaft zum Erlass eines weitreichenden Tabakwerbeverbots», *NJW*, 2000, pp. 1144-1148.

El fundamento competencial de la Comunidad Europea para la promulgación de una prohibición de la publicidad de tabaco. (*M. P. G. R.*)

PIAM: «La loi sur l'épargne et la sécurité financière: un toilettage juridique au service de l'intérêt général», *RDS*, 2000, núm. 4, ch. b., pp. 71-77.

La ley de 25 de junio de 1999 relativa al ahorro y a la seguridad financiera, instrumento de modernización del sector financiero, se inscribe en el contexto de la intervención de los poderes públicos en la regulación de la economía, que tiene por objeto el orden público. (*R. A. R.*)

SALMONI, F.: «Quando la concorrenza diventa il limite della libertà d'impresa. Riflessioni a partire da una sentenza della Corte Costituzionale», *FI*, 2000, núm. 2, pp. 412-417.

Artículo sobre los aspectos constitucionales de la disciplina *antitrust*. (*Alma R. G.*)

SCHAMING: «La distribution sélective: une voie de plus en plus étroite», *RDS*, 2000, núm. 11, ch. b., pp. 173-179.

La condición de validez de la distribución selectiva en Derecho interno y en Derecho comunitario, facilita el acceso a distribuidores y detallistas. El problema de los límites. Las reglas de competencia. (*R. A. R.*)

VV. AA.: «Droit de la concurrence interne et communautaire», *GP*, 2000, núm. 70-71.

Número especial del segundo semestre de 1999 sobre derecho de la competencia en Francia y en la Unión Europea. Principios de control, competencia desleal, prácticas restrictivas, etc. (*I. S. P.*)

## DERECHO DE SOCIEDADES

BARBA, V.: «Il gruppo di società nella giurisprudenza», *CI*, 1999, núm. 3, pp. 969-992.

Artículo acerca de la disciplina de los grupos de sociedades y de los innumerables problemas que han supuesto tales grupos a doctrina y legislador. (*Alma R. G.*)

BARBIER: «L'avènement de la société par actions simplifiée», *GP*, 2000, núm. 58-60, p. 3.

Estudio de la sociedad por acciones simplificada introducido por la ley de 3 de enero de 1994. (*I. S. P.*)

BERGERAC/SAINTURAT: «Fantaisie à deux voix (à propos de Dominique Schmidt, les conflits dans la société anonyme)», *RDS*, núm. 22, ch. b., pp. 315-323.

*Le corporate bovrnance*, una de las expresiones contemporáneas del neoliberalismo, asigna una sola finalidad a la empresa organizada en sociedad: el enriquecimiento de los accionistas. Esta visión reducida del rol de la empresa arriesga a la producción en Francia de riesgos catastróficos. (*R. A. R.*)

DONDERO: «L'abus de majorité négatif», *RDS*, 2000, núm. 3, ch. b., pp. 63-67.

Notas a la sentencia de la Corte de Casación civil, sección primera, de 16 de julio de 1998. (*R. A. R.*)

GALGANO, F.: «Ancora sul falso in bilancio consolidato», *CI*, 1999, núm. 3, pp. 1017-1023.

Diversas cuestiones respecto al balance ya consolidado: principio de legalidad, criterios de redacción, verdad o falsedad del balance... (*Alma R. G.*)

GAUTHIER: «État des lieux sur la direction et l'administration de la société anonyme à conseil d'administration», *GP*, 2000, núm. 8-13.

Reforma del Derecho de sociedades. Estudio del anteproyecto: extensión del poder de gestión; desconcentración de poderes; extensión del equipo de dirección. (*I. S. P.*)

KEITA: «Immatriculation au registre du commerce et des sociétés et statut des baux commerciaux», *GP*, 2000, núm. 156-158, pp. 3-7.

La obligación de inmatriculación. Fecha en que ha de realizarse y sanción en caso de incumplimiento. (*I. S. P.*)

LAMAZEROLLES: «Irrégularité de l'action en justice de la société en formation», *RDS*, 2000, núm. 29, ch. b., pp. 627-630.

Notas a la sentencia de la Corte de Casación comercial de 30 de noviembre de 1999. (*R. A. R.*)

OPPO, G.: «La sospensione legale del voto nelle società per azioni», *RDC*, 2000, núm. 1, parte primera, pp. 1-14.

Análisis del derecho de voto en la sociedad por acciones: hipótesis de suspensión legal de voto e incidencia sobre los otros derechos sociales. (*M. R. D. R.*)

PAU, F.: «L'imposta di registro nella fusione per incorporazione di società interamente possedute - nota a Cass. 3 settembre 1999 n. 9284», *GC*, 2000, núm. 4, pp. 1078-1081. (*M. R. D. R.*)

PFNISTER, G.: «Le clausole degli statuti di società di persone in tema di morte del socio», *CI*, 1999, núm. 3, pp. 1417-1447.

Estudio acerca de las cláusulas con función sucesoria en los estatutos de las sociedades de personas. (*Alma R. G.*)

SALAFIA, V.: «Azione sociale di responsabilità contro l'amministratore, fallimento della società, azione del curatore, chiusura del fallimento, nuova azione della società - osservazione a App. Torino 16 marzo 1998», *GC*, 1999, núm. 12, pp. 3438-3440. (*M. R. D. R.*)

SCHERMI, A.: «Spunti di riflessione da una deliberazione assembleare di riduzione del capitale sociale per perdite - nota a Cass. 6 novembre 1999 n. 12347», *GC*, 2000, núm. 3, pp. 743-747. (*M. R. D. R.*)

SCHERMI, A.: «Annotazioni sull'amministratore di fatto di società per azioni - nota a Cass. 14 settembre 1999 n. 9795», *GC*, 2000, núm. 1, pp. 80-82. (*M. R. D. R.*)

SCHERMI, A.: «Soggettività e società di persone - nota a Cass. 19 novembre 1999 n. 12833», *GC*, 2000, núm. 4, pp. 1042-1047. (*M. R. D. R.*)

SPADA, P.: «Tipologia delle società e società per azioni», *RDC*, 2000, núm. 2, parte segunda, pp. 211-221.

Análisis de la nueva legislación de la sociedad por acciones, a propósito del artículo 133 del Decreto Legislativo de 24 de febrero de 1998, núm. 58 (Texto Único de Intermediación Financiera, TUF): tipos, competencia, proceso de toma de decisiones, etc. (*M. R. D. R.*)

STRAPPARAVA, P.: «Società per azioni mista con azionista unico, azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori ex Art. 2393 C.C. e omessi poteri di vigilanza da parte del sindaco: cenni - nota a C. conti, sez. giur. Lazio 10 settembre 1999 n. 1015», *GC*, 2000, núm. 3, pp. 944-948. (*M. R. D. R.*)

TRIGO TRINDADE, R.: «Corporate Governance. La responsabilité des conseils d'administration dans les sociétés», *ERPL*, 2000, pp. 281-320.

El artículo, basado en los informes presentados en 1998 al Congreso de la Academia Internacional de Derecho Comparado, se consagra al estudio del gobierno de la empresa, noción importada de Estados Unidos, y recibida en muchos países europeos. Tras precisar el concepto, el autor desarrolla diversas cuestiones que suscita el gobierno de la empresa y analiza las normas más importantes. Se concluye que los Derechos nacionales han producido una diversidad de respuestas y destaca la necesidad de una regulación supranacional. (*I. G. P.*)



- VIDIRI, G.: «Le società cooperative: la gradazione dello scopo mutualistico ed i c.d. ristori - nota a Cass. 8 settembre 1999 n. 9513», *GC*, 2000, núm. 2, pp. 370-374. (*M. R. D. R.*)
- VIDIRI, G.: «Sugli obblighi dell'amministratore nella vendita della quota del socio moroso ex art. 2477 C.C. - nota a Trib. Roma 20 luglio 1999», *GC*, 1999, núm. 12, pp. 3451-3454. (*M. R. D. R.*)
- VIDIRI, G.: «Sui limiti dei poteri degli amministratori di società e sulle conseguenze privatistiche della violazione dell'art. 2624 C.C. - nota a Cass. 14 maggio 1999 n. 4774», *GC*, 2000, núm. 2, pp. 446-451. (*M. R. D. R.*)
- VIDIRI, G.: «Sulla revoca degli amministratori delle società a responsabilità limitata - nota a Cass. 7 settembre 1999 n. 9482», *GC*, 2000, núm. 3, pp. 768-771. (*M. R. D. R.*)

### CONTRATOS MERCANTILES

- BARBIER: «Révision triennale et facterurs locaux de commercialité», *GP*, 2000, núm. 135-137, pp. 7-8.
- Nota a la sentencia de la Corte de París, sección primera, de 29 de marzo de 2000 sobre la fijación del valor del arrendamiento. (*I. S. P.*)
- BELLANTUONO, G.: «Cassette di sicurezza, responsabilità della banca e asimmetrie informative», *FI*, 2000, núm. 2, pp. 533-537.
- Nota a la sentencia del Tribunal de Casación de 10 de septiembre de 1999 núm. 9640 sobre el contrato de servicio de las cajas de seguridad. (*Alma R. G.*)
- BIGOT: «Droit des assurances», *SJ*, 2000, núm. 14, I-219, pp. 629-636.
- Breves comentarios a las sentencias en materia de seguros en general; automóvil; construcción; personales; de responsabilidad, etc. (*I. S. P.*)
- BOCCARA: «Le renouvellement des concepts (en marge des droits des franchises)», *RDS*, 2000, núm. 1, ch. b., pp. 15-17.
- Determinación de la propiedad de los fondos mercantiles atendiendo al concepto mismo de éstos. La clientela no es un fondo de comercio. (*R. A. R.*)
- BORCHI, F.: «La giurisprudenza del foro genovese in materia bancaria - Anno 1997», *NGCC*, 1999, núm. 6, pp. 453-507.
- Análisis jurisprudencial de diversas cuestiones relacionadas con el contrato bancario: cheque, apertura de crédito, letra de cambio, cuenta corriente bancaria, tasa de interés, valor probatorio del extracto de cuenta, depósito. (*Alma R. G.*)
- CANDÉ: «Publicité comparative notamment dans le domaine du médicament, état des lieux», *RDS*, 2000, núm. 2, ch. b., pp. 33-42.
- Necesidad de armonizar la legislación nacional a la comunitaria por la Directiva 27-55, de 6 de octubre de 1997. Consecuencias de la transposi-

ción al Derecho francés y en la jurisprudencia, con especial incidencia en el ámbito farmacéutico. (R. A. R.)

DELEBECQUE: «Le nouveau contrat type applicable aux transports publics routiers de marchandises», *RDS*, 2000, núm. 8, ch. b., pp. 135-139.

El transporte terrestre de mercancías ha conocido estos últimos años profundas evoluciones: reformas legales; jurisprudenciales; cambio profesionales. El contrato es su instrumento jurídico. Los poderes públicos y los profesionales han propuesto un nuevo contrato tipo a la vez moderno y equilibrado. En este contrato se encuentra el derecho vivo de los transportes terrestres de mercancías y no en las disposiciones del Código de comercio. (R. A. R.)

HECKMANN, D.: «E-Commerce: Flucht in den virtuellen Raum?», *NJW*, 2000, pp. 1370-1375.

Comercio electrónico: ¿la huida hacia el espacio virtual? El autor analiza los problemas que el comercio electrónico puede plantear en las transacciones entre profesionales. (M. P. G. R.)

PELISSIER: «Nature et sanction de l'engagement du cessionnaire de l'entreprise en difficulté», *RDS*, 2000, núm. 17, ch. b., pp. 383-389.

Notas a la sentencia de la Corte de Casación comercial de 26 de octubre de 1999. (R. A. R.)

PLANTAMP: «Le particularisme du remplacement dans la vente commerciale», *RDS*, 2000, núm. 15, ch. b., pp. 243-248.

En una venta comercial, el mecanismo del cambio permite al adquirente paliar la deficiencia del vendedor en la ejecución de su obligación de entrega. La técnica asegura el mantenimiento de una relación de hacer evitando numerosas perturbaciones. (R. A. R.)

VV. AA.: «Société de l'information, commerce électronique et droit communautaire», *GP*, 2000, núm. 175-176.

Número especial sobre el tema, con especial incidencia en la responsabilidad de los comerciantes por internet en Europa y la adaptación comunitaria del derecho de autor. (I. S. P.)

## DERECHO CAMBIARIO

BOSGIRAUD y otros: «Donner un portefeuille de valeurs mobilières», *GP*, 2000, núm. 58-60, pp. 14-16.

Objeto: el interés de la donación. Solución dada por la sentencia de 12 de noviembre de 1998 (casación civil, sala 1.ª). (I. S. P.)

BRANE: «La valeur vénale des fonds de commerce d'hôtels», *GP*, 2000, núm. 231-235, pp. 2 y ss.

Métodos para obtener el valor económico de los fondos inmobiliarios hoteleros. Concierto de hotel; fijación de arrendamiento; etc. (I. S. P.)

## DERECHO CONCURSAL

ANCEL: «Qualificación et régime de l'engagement du codébiteur solidaire non intéressé à la dette prévu par l'article 1216 du Code civil», *RDS*, 2000, núm. 18, ch. b., pp. 407-412.

Notas a la sentencia de la Corte de Casación civil, sección primera, de 17 de noviembre de 1999. (*R. A. R.*)

LE CORRE: «La dispense de vérification du passif chirographaire», *RDS*, 2000, núm. 17, ch. b., pp. 275-278.

La dispensa de la verificación de los créditos no concierne sino a los créditos refaccionarios. El hecho de que el crédito no esté verificado no ejerce ninguna incidencia sobre la existencia del crédito. (*R. A. R.*)

LIPINSKI: «Cautionnement et procédures collectives: précisions sur la portée de l'engagement de la caution», *RDS*, 2000, núm. 11, ch. b., pp. 257-261.

Nota a la sentencia de la Corte de Casación comercial de 13 de abril de 1999. (*R. A. R.*)

PEROT-REBOUL: «L'exécution forcée des instruments financiers», *RDS*, 2000, núm. 22, ch. b., pp. 353-359.

Al estudiar el carácter de embargable de los instrumentos financieros se centra en la identificación de los documentos financieros; instrumentos financieros inenarrables en virtud de la ley y la determinación del titular del instrumento financiero. Concluye con el estudio de la eficacia de las medidas de ejecución forzosa. (*R. A. R.*)

RAKOTOVAHINY: «Le *clair-obscur* de la vente de gré à gré d'un fonds de commerce dans le cadre d'une liquidation judiciaire», *RDS*, 2000, núm. 3, ch. b., pp. 51-55.

Problemas de esta venta: partes del contrato y terceros interesados. Complejidad normativa: el Derecho especial de los fondos de comercio y normas imperativas de procedimientos concursales. ¿Qué prevalece? (*R. A. R.*)

TEBOUL: «L'extension d'une procédure collective d'une société commerciale à l'encontre d'une société civile immobilière», *GP*, 2000, núm. 110-111, pp. 3-8.

Jurisprudencia existente sobre los artículos 2 y 7 de la ley de 25 de enero de 1985 sobre procedimiento concursal de la sociedad mercantil. (*I. S. P.*)

TEBOUL: «Droit communautaire: le projet de règlement sur les procédures d'insolvabilité», *GP*, 2000, núm. 203-204, pp. 2-4.

Análisis del proyecto de insolvencia presentado por Alemania y Finlandia en mayo de 1995, que una vez estudiado y modificado por la Comisión,

tras recoger la opinión de distintas instancias, se adoptó por el Consejo, el 29 de mayo de 2000, entrando en vigor el 31 de mayo de 2002. (*I. S. P.*)

TRAVERSA, E.: «Sul fallimento *post mortem* del socio illimitatamente responsabile e sull'onore dell'erede di indicare i beni estranei al patrimonio sociale», *NGCC*, 1999, núm. 6, pp. 775-779.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Casación de 28 de diciembre de 1998, núm. 12846, acerca de la quiebra del empresario difunto. (*Alma R. G.*)

## ABREVIATURAS

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
Archiv. Giur.	Archivio Giuridico
Cambridge L. J.	Cambridge Law Journal
CI	Contrato e Impresa
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
DFP	Il Diritto di famiglia e delle persone
ERPL	European Review of Private Law
FI	Il Foro Italiano
Dir. Aut.	Il Diritto de autore
GC	Giustizia Civile
GP	Gazette du Palais
Harvard L. Rev.	Harvard Law Review
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristen Zeitung
L.Q.R.	The Law Quarterly Review
Mod. L. R.	The Modern Law Review
NGCC	La nuova Giurisprudenza Civile Commentata
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NLCC	Le Nueve Leggi Civile Comentata
Oxford J. Legal Stud.	Oxford Journal of Legal Studies
RDC	Rivista di Diritto Civile
RDI	Revue de Droit Immobilier
RDS	Recueil Dalloz Sirey
RIDA	Revue Internationale du Droit d'auteur
RTDC	Revue Trimestrelle de Droit Civil
RTDPC	Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile
SJ	La Semaine Juridique
Texas L. Rev.	Texas Law Review
Yale L. J.	Yale Law Journal
ZEUP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht

# JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

## Nota Crítica

Construcción extralimitada con mala fe del constructor.  
Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo  
(Sala 1.<sup>a</sup>), de 27 de enero de 2000, núm. 54/200,  
rec. 1233/1995, Ponente don José de Asís Garrote

**M.º PAZ GARCÍA RUBIO**

Catedrática de Derecho civil  
Universidad de Santiago de Compostela

## PRECEPTOS APLICADOS

Arts. 359, 924 y 928 de la LEC de 1881, 358, 361, 362, 433 y 435 del CC.

## NOTA

Sabido es que los artículos 358 a 365 del Código civil español recogen la llamada accesión industrial inmobiliaria, siguiendo la regla procedente del Derecho romano *superficies solo cedit* (también *vid.* artículos 350 y 353), de la que deriva que todas las incorporaciones hechas por el hombre al suelo se entienden absorbidas por este último y forman una unidad dominical con él, cuyo titular es precisamente el dueño del suelo. Más en concreto, la construcción en suelo ajeno se regula en el artículo 361 del CC cuando la incorporación se realiza con buena fe, y en los artículos 362 y 363 cuando el incorporante procede de mala fe. En este último supuesto, no existen dudas en la doctrina y la jurisprudencia sobre la plena aplicabilidad del rígido principio romano antes mencionado que rige la accesión inmobiliaria; sin embargo, en el caso de que la construcción se realice con buena fe, la interpretación del aludido artículo 361 es discrepante, diferenciándose dos líneas de pensamiento. La primera, estima que el mencionado precepto no atribuye la propiedad automática de lo edificado, plantado o sembrado al dueño del terreno, sino únicamente un derecho potestativo o de configuración jurídica, por vir-

tud del cual este sujeto puede decidir la situación jurídica del fundo, teniendo la facultad de optar por «hacer suya la obra» u «obligar al constructor a la adquisición del terreno» (no regiría aquí, por tanto, el principio clásico de la accesión). Según la segunda opinión citada, en el caso previsto en el artículo 361 se recoge un nuevo supuesto de accesión, de suerte que lo construido, plantado o sembrado en suelo ajeno forma con éste un todo único que pertenece al propietario del terreno desde el mismo momento de la incorporación (*vid.* claramente esta concepción en el artículo 278 de la Compilación catalana); la objeción que podría derivar de la referencia a la previa indemnización se salva por quienes apoyan este criterio, estimando que si bien el *dominus soli* adquirió la propiedad de lo incorporado desde que se consumó la unión, no adquiere la posesión hasta que compense al autor de la incorporación de los gastos necesarios, útiles y de lujo realizados por el incorporante (deuda de enriquecimiento).

La diferencia entre la situación de buena y mala fe no aparece claramente dibujada en el Código civil español (la aplicación al caso del artículo 433 no resulta del todo adecuada), a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en el artículo 1340.4 del Código civil portugués, donde, precisamente para el caso de obras, siembras o plantaciones en terreno ajeno, se concreta el concepto genérico de buena fe propio de los derechos reales, contenido en el artículo 1260.1, diciendo que «Se entiende que hay buena fe, si el autor de la obra, siembra o plantación desconocía que el terreno era ajeno o si fue autorizada la incorporación por el dueño del terreno». A análoga conclusión llega nuestra doctrina, que considera la buena fe aludida en el artículo 361 del CC como un estado psicológico consistente en el desconocimiento por parte del incorporante de que el terreno sobre el que está actuando es ajeno; se aprecia igualmente la existencia de buena fe cuando, a pesar de no concurrir la ignorancia descrita, la construcción, plantación o siembra se hace con consentimiento del dueño (*vid.* STSJ de Cataluña de 1 de marzo de 1993, para un caso en el que resulta de aplicación el artículo 278 de la Compilación catalana).

Con todo, nuestro Tribunal Supremo viene sosteniendo de manera constante, con el precedente de la STS de 30 de junio de 1923 y, sobre todo, la de 31 de mayo de 1949, que en los supuestos de construcción en terreno propio, con invasión parcial del terreno ajeno (extralimitación en la construcción), las norma aplicable no está expresamente prevista en el Código civil, integrándose la supuesta laguna con una regla de aplicación según la cual el extralimitante tiene derecho a adquirir el terreno invadido, sin opción alguna para el dueño del suelo, quien tendrá derecho a que se le abone el valor del terreno ocupado y todos los otros daños que se le puedan inferir como consecuencia de la ocupación. Esta regla, que produce la llamada accesión invertida, requiere como presupuestos de aplicación los siguientes: 1.<sup>o</sup> que la construcción se produzca principalmente sobre suelo propio y sólo en una pequeña extensión se extralimite o descansa sobre suelo ajeno (STS 22 de marzo de 1996 y 27 de junio de 1997, entre otras); 2.<sup>o</sup> que exista una situación de indivisibilidad entre el suelo propio, el ajeno invadido y lo construido sobre ellos, por lo que no es aplicable a la plantación o siembra, donde no se da tal situación de indivisibilidad (la ya citada STS 22 marzo de 1996); 3.<sup>o</sup> que el edificio más el terreno del edificante tengan un valor superior al del terreno invadido (STS 1 de octubre de 1984 y 3 de abril de 1992); 4.<sup>o</sup> que la construcción se haya realizado de buena fe (STS de 22 de noviembre de 1989, 11 de junio de 1993, 29 de julio de 1994, 2 de octubre de 1999, entre otras). Esta última exigencia, la de la buena fe, resulta presupuesto ineludible para nuestra juris-

prudencia, como asimismo lo es para las normas legales existentes en los Códigos que, a diferencia del nuestro, sí recogen expresamente el supuesto de ocupación parcial del terreno ajeno por una construcción que en parte recae sobre el dueño de la obra.

En efecto, a excepción del Código francés que también omite cualquier referencia a la construcción extralimitada y cuyos tribunales siguen una línea de defensa a ultranza de la propiedad del suelo, infringiendo del artículo 545 del Code el derecho del dueño del terreno a instar la demolición de la parte de la construcción que reposa sobre su terreno, con independencia de la importancia de la invasión y de la buena o mala fe del invasor, contienen una norma expresamente dirigida a este supuesto los Códigos alemán e italiano, los cuales muy probablemente actuaron como modelos para la creación jurisprudencial de la regla en nuestro Derecho. Al respecto, el parágrafo 912 del BGB (Überbau) dice lo siguiente: «1. Si el propietario de una finca, al construir un edificio ha sobrepasado el lindero sin que se le pueda atribuir negligencia grave o dolo, el propietario tolerará el edificio saliente, a menos que formule oposición antes o inmediatamente después de la extralimitación. 2. El vecino será indemnizado mediante el pago de una renta. Para la cuantía de la renta es decisivo el momento de la extralimitación» (cf. también el derecho de venta forzosa del titular de la renta recogido en el parágrafo 915 del BGB). Por su parte, el artículo 938 del Código civil italiano de 1942 dice que «Si en la construcción de un edificio se ocupa de buena fe una porción del fundo contiguo, y el propietario de éste no se opone en el plazo de tres meses desde el día en que se inició la construcción, la autoridad judicial, teniendo en cuenta las circunstancias, puede atribuir al constructor la propiedad del edificio y del suelo ocupado. El constructor está obligado a pagar al propietario del suelo el doble del valor de la superficie ocupada, además del resarcimiento de los daños».

Asimismo, regula el caso el artículo 1343 del Código portugués de 1966 al establecer «Cuando en la construcción de un edificio en terreno propio se ocupe, de buena fe, una parcela del terreno ajeno, el constructor puede adquirir la propiedad del terreno ocupado, si hubieren transcurrido tres meses a contar desde el inicio de la ocupación, sin oposición del propietario, pagando el valor del terreno y reparando el perjuicio causado, concretamente el resultante de la depreciación eventual del terreno restante»; por su parte, el aún más reciente Código civil holandés, cuyo artículo 54 del Libro V, después de establecer en su párrafo primero que «Cuando una construcción o una obra haya sido construida en parte sobre el terreno de otro, o encima o debajo de él, y la destrucción de la parte que se extralimita causaría al propietario de la construcción o de la obra un perjuicio desproporionalmente mucho más grave que aquel que su mantenimiento le ocasionaría al dueño del suelo, el propietario de la construcción o de la obra puede solicitar en cualquier tiempo que, a cambio de la compensación correspondiente, le sea concedida una servidumbre destinada al mantenimiento de la situación existente; puede también solicitar que, a elección del propietario del fundo invadido, le sea transferida la parte de éste necesaria», añade en el párrafo tercero de este mismo artículo 54 que los dos párrafos anteriores del precepto no se aplican si la situación es el resultado de una obligación surgida de la ley o de un acto jurídico que obliga a tolerar la situación existente o si «al propietario de la construcción o de la obra se le puede reprochar mala fe o negligencia grave en la construcción o adquisición de la construcción o la obra». Por encima de los matices diferenciales en el diseño del supuesto de hecho que configura la



norma especial en materia de construcción extralimitada en los diferentes Códigos indicados y de la diversidad de las consecuencias jurídicas que acarrea la norma, se destaca, como ya se ha dicho, la uniformidad en una de las exigencias: el constructor que invade el terreno ajeno ha de haber actuado de buena fe o, si se prefiere la fórmula alemana u holandesa, sin que se le pueda reprochar negligencia grave o dolo. Ninguno de los Códigos que se han señalado recogen regla especial alguna para la extralimitación con mala fe del constructor, supuesto de hecho que se da precisamente en el caso que dio origen a la sentencia objeto de este comentario y en el cual, por tanto, no resulta de aplicación la jurisprudencia que, de forma más o menos mimética con los Códigos vecinos, solventa el problema en caso de buena fe del constructor. De ahí el interés que este caso suscita.

Centrándome ya en los hechos que dieron lugar al pleito que comentamos, entiendo que, aunque no se considere de aplicación el artículo 361 del Código civil, ningún obstáculo existe para considerar que el concepto de buena fe exigido por nuestros tribunales para aplicar la teoría de la accesión invertida es idéntico al requerido en aquella ocasión; tal y como más arriba se indicó, el desconocimiento por parte del constructor de que está invadiendo el terreno ajeno o que lo está haciendo con consentimiento del dueño. No existen dudas en el supuesto comentado sobre la mala fe del constructor, aunque el cuarto motivo del recurso, analizado en el quinto considerando de la sentencia del Supremo, pretenda suscitarlas. A diferencia de algún caso anterior correctamente criticado por nuestra doctrina (STS 15 de junio de 1981 y 27 de noviembre de 1984), en esta ocasión el Tribunal niega que la mala fe del invasor se haya inferido, de modo automático, de la oposición formulada por el dueño invadido en las diversas fases de la construcción a través de varios caminos que a la postre resultaron infructuosos (requerimiento notarial para la paralización, interdicto de obra nueva, acción de deslinde); entiendo que es acertado independizar mala fe y oposición, pues como dice A. Carrasco, ni la oposición hace de mala fe al constructor, ni la falta de oposición sanaría en su caso la reprochabilidad de su conducta (*Ius aedificandi y accesión*, Madrid, 1986, p. 352). No obstante, no creo, como hace el autor citado, que mala fe y oposición funcionen como requisitos totalmente autónomos, pues en la mayor parte de las ocasiones la oposición fundada saca de la ignorancia al constructor que cree estar actuando conforme a derecho o, cuando menos, le hace dudar (otra cosa es que esto sea suficiente para destruir la buena fe). En cualquier caso, en el supuesto que nos ocupa, la mala fe se deduce no sólo de la persistente y fundada oposición, sino incluso de hechos anteriores al inicio de la edificación, como la defectuosa descripción por parte de los constructores del lindero entre la finca propia y la del vecino que resultó invadido.

Considerada la mala fe del constructor que se extralimita sobre el terreno ajeno, y a falta de jurisprudencia consolidada *ad hoc*, dos son las soluciones que, bajo diferentes criterios valorativos, parece barajar nuestra doctrina para resolver el conflicto de intereses surgidos en caso de extralimitación de un constructor de mala fe.

La primera solución encontraría su fundamento legislativo en los artículos 362, 363 y 379.2, aplicado analógicamente, además de los artículos 1098.2 y 1902 del CC, y otorgaría al dueño del terreno invadido el derecho a optar entre tres posibilidades: que el invasor le pague el valor del terreno más la indemnización de todos los daños y perjuicios que, como consecuencia de la extralimitación se le hubiesen podido irrogar, quedarse con la propiedad de la construcción realizada sobre su terreno sin indemnización

alguna al invasor, o instar la demolición de la obra, con la correspondiente indemnización de daños. Salvaguarda pues del derecho de propiedad del titular del terreno que sufrió la intromisión.

La segunda solución propuesta, defendida por M. Alonso Pérez (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. V, vol. 1.º, Madrid, Edersa, 1990, pp. 350 y ss.) desaprueba de forma tajante la posibilidad de la demolición por estimar que supone una pérdida cuantiosa de riqueza en detrimento de la colectividad, y sería contraria al artículo 33.2 de la Constitución, que consagra la función social de la propiedad; en opinión de este autor, el *dominus soli* sobre el que se asentó de mala fe la construcción ajena debe soportar la invasión si bien, con el fin de evitar este tipo de extralimitaciones, el invasor estaría obligado a pagar una fuerte cantidad derivada de los siguientes conceptos: el valor de mercado del terreno invadido, el valor de lo construido sobre el terreno, la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la actuación ilícita que significa la extralimitación de mala fe y la compensación por la plusvalía adquirida por el edificio como consecuencia de su mayor extensión al asentarse parcialmente en terreno ajeno. El reconocimiento de una amplísima restitución pecuniaria significa pues que, para el autor citado, la compensación económica al dueño del terreno invadido no pretendería únicamente la reintegración del derecho usurpado y la indemnización de los daños causados, sino también la prevención y punición de conductas intromisivas de la esfera ajena cuando estén realizadas con mala fe.

A pesar del eco que ha encontrado esta última tesis entre algunos destacados civilistas —en cierta medida ya aparecía en L. Díez-Picazo (*Fundamentos del Derecho civil. III. Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*, Madrid, 1995, 4.ª ed., p. 269—; *vid.* ahora también M. Peña y Bernaldo de Quirós —*Derechos reales. Derecho hipotecario, t. I, Propiedad. Derechos reales (excepto los de garantía*, 3.ª ed., Madrid, 1999, pp. 226-227, nota, 27—, no me parece que en nuestro Derecho existan argumentos ni de índole legislativa, ni en el terreno de los principios, que permitan consumir la privación a una persona de un bien inmueble de su propiedad, en beneficio de un particular que, a sabiendas de que estaba violando el derecho de otro, se encuentra dispuesto a indemnizar. Creo que ello es especialmente claro en supuestos en los que, como el que da origen a la sentencia que se comenta, la extralimitación no alcanza a una franja mínima del terreno vecino, sino que supone una invasión extensa de la finca ajena, hasta el punto de dejarla inservible para el uso urbanístico («funcionalmente la invasión es total», dice la sentencia). El propio M. Alonso reconoce que el artículo 363 del Código civil impide la accesión cuando haya mala fe del constructor en terreno íntegramente ajeno, si bien a su juicio se trata de una solución antieconómica e individualista, contraria a los artículos 33.2 de la Constitución y 7.2 del CC; señala además que el artículo 363 se pensó en 1889 para la ocupación plena y directa del suelo ajeno, y no para las extralimitaciones, y que no estamos legitimados para aplicar una norma de contenido extensivo y carácter gravemente sancionador a otra hipótesis de contenido reducido y con aplicación de la misma sanción. Sin embargo, yo creo que, además de los abundantes artículos del Código que dejan en manos del dueño del terreno parcialmente invadido la decisión final sobre el destino de la obra, tanto la función social de la propiedad, como la cláusula general que impone que el ejercicio de los derechos se realice conforme a la buena fe pueden igualmente apoyar esta opción. ¿O es que, por hipótesis, el constructor no ejercitó su derecho contrariando la cláusula de la buena fe? ¿Por qué ha de

entenderse que, de instar la demolición, la mala fe del dueño de la parte de la finca invadida es más intensa que la de aquel que construyó sabiendo que estaba violando el derecho de otro y a pesar de su continua oposición?; y desde el 33 de la Constitución, ¿por qué salvaguarda más y mejor la función social de la propiedad una construcción destinada, como es el caso presente, a un hotel, en una zona donde con toda probabilidad había otros muchos, que permitir una expropiación en interés particular, sin apoyo legal y, por lo tanto, contraria al artículo 33.3 de la Constitución?; ¿y si el dueño del suelo que resultó invadido prefería destinarlo a zona de recreo, o a la plantación de especies autóctonas, o a la construcción de un edificio más ecológico, más bonito o más útil socialmente?, ¿o es que entre las facultades del *dominus* no está la de decidir el destino económico de su propiedad?. Insisto en que no creo que las razones constitucionales para apoyar al invasor sean superiores a las que avalan a quien únicamente defiende su derecho. Es cierto que el propio Tribunal Constitucional en un supuesto de invasión total del terreno ajeno consideró perfectamente constitucional la ejecución de sentencia que sustituía el declarado derecho del dueño de la finca invadida por una indemnización equivalente al valor real de la misma, al estimar que había una desproporción irrazonable entre el valor del derecho de propiedad de la finca rústica sobre la que se habían vertido unos escombros y el coste de reposición de la misma a su estado ideal; debe destacarse, no obstante, que la compañía extractora invasora había actuado en todo momento de buena fe y que el dominio del actor había sido declarado con posterioridad a la adquisición por parte de la mencionada compañía de la finca mediante una compra a quien creía que era su verdadero propietario (STC 194/1991, 17 de octubre, *BJC*, 127, 1991, pp. 72-75).

Desde otro ángulo, se puede criticar además el fundamento de la última partida que, en opinión de M. Alonso, debería satisfacer el constructor de mala fe, y que en realidad constituiría el montante que la diferencia de la que se viene considerando adecuada en caso de extralimitación con buena fe; ¿dónde encuentra su base la pretensión de que sea satisfecha la plusvalía generada por la mayor extensión de la construcción? Desde luego, no en el artículo 1902 del CC, pues ningún daño se deriva de aquélla para la dueño del terreno usurpado; tampoco, según creo, en la consideración del enriquecimiento injusto generado a favor del constructor, pues la restitución por intromisión en el derecho ajeno que está en la base de la pretendida pretensión restitutoria no puede alcanzar la ganancia obtenida por el intromisor, sino únicamente el valor de reintegración de su derecho; como ha dicho X. Basozabal Arrue, la ganancia es el resultado de un proceso mucho más complejo que el simple ejercicio de la facultad usurpada e incluye el desarrollo de otras facultades propias como el esfuerzo, la iniciativa, la asunción del riesgo, la estrategia y la pericia de aquel que pretende obtenerla (*Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Madrid, Civitas, 1998, *passim*, espec. pp. 92 y ss.).

Incluso desde la perspectiva del análisis económico del Derecho, se ha dicho, creo que con acierto, que la situación de extralimitación con dolo del constructor impone una *property rule* en beneficio del propietario del terreno invadido. El constructor sabe, por hipótesis que se extralimita sobre finca ajena y, a pesar de ello, no negocia con el vecino; no es entonces lógico que el invasor pueda adquirir (seguramente infracompensando) por un justiprecio fijado por los jueces, aquello que pudo haber adquirido negociando en el mercado. Es correcto entonces, dice A. Carrasco Perera, que el ordenamiento le

reconozca al dueño invadido la posibilidad de obtener la demolición del edificio, y que se aproveche de esta posición estratégica exigiendo ahora del constructor más dinero por transigir que el que le hubiera costado a éste adquirir el derecho sobre la finca ajena antes de realizar la construcción («La accesión invertida: un modelo para la argumentación jurídica», *RDP*, 1996, pp. 886-912). Estoy totalmente de acuerdo con este planteamiento, que confirman además todos los textos comparados ya mencionados al sancionar el deber de soportar la extralimitación única y exclusivamente en caso de buena fe (*vid.* la jurisprudencia alemana que rechaza el deber de soportar la construcción por el vecino propietario en caso de dolo o culpa grave del extralimitante en J. F. Baur, *Soerger BGB, Band 6, Sachenrecht, §§ 854-1296, 12 Auf.*, Stuttgart, 12 Auf, 1989, p. 339).

La respuesta dada por el Tribunal Supremo en el caso que venimos tratando toma partido por la proclamación del derecho de propiedad sobre lo edificado del dueño del terreno invadido, por lo que parece situarse en la primera de las soluciones teóricas más arriba descritas. Sin embargo, de forma injustificada, deja para la fase de ejecución de sentencia la concreción del derecho que dice reconocer, anticipando, sin razón aparente, que puede no ser posible la ejecución en sus propios términos (declaración de la propiedad de lo edificado en terreno del actor y lanzamiento del mismo a los demandados), lo que conllevará la sustitución por una indemnización de daños en los términos del artículo 928 de la LEC de 1881, con lo que se sitúa en la línea de solución del conflicto que señalaba en segundo lugar y que, como ya dije, no me parece la de mejor encaje en nuestro Derecho. Además, y por ello la sentencia resulta doblemente criticable, deja también para la fase de ejecución de sentencia la determinación exacta de los conceptos indemnizables (en realidad no se trataría únicamente de indemnizar, sino también de restituir), limitándose a señalar que la «indemnización ha de temperarse al ejercicio normal del derecho reconocido al dueño del terreno invadido». En realidad deja servida la iniciación de un nuevo pleito.



# Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Pilar CÁMARA ÁGUILA, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO, Rocío DIÉGUEZ OLIVA, Miriam de la FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, Antonio GÁLVEZ CRIADO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Regina GAYA SICILIA, Ainhoa GUTIÉRREZ BARRENGOA, Ana Isabel HERRÁN ORTIZ, Javier LARENA BELDARRAÍN, Óscar MONJE BALMASEDA, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Antonio José QUESADA SÁNCHEZ, Lis SAN MIGUEL PRADERA**

SUMARIO: I. *Derecho civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derecho reales. Derecho hipotecario. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de sucesiones.–II. *Derecho mercantil*.–III. *Derecho procesal*.

## DERECHO CIVIL

### PARTE GENERAL

**1. Préstamo con interés y sus límites.**–En el contrato de préstamo, es admisible el pacto expreso de pagar intereses (art. 1755 CC), siendo su cuantía fijada libremente por las partes, con el límite de la represión de la usura según la Ley de 1908, que implica valoración en cada caso concreto para concluir si el préstamo es usurario o no.

**Procedimiento del artículo 131 LH.**–El artículo 131 LH regula un procedimiento del que dispone el acreedor hipotecario para satisfacer su interés en caso de impago del crédito hipotecario, el procedimiento judicial sumario, caracterizado por el gran vigor con que dota al derecho real de hipoteca. El fundamento conecta con la definición legal de hipoteca y su intención de ejecutar de modo directo e inmediato contra los bienes hipotecados, cualquiera que sea su poseedor (y el TC, en SSTC 41/1981 y 6/1992, ha considerado constitucional esta tutela privilegiada).

La nueva LEC ha reformado este artículo y los de su entorno, y ha unificado los procesos especiales de ejecución relativos a hipotecas inmobiliaria, mobiliaria y naval, debiendo, cuando entre en vigor, acudir a sus artículos 681 y ss., pues ha asumido en ella dichos procedimientos.

**Fraude de ley.**–El fraude de ley se caracteriza por la vulneración de una norma imperativa o prohibitiva oblicuamente: se realiza determinado acto (o actos) con el propósito de conseguir un resultado prohibido por una norma

concreta, buscando la cobertura y amparo de la que regula el acto y protege el resultado (STS de 5 de octubre de 1984).

En nuestro ordenamiento, el fraude de ley se intenta evitar con la regulación del artículo 6.4 CC, introducido en dicho texto en 1974. Se señala que *los actos realizados al amparo del texto de una norma que persiga un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir.*

Existe, por ello, un acto contrario al fin de la norma defraudada (uno o más de uno, y no necesariamente negocios jurídicos), una norma que sirve de amparo al acto en cuestión (ley de cobertura, pues la violación se produce de modo indirecto), así como la persecución de un resultado prohibido (parece exigirse literalmente cierta intencionalidad, aunque alguna STS, como la de 13 de junio de 1959 y la doctrina más relevante, siguiendo la opinión de De Castro, inciden en que no es necesaria dicha intención que, pese a que suele existir, plantea problemas probatorios evidentes).

La consecuencia que fija el artículo 6.4 es que dicho fraude no impedirá la debida aplicación de la norma que se hubiese tratado de eludir.

**Fraude procesal.**—Parece evidente que el fraude de ley no opera sólo en el ámbito del Derecho privado, sino que excede del mismo (en este sentido, por ejemplo, STC 37/1987). Y una de sus manifestaciones se produce en el ámbito procesal. La STS de 14 de octubre de 1991 aludía a la existencia de fraude procesal «siempre que se utiliza una institución para fines distintos de los que le atribuye el ordenamiento jurídico...», utilización que, en algún caso, se califica de «artificio» (STS de 21 de noviembre de 1991). La existencia de fraude procesal debe deducirse del reposado estudio del caso concreto, pues la utilización de las vías procesales oportunas para la defensa de los derechos, aunque no se traduzca en éxito de la acción, no debe calificarse sin más como fraude procesal, sino que deben concurrir los requisitos ya repasados anteriormente (en este sentido, STS de 31 de enero de 1992). El artículo 11.2 LOPJ prescribe el rechazo fundado, por el órgano jurisdiccional, de las peticiones que entrañen fraude procesal.

**La buena fe en el ámbito del procesal.**—El artículo 11.1 LOPJ establece que *en todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe.* Y el artículo 247 de la nueva LEC, Ley 1/2000, de 7 de enero, todavía no en vigor, señala la obligación de los intervinientes en todo proceso de ajustarse en sus actuaciones a las reglas de la buena fe, debiendo los tribunales rechazar fundadamente las peticiones e incidentes que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal. La consecuencia puede ser la imposición de una multa concreta. (STS de 14 de enero de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—J. S. D. y F. R. A. formularon demanda frente a *Créditos y Ahorros Mundiales, entidad de financiación, S. A.*, J. A. R. y M. J. M. A., éstos declarados en rebeldía, instando la nulidad de las actuaciones del juicio de ejecución hipotecaria del artículo 131 LH seguido, vinculado con cierto préstamo concedido a los actores, así como la anulación del oportuno asiento registral del auto de remate. Dicha demanda se acumuló con otra, donde se solicitaba la nulidad y/o rescindibilidad de la compraventa de determinada finca. La S de 1 de abril de 1993 desestima las demandas, y contra la misma se interpone recurso de apelación, resuelto por S de 2 de julio de 1994,

donde se admite el recurso. Por parte de la representación de la entidad de financiación citada se formaliza recurso de casación.

NOTA.—Se alinea esta sentencia con la jurisprudencia que defiende que no se incurre en fraude de ley si la actuación de una persona se limita, sin más, a ejercitar un derecho del que goza legalmente. Aplicando esta doctrina al ámbito procesal, concluimos que la mera utilización de las posibilidades procesales a las que se tiene derecho, pese a que no conduzcan finalmente al triunfo de las propias pretensiones, no implican, sin más, fraude procesal, sino que habrá que comprobar la concurrencia en cada caso de los requisitos necesarios para su apreciación, dado que la interpretación que debe realizarse de la existencia del fraude de ley debe ser estricta, comprobando fehacientemente su presencia, dadas las consecuencias que implica.

Así se hace en la sentencia que anotamos, y no se aprecia la existencia de fraude procesal por la mera utilización de las vías procedimentales a que se tenía derecho, sino que debiera haberse probado la concurrencia de los otros requisitos repasados.

Por otra parte, no exige esta sentencia que anotamos intención fraudulenta para apreciar la existencia de fraude procesal (se alinea con la doctrina defendida por De Castro). Sí alude a que, si existe fraude, se viola «el contenido ético de los preceptos o normas legales en que se amparan» (en la línea de la STS de 1 de febrero de 1990 y las que cita). (A. J. Q. S.)

**2. Doctrina del abuso de derecho.**—El abuso de derecho es un concepto jurídico indeterminado que, pese a los parámetros legales, jurisprudenciales y doctrinales que se admiten como rectores para su aplicación, no puede conceptuarse del todo apriorísticamente, sino que debe ser completamente delimitado en cada caso concreto.

La plasmación legal general de dicho concepto «válvula» (como lo califica la sentencia que anotamos) data de 1973, desarrollada en 1974, y se produce en el artículo 7.2 CC, que posteriormente será recogido de modo programático por el artículo 11.2 LOPJ. Esta normativa, necesitada de concreción para aplicarla en cada caso determinado, conecta con la doctrina jurisprudencial establecida ya por la STS de 14 de febrero de 1944, más tarde asumida por bastantes otras SSTS (por ejemplo, la STS de 13 de febrero de 1995, citada en la sentencia anotada). Esta construcción entronca históricamente con los «actos de emulación» medievales, así como con las reflexiones de destacados autores (Calvo Sotelo, Ripert o Goldschmidt, entre otros): el principio *qui iure suo utitur noeminem laedit* debe matizarse en estos casos abusivos, y el daño debe repararse.

Los requisitos que se suelen exigir para reconocer la existencia de abuso de derecho son: en primer lugar, una actuación aparentemente correcta que indique extralimitación que la ley no deba amparar; en segundo lugar, actuación extralimitada que produzca efectos dañinos; en tercer lugar, que dicha acción produzca una reacción del sujeto pasivo concretada en poder plantear una pretensión de cesación e indemnización. La aplicación de esta doctrina debe ser «prudente y restringida» (STS de 27 de mayo de 1988; también SSTS de 2 de diciembre de 1994, 25 de septiembre de 1996 y 28 de marzo de 1998).



**Derecho a litigar y abuso de dicho derecho.**—En el caso de la sentencia que anotamos, no sólo se alude a la cuestión general del abuso de derecho, sino que, además, se aplica a un apartado muy concreto del mismo: el del derecho a litigar. Estamos ante aquel ámbito del abuso de derecho relativo a determinar si incurre en responsabilidad aquella persona que, en el marco de una contienda judicial, mantiene pretensiones manifiestamente indefinidas u orientadas a finalidades distintas a las naturales en la función social del proceso o del «derecho a litigar», aunque ello debe ser entendido en sentido restrictivo, sin generalizaciones perjudiciales (STS de 28 de marzo de 1998).

Dentro del ámbito procedimental, establece el artículo 11.2 LOPJ que el órgano jurisdiccional debe rechazar fundadamente las peticiones formuladas con manifiesto abuso de derecho. El artículo 247 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, todavía no en vigor, destaca la obligación de los intervinientes en todo proceso de ajustarse en sus actuaciones a las reglas de la buena fe (en consonancia con el sí vigente artículo 11.1 LOPJ), debiendo los tribunales rechazar fundadamente las peticiones e incidentes que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal, así como pueden imponer determinada multa en estos casos.

**Acción interdictal de obra nueva.**—La acción interdictal de obra nueva se inserta entre las acciones protectoras del dominio (aunque no sólo el propietario puede utilizarla), y destaca su carácter cautelar: se pretende la paralización de una obra que se está construyendo, cuando una propiedad haya de sufrir perjuicio por su efecto. Anteriormente regulada en los artículos 1663-1675 LEC, hoy se menciona en el artículo 250.5 del nuevo texto, todavía no en vigor. El TS interpreta de modo restrictivo la posibilidad de que se abuse del derecho con el ejercicio de esta concreta acción, aplicando criterios generales (SSTS de 5 de junio de 1995 y 28 de marzo de 1998); pero si concurren los requisitos necesarios, reconoce el derecho de reparación (SST de 6 de julio de 1990, 15 de diciembre de 1992 y 4 de diciembre de 1996).

El daño que se cause debido a la actividad procesal de la otra parte estará amparado por las reglas de la responsabilidad civil, tal y como señala la sentencia anotada, pudiéndose ejercitar la acción de responsabilidad extracontractual del artículo 1902 CC. (STS de 6 de febrero de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—I. P. A. formula demanda contra G. B. P. ante el Juzgado de Primera Instancia suplicando el abono de una concreta cantidad de dinero (59.956.100 pesetas, más intereses legales desde la interposición de la demanda), debido a los presuntos perjuicios causados a la ahora demandante a causa del ejercicio de una acción interdictal de obra nueva (no se realiza concreción adicional alguna en la sentencia). La S de 13 de noviembre de 1992 estima en parte la demanda y condena a la demandada a pagar 23.000.000 pesetas, más el interés legal oportuno. Contra dicha sentencia se interpone recurso de apelación, donde se aceptan las pretensiones de la recurrente y se absuelve a G. B. P. (Sentencia de 20 de diciembre de 1994). Frente a ella, se interpone recurso de casación.

NOTA.—El TS reitera en esta sentencia los asentados argumentos utilizados en bastantes otras anteriores para configurar el abuso de derecho, de modo general, y pese a la necesidad de estudiar posteriormente cada caso concreto. Finalmente, aplica dichas reflexiones caracterizadoras al supuesto que le ocupa, y, basándose en la no concurrencia de los requisitos admitidos como necesarios en el caso

concreto, niega la existencia de abuso de derecho, abuso aplicado al campo procesal del derecho a litigar.

La sentencia que anotamos no se separa de la línea seguida por el TS en la materia, y defiende la aplicación prudente y restringida de la doctrina del abuso de derecho, en la línea expresada por la STS de 27 de mayo de 88, con lo que, si no resulta probada la concurrencia de los requisitos admitidos unánimemente, ya repasados, no debe considerarse que se obra en abuso del propio derecho y no existe derecho a la reparación. Ocurre en este caso: ante la falta de prueba del abuso, no ha lugar a la admisión de la pretensión (no se prueba la existencia de esa «pretensión patentemente temeraria e infundada» que debiera concurrir para existir el citado abuso).

Por otra parte, cabe destacar que en esta sentencia que anotamos se alude, en uno de sus requisitos, genéricamente, a *actuación extralimitada*, sin mención posterior a los criterios que permiten aportar un contenido a dicha consideración, criterios bien subjetivos (intención dañina o ausencia de finalidad seria y legítima en su ejercicio), bien objetivos (utilización del derecho de modo anormal o plenamente contrario a la convivencia ordenada) (entre otras, SSTs de 5 de abril de 1993, 27 de abril, 8 de junio y 21 de octubre de 1994, 9 de octubre de 1997 y las que se citan en ellas). (A. J. Q. S.)

## DERECHO DE LA PERSONA

**3. Colisión entre el derecho al honor y las libertades de información y de expresión. Doctrina del TC y del TS sobre el reportaje neutral.**—«Como ha dicho reiteradamente esta Sala, así en la sentencia de 5 de febrero de 1998, cuando surge la colisión entre los derechos fundamentales de libertad de información y expresión, de un lado, y el derecho fundamental al honor, de otro, la jurisprudencia de esta Sala, así como la del TC, se ha decantado por el seguimiento de las siguientes directrices: a) que la delimitación entre la colisión entre tales derechos ha de hacerse caso por caso y sin fijar apriorísticamente los límites entre ellos; b) que la tarea de ponderación ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica o absoluta, que sobre los derechos denominados de la personalidad, del artículo 18 de la Constitución Española, ostenta el derecho a la libertad de expresión y de información». En esta tarea de ponderación, para que prevalezca la libertad de información es necesario: 1.º) que la información sea veraz, y 2.º) que se trate de una noticia de relevancia pública referida a asuntos de interés general. Para la libertad de expresión, además de la relevancia pública del asunto, es exigible que las opiniones, ideas o expresiones vertidas no hagan desmerecer a la persona a la que van dirigidas del público aprecio y respeto.

Respecto a la veracidad de la información, cuando el informador se limita a reproducir lo manifestado por una persona sin adiciones ni comentarios, nos encontramos con la llamada doctrina del «reportaje neutral», según la cual el deber de diligencia del informador consiste en constatar la verdad del hecho de la declaración y comprobar la identidad de la persona del declarante, por ser éste el responsable en caso de que lo vertido en el medio difusor atente contra el derecho al honor de alguna persona, sin que la diligencia del informador se extienda a la indagación de la veracidad de lo declarado.

**Derecho a la propia imagen. Publicación de la imagen de persona de proyección pública.**—«El reportaje fotográfico fue obtenido con el consentimiento del interesado, obra en los archivos del periódico y al tratar éste en un reportaje de la persona demandante, Magistrado en activo, persona de proyección pública, puede publicar la imagen sin constituir intromisión ilegítima por tratarse de una de las excepciones a que se refiere el artículo 8.2 de la Ley Orgánica». A mayor abundamiento, «tal como dicen las sentencias de 7 de julio de 1998 y la citada de 25 de septiembre de 1998, no precisaba de un permiso especial del fotografiado por la imagen difundida, accesoria del artículo periodístico, cuya difusión se halla permitida en aras de la libertad de información». (STS de 16 de febrero de 1999; ha lugar.)

**HECHOS.**—Don Olegario S. C., Magistrado-Juez de Primera Instancia de Ourense, interpuso demanda incidental sobre protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen contra el senador don Agustín V. F. y el diario *La Región, S. A.* Contestada la demanda, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimándola parcialmente, declaró la existencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante y condenó a don Agustín V. F. a pagar una indemnización de ocho millones de pesetas en concepto de daños morales, y absolvió al diario *La Región, S. A.*

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Ourense desestimó los dos recursos presentados. Interpuestos sendos recursos de casación, el TS declaró no haber lugar al presentado por el senador demandado y haber lugar parcialmente al interpuesto por el demandante en el sentido de condenar al mismo a publicar a su costa la sentencia condenatoria en aquel diario.

**NOTA.**—En la presente sentencia se reitera la muy consolidada doctrina del TS, seguidora de la constitucional, sobre cómo debe resolverse la colisión entre derechos de rango constitucional: el derecho al honor y las libertades de información y de expresión. En este sentido y además de las sentencias citadas en la presente (SSTS de 5 de febrero, 27 de marzo, 28 de mayo, 13 de junio y 27 de julio de 1998), deben tenerse en cuenta las de 23 de febrero y 30 y 31 de julio de 1998, haciendo especial hincapié en las de 4 de noviembre de 1986, 25 de marzo y 29 de diciembre de 1995 y 9 de febrero de 1998, en cuanto que estas últimas establecen, como la sentencia que anotamos, que ni la libertad de expresión ni de información pueden justificar la presencia de expresiones vejatorias o denigrantes dirigidas a una persona concreta, un Magistrado-Juez de Primera Instancia de Ourense, y que le hacen desmerecer en el público aprecio y consideración, sean cuales fueren los usos sociales del momento en el que se produzcan. Por este motivo, se condenó a pagar una indemnización de ocho millones de pesetas al autor de tales expresiones y se casó la sentencia por el TS en el sentido de condenarle también a la publicación, a su costa, de la sentencia dictada, lo que había sido pedido por el actor, pero respecto a lo que ningún pronunciamiento se obtuvo ni en primera instancia ni en apelación.

En relación a lo anterior, se expone la doctrina del TS, seguidora también de la establecida por el TC, del denominado «reportaje

neutral», creada por los tribunales americanos y mantenida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, siendo habitual la cita de las SS de 7 de diciembre de 1976 y 8 de julio de 1986 del mismo. Respecto a esta materia, la sentencia anotada alude a la STC 41/1994, pudiendo citarse en el mismo sentido las SS 171/1990, 40/1992, 232/1993, 22/1995 y 52/1996; respecto al TS (citadas las SS de 11 de julio de 1995, 6 de febrero de 1996 y 24 de enero de 1997) pueden verse las de 16 de diciembre de 1996, 20 de febrero y 20 de marzo de 1997 y 5 de febrero de 1999. En aplicación de esta doctrina queda absuelto el diario demandado *La Región, S. A.*, al que no puede hacerse responsable de la reproducción literal, sin añadido ni comentario alguno, de la declaración de otra persona respecto a la que su responsabilidad se limita a la constatación del hecho de la declaración (de interés general por la trascendencia y las personas intervinientes) y del autor de la misma.

Por último, el artículo 8.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, tiene establecido [apartados *a*) y *c*), respectivamente] que no se produce intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen cuando se capta o reproduce la imagen de una persona de proyección pública en lugares abiertos al público (SSTS de 28 de diciembre de 1996 y 25 de septiembre de 1998), ni cuando la imagen aparece como meramente accesoria (SSTS de 7 de julio y 25 de septiembre de 1998). (A. G. C.)

**4. Derecho al honor y libertad de información. Colisión entre ambos y doctrina del reportaje neutral.**—Para la resolución del conflicto entre el derecho al honor y la libertad de información, la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal, en coincidencia con la doctrina sentada por el TC, ha establecido la prevalencia del derecho a la información sobre el derecho al honor cuando la información verse sobre hechos de relevancia pública que sean de interés general, sean esencialmente veraces y no hayan sido empleadas expresiones insultantes o vejatorias. Cuando el medio periodístico se limita a reproducir y publicar, sin apostillas ni valoraciones propias, la declaración de una persona se está en presencia de la doctrina llamada del «reportaje neutral», en relación a la cual el TC, que es seguido también por el TS, tiene establecido algunas modulaciones en relación al requisito de la veracidad de la información que exige el artículo 20.1, letra *d*), CE; en concreto y según la STC 232/1993, el requisito de la veracidad debe operar «en dos momentos sucesivos y frente a dos sujetos diversos: por un lado, y en primer lugar, respecto de la declaración atribuida por la revista a una persona; de otro lado, y en segundo término, respecto por lo ésta declarado, correspondiendo en cada caso la posible responsabilidad en la que se incurra respectivamente, al medio y al tercero» y «el medio de comunicación ha de acreditar la veracidad del hecho de que determinada persona ha realizado determinadas manifestaciones, no bastando simplemente observación de un mínimo de diligencia en la contrastación de la noticia, como sucede, en general, cuando se informa sobre hechos o circunstancias de imposible constatación indiscutida: es exigible, además, una perfecta adecuación con la realidad, esto es, con el hecho mismo de la declaración». (STS de 19 de febrero de 1999; ha lugar.)

**HECHOS.**—Como consecuencia de la publicación en la revista *Interviú* de una información relativa a la celebración de un matri-

monio de conveniencia, mediando precio, entre una española y un ciudadano extranjero encausado criminalmente por un delito relacionado con el tráfico de drogas, doña María del Carmen C. T., abogada y concejal del ayuntamiento de Baza, interpuso demanda de protección civil del derecho al honor contra *Ediciones Zeta, S. A.*, don Francisco M. M., Director de la revista *Interviú*, doña María Dolores A. F., que afirmaba había sido inducida por la demandante a contraer el matrimonio con precio, y otros. Contestada la demanda, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia desestimatoria de la misma y absolvió a los demandados.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Barcelona estimó en parte el recurso interpuesto por la demandante y condenó a *Ediciones Zeta*, al Director de *Interviú* y a doña María Dolores A. F. a indemnizar solidariamente con 500.000 pesetas por intromisión ilegítima en el derecho al honor de la actora, absolviendo al resto de los demandados. Interpuestos sendos recursos de casación, el TS declaró haber lugar al presentado por la demandante con el alcance de anular un auto de aclaración a la sentencia dictada en apelación, manteniendo los demás pronunciamientos de la misma, y declaró haber lugar también al recurso interpuesto por *Ediciones Zeta* y don Francisco M. M. en el sentido de confirmar la sentencia dictada en primera instancia, con absolución de los recurrentes.

NOTA.—La sentencia anotada se centra en los dos requisitos que la doctrina jurisprudencial exige para dar prevalencia al derecho «a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión» frente al derecho al honor: la relevancia pública y el interés general, y la veracidad de la información. Por un lado, es claro que se trata de una información de interés y trascendencia pública, por la materia tratada, los matrimonios de conveniencia por precio entre ciudadanos españoles y extranjeros para obtener con ello determinados beneficios, generalmente la nacionalidad española de una forma más rápida, y también por las personas que se ven afectadas por los hechos publicados, y más concretamente, una abogada y concejal del PP de Baza (Granada). Por otro lado y respecto al requisito de la veracidad, la Sala recoge literalmente la doctrina constitucional (STC 232/1993) sobre las modulaciones o matizaciones que deben hacerse cuando un medio de comunicación recoge y reproduce literal y fielmente la declaración de una persona, sin añadido, apostilla o valoración alguna, en cuyo caso nos encontramos ante la llamada doctrina del «reportaje neutral», de creación jurisprudencial americana, recogida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en SS de 7 de diciembre de 1976 y 8 de julio de 1986, y que ha llegado a los tribunales de nuestro país.

De forma más concreta, en estos casos nuestro TS tiene declarado, entre otras en SS de 6 de febrero y 16 de diciembre de 1996, 24 de enero, 20 de febrero y 20 de marzo de 1997 y 5 y 16 de febrero de 1999, cuya doctrina es coincidente con las directrices del TC (SS 40/1992, 41/1994, 22/1995 y 52/1996), que corresponde al medio informador una doble obligación: un deber de diligencia y constatación de la realidad del hecho de la declaración que se reproduce y divulga, sin extenderse a la veracidad de lo declarado, y un deber de identificar al autor de la declaración, a fin de que se res-

ponsabilice de la veracidad de lo declarado o pudiera ocasionar una intromisión ilegítima en el derecho al honor de alguna persona. En la presente sentencia de 19 de febrero de 1999, el cumplimiento de estas dos obligaciones por parte del informador le exime de toda responsabilidad y constituye *ratio decidendi* para la casación de la sentencia y la confirmación de la dictada por el Juzgado de Primera Instancia. (A. G. C.)

**5. Colisión entre el derecho al honor y las libertades de información y de expresión. Relevancia pública y veracidad de la información.**—Como ha determinado la STS de 5 de febrero de 1998, «cuando surge la colisión entre los derechos fundamentales de libertad de información y expresión, de un lado, y el derecho fundamental al honor, de otro, la jurisprudencia de esta Sala, así como la del Tribunal Constitucional, se ha decantado por el seguimiento de las siguientes directrices: a) que la delimitación entre la colisión entre tales derechos ha de hacerse caso por caso y sin fijar apriorísticamente los límites entre ellos, b) que la tarea de ponderación ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica o absoluta, que sobre los derechos denominados de la personalidad, del artículo 18 de la Constitución Española, ostenta el derecho a la libertad de expresión y de información».

Para esta tarea de ponderación que determine cuándo debe prevalecer uno u otro de estos derechos debe tenerse en cuenta que las libertades de información y de expresión «frecuentemente se entremezclan y según el tipo de reportaje, como puede serlo uno de fondo político, necesariamente. La doctrina constitucional y, por ende, también jurisprudencial, es que la libertad de expresión se refiere a opiniones, la libertad de información, a hechos; la primera es libre, la segunda requiere los requisitos de veracidad y de relevancia pública; ni una ni otra alcanzan a expresiones vejatorias, insultantes o difamatorias». (STS de 8 de marzo de 1999; ha lugar.)

**HECHOS.**—Los hermanos T. S. interpusieron demanda de juicio declarativo de menor cuantía por intromisión ilegítima en el derecho al honor de su padre, don Carlos T. B., ya fallecido, tras la emisión de un reportaje por TV3 el día 27 de noviembre de 1994 relativo al juicio sumarísimo en Consejo de Guerra del político catalán Carrasco i Formiguera y su fusilamiento durante la Guerra Civil española, en el que se citaba al padre de los demandantes como uno de los testigos de la acusación. Se demandó al *Ente Público Corporació Catalana de Radio i Televisió*, a *Televisió de Catalunya, S. A.* y a doña Dolors G. M. Contestada la demanda, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia en la que declaró la existencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor de don Carlos T. B. y condenó a los demandados, entre otros extremos, a pagar una indemnización simbólica de cinco pesetas.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Barcelona desestimó el recurso y confirmó la sentencia de primera instancia. Interpuesto recurso de casación, el TS declaró haber lugar al mismo, siendo desestimada finalmente la demanda formulada.

**NOTA.**—La presente sentencia reitera la doctrina jurisprudencial, continuadora de la sentada por nuestro TC, sobre la colisión o conflicto entre las libertades de información y de expresión y el

derecho al honor. Como es ya frecuente, el TS expone la solución a este conflicto citando literalmente la doctrina expuesta en sentencias anteriores; en este caso, las SS de 5 de febrero y 13 de octubre de 1998, aunque igualmente podían haberse citado, en el mismo sentido, últimamente las de 23 de febrero, 27 de marzo, 28 de mayo, 13 de junio y 30 y 31 de julio de 1998, y más recientemente, las de 16 y 19 de febrero de 1999. Para la realización de la labor casuística de ponderación en que consiste esencialmente esta doctrina jurisprudencial, se hace preciso distinguir, como manifestó el TC desde la S 172/1990 y como también ha hecho el TS especialmente en las SS de 22 de enero de 1992, 2 de marzo de 1993 y 9 de febrero de 1998, entre libertad de expresión y de información porque los requisitos que deben cumplir una y otra para prevalecer son distintos a tenor de la regulación constitucional de ambas [arts. 20.1-a) y 20.1-d), respectivamente].

Respecto a la libertad de información, entiende el TS en la presente sentencia que los hechos relatados por un reportaje de TV3 titulado *Sumarissim 477*, acerca del Consejo de Guerra que sufrió el político catalán Carrasco i Formiguera en 1937 y en el que se citaba como testigo de cargo, entre otros, al padre de los demandantes, y su posterior ejecución, reúne el requisito de la relevancia pública y el interés general por cuanto se trata de una información relativa a un hecho histórico de la preguerra y de parte de la guerra civil española de la que es protagonista un destacado político. Igualmente considera el TS que concurre el requisito de la veracidad de la información, aludiendo a que es verdad «el hecho esencial», con lo que parece traer a colación la doctrina de sentencias anteriores que no exigen la veracidad total o absoluta de la información, sino la veracidad respecto a la esencia y sustancialidad de los datos publicados o núcleo esencial de la información (SSTS de 6 de marzo, 14 y 30 de diciembre de 1995, 26 de junio de 1996 y 13 de febrero de 1997). Por estas razones debe prevalecer el derecho a la libertad de información.

Por lo que a la libertad se refiere, la cuestión central se situó en determinar el alcance que deben darse a las declaraciones que se hacían en el reportaje según las cuales la condena del político catalán se basó, según palabras literales, «exclusivamente» en el testimonio de los testigos, que se presentaron «voluntariamente» a este fin. Para el TS estas declaraciones no entran dentro de la libertad de información sino de la libertad de expresión por tratarse de juicios de valor u opiniones y no de hechos, que en ningún momento hacen desmerecer a nadie en el público respeto y consideración ajena. Por todo ello, se casa la sentencia dictada en apelación y se absuelve a los demandados. (A. G. C.)

**6. Colisión entre el derecho al honor y las libertades de información y de expresión. Distinción entre ambas. Falta de veracidad y contraste de la noticia.**—Los derechos fundamentales a la libertad de expresión y de información se proclaman como esenciales para la formación de una opinión pública libre, indispensable para asegurar el pluralismo político en un Estado social y democrático de Derecho. Sin embargo, «todo derecho, por muy importante que sea, no puede devenir en un derecho absoluto e ilimitado,

pues ello llevaría a difuminar totalmente la idea de libertad y la de democracia. Por ello, la propia Constitución en su artículo 20.4, establece que la libertad de expresión y la de información tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen».

Cuando surge la colisión entre estos derechos, de rango constitucional todos ellos, «la jurisprudencia de esta Sala, así como la del Tribunal Constitucional, se ha decantado por el seguimiento de las siguientes directrices: a) que la delimitación entre la colisión de tales derechos ha de hacerse caso por caso y sin fijar apriorísticamente los límites entre ellos, b) que la tarea de ponderación ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica o absoluta, que sobre los derechos denominados de la personalidad, del artículo 18 de la Constitución Española, ostenta el derecho a la libertad de expresión y de información.

Pero como datos complementarios de lo anterior, y para resolver la posible colisión, es preciso que el honor se estime en un doble aspecto, tanto en un aspecto interno de íntima convicción –inmanencia- como en un aspecto externo de valoración social –trascendencia-, y sin caer en la tendencia doctrinal que proclama la “minusvaloración” actual de tal derecho de la personalidad. Es también preciso, en el otro lado de la cuestión, que la información transmitida sea veraz y, además, que esté referida a asuntos de relevancia pública que sea de interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellas intervienen». (STS de 23 de marzo de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Juan Carlos M. T. interpuso demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre intromisión ilegítima en el derecho al honor contra la entidad mercantil *Federico Joly y Cía, S. A.*, y contra don Jorge B. B., debido a las informaciones aparecidas el día 23 de julio de 1987 en el *Diario de Cádiz*, en el que el demandante acusaba a personas concretas que ejercían cargos públicos en el Ayuntamiento de Algeciras de estar implicadas en un presunto fraude de veinte millones de pesetas. Contestada la demanda, el Juzgado de Primera Instancia la estimó y declaró la existencia de intromisión ilegítima en el honor del demandante.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Sevilla desestimó el recurso y confirmó la dictada en primera instancia. Interpuesto recurso de casación, el TS declaró no haber lugar al mismo.

NOTA.—El FD 1.º de esta sentencia recoge, reproduciendo literalmente el mismo FD de la STS de 5 de febrero de 1998, también del mismo Ponente, la doctrina jurisprudencial, seguidora de la establecida por el TC, sobre la forma de resolver la colisión entre derechos fundamentales de rango constitucional, como son el derecho al honor y las libertades de expresión y de información, lo que hace preciso establecer límites a estos derechos. La jurisprudencia entiende que ello debe hacerse caso por caso y sin fijar apriorísticamente los límites entre ellos, aunque en esta tarea de ponderación es afirmación habitual que las libertades de expresión y de información gozan de una posición prevalente, aunque no sea de una forma absoluta, sobre el derecho al honor. En esta tarea de ponderación es esencial distinguir claramente entre ambas libertades, porque los



requisitos exigibles en uno y otro caso para determinar si deben prevalecer sobre el derecho al honor son distintos. Así lo hace la presente sentencia de 23 de marzo de 1999, siendo habitual la cita en el mismo sentido de la STC 172/1990, a la que han seguido especialmente la STS de 9 de febrero de 1993, y últimamente, las de 2 de marzo de 1998 y 8 de marzo de 1999.

Concretamente y respecto a la información aparecida en el *Diario de Cádiz* del 23 de julio de 1987 en la que se acusaba a personas concretas que ostentan cargos públicos en el Ayuntamiento de Algeciras de estar implicados en un presunto fraude, para que el derecho a la libertad de información prevalezca es necesario que se trate de una noticia de relevancia pública e interés general y que sea veraz, como exige el artículo 20.1-d) CE. No existe duda para el Tribunal sobre la concurrencia del primero de los requisitos; la relevancia pública de la información publicada es incuestionable en atención a la materia tratada y a las personas intervinientes. El problema principal, y el interés de la sentencia que anotamos, se sitúa en el requisito de la veracidad de la información. El TC ha entendido que este requisito se cumple cuando la información haya sido suficientemente contrastada con datos objetivos por el informador, es decir, exige una actuación diligente tendente a realizar una comprobación profesionalmente razonable de la noticia, aunque la información vertida no sea objetivamente veraz: SSTC 6/1988, 107/1988, 105/1990, 171/1990, 178/1993, 336/1993 y 41/1994, entre otras, habiendo sido fielmente acogida esta doctrina por el TS: SS de 20 de diciembre de 1994, 26 de junio de 1996 y 28 de mayo y 15 de noviembre de 1998, entre las más significativas. En la sentencia que anotamos ninguna actividad se había desplegado en este sentido por el informador, puesto que la publicación de los hechos de la misma se basaba en un expediente administrativo pendiente de un recurso de alzada y de un mandamiento de ingreso de cantidad de dinero, «lo cual ni de lejos puede configurar un *climax* de corrupción y mucho menos una implicación directa de personas», razón por la cual el TS declara no haber lugar al recurso interpuesto por la parte demandada, que había sido condenada por el Juzgado de Primera Instancia, cuya sentencia se confirmó en apelación. (A. G. C.)

**7. Artículo 1252 CC.**—La presunción de cosa juzgada sobre determinada cuestión puede surtir efecto en otro proceso si existe, en ambos procesos, identidad entre las cosas, causas, personas de los litigantes y calidad con que lo fueron (igualdad *física* y *jurídica*, según la STS de 14 de noviembre de 1983), salvo que se trate de determinadas cuestiones que no serán relevantes para nuestra exposición.

Este artículo ha sido derogado por la nueva LEC, todavía no vigente, con lo que, cuando entre en vigor, debe acudir-se a su artículo 222 para solucionar este tema.

**Derecho al honor.**—El artículo 18.1 CE garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, y la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, desarrolla la protección civil de dichos derechos. Sin perjuicio de que ello no implicase anterior desprotección (la tutela se producía mediante la utilización del art. 1902 CC; en este sentido, por ejemplo, STS de 7 de

febrero de 1962), es evidente la importancia de la protección que se deriva de dicha ubicación constitucional.

El derecho al honor se configura como derecho «indisponible, irrenunciable, inalienable e imprescriptible», y su protección civil quedará delimitada «por las leyes y usos sociales, atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí o su familia».

La Ley hará referencia, con terminología no del todo adecuada, a intromisiones legítimas e ilegítimas en este derecho, conforme a la regulación de los artículos 7 y 8. El TS, por su parte, estima que «las ofensas vertidas deben ser examinadas dentro del contexto de lugar y ocasión en que se vertieron» (en este sentido, STS de 28 de mayo de 1990), con objeto de que el encuadre sea el adecuado para realizar una acertada valoración.

Por otra parte, tema polémico es si debe incluirse el desmerecimiento que afecte al prestigio profesional de la persona («fama», según algún autor) dentro de la lesión del derecho al honor, o debe resarcirse el daño causado conforme al artículo 1902 CC, general para el daño extracontractual, extrayéndolo de la tutela privilegiada de dicho derecho fundamental. La postura tanto del TC como del TS no ha sido única y unánime: una de las líneas seguidas consideraba que el prestigio profesional no formaba parte del derecho al honor (en este sentido, SSTS de 25 de marzo de 1993 o 30 de noviembre de 1995, y SSTC 40/1992 y 139/1995), pero la postura monista, tendencia que predomina actualmente, sostiene que un ataque lesivo para el prestigio profesional, realmente lesiona el honor (por ejemplo, SSTS de 27 de mayo de 1995, 20 de marzo, 1 de diciembre o 15 de diciembre de 1997, y SSTC 223/1992 y 76/1995).

**Colisión entre el derecho al honor o intimidad y libertad de información y expresión.**—Los derechos no pueden ejercerse de modo absoluto, sino dentro de ciertos límites, y en ocasiones pueden verse en contradicción diversos derechos, y debe ponderarse cuál cede ante el otro (lo que los norteamericanos denominan *balancing*). En el caso de honor frente a libertad de información y las otras libertades recogidas en el artículo 20 CE, no hay que realizar tal ponderación: el artículo 20.4 establece como límite para el ejercicio de estas libertades los derechos fundamentales, especialmente el derecho al honor, entre otros. En la sentencia que anotamos, tras repasar los argumentos del TC al respecto (su postura evolucionó con la STC 104/86, de la prevalencia general del honor a la relativización casuística) recuerda que, para prevalecer, lo informado debe resultar de interés público, y deben valorarse las circunstancias de cada supuesto concreto para llegar a dicha conclusión (SSTC 107/1988, 171/1990, 214/1991 y 85/1992, entre otras). Por otra parte, no puede justificarse la atribución a una persona identificada de hechos que la hagan desmerecer del público aprecio y respeto, y la información debe ser comprobada según los cánones de la profesionalidad informativa, debiendo excluir invenciones, rumores o insidias (STC 105/90). (STS de 8 de abril de 1999; ha lugar.)

**HECHOS.**—Cinco profesionales de la medicina presentan demanda contra la revista *Bisagra*, su Redactor Jefe y una periodista, al entender que existe un atentado contra sus respectivos derechos al honor por causa de cierto artículo periodístico donde se describen supuestos en los que se destacan presuntos errores médicos. El Juzgado de Primera Instancia, en sentencia de 14 de septiembre de 1996, desestima la demanda, y contra dicha sentencia se interpo-

ne recurso de apelación, estimado parcialmente por sentencia de 13 de noviembre de 1997, considerándose que el artículo es lesivo para el honor de los actores. Frente a la misma, se interpone recurso de casación.

NOTA.—De entrada, en la sentencia que anotamos se reflexiona sobre la aplicación del artículo 1252 CC, y sobre cómo, para que sea operativa la presunción de cosa juzgada, debe existir identidad en las cosas pedidas, causas, personas y calidad en que concurrieron. Se alega doctrina jurisprudencial que defiende que es posible la aplicación incluso si no coinciden las partes litigantes (SSTC 182/94, 171/91 y 189/90 y SSTS de 20 de febrero de 1990, 3 de noviembre de 1993 y 5 de julio de 1994), pero el TS rechaza el argumento.

Se destaca en la sentencia, por otra parte, que opiniones que, de alguna manera, cuestionen el buen hacer profesional de alguna persona, en su caso, transgreden el honor del interesado (si superan determinados límites que se consideran conformes a una correcta crítica; como se señala en la sentencia anotada, una crítica puede ser incluso desconsiderada e inoportuna sin llegar a atentar contra el derecho al honor del criticado; debe valorarse si se traspasa esa «frontera» en cada caso). Se alinea, entonces, esta sentencia con la opinión monista que comprende el prestigio profesional dentro del derecho al honor.

Tras destacar en los Fundamentos Jurídicos la postura ante el choque de derechos, se reflexiona sobre el caso concreto, y se comprueba que el reportaje informa de unos hechos, sin ánimo de menosprecio, y prácticamente sin adiciones por parte de la periodista (es lo que en la STS de 20 de febrero de 1997 se llamó *reportaje neutral*), con lo que, por su parte, no existe atentado contra el honor, sino, a lo sumo, una «crítica desconsiderada e inoportuna» que no llega a atentar contra su honor (son importantes las gradaciones: la STS de 15 de julio de 1996 también aludía a una «crítica mordaz y de mal gusto» que tampoco atentaba contra el honor). (A. J. Q. S.)

**8. Títulos nobiliarios. Orden sucesorio de los mismos.**—Es doctrina jurisprudencial reiterada la naturaleza meramente honorífica de los títulos nobiliarios, sin que su posesión conlleve *status* o condición estamental privilegiada, ni ejercicio de función pública alguna. Como prerrogativa de honor, como *nomen iuris*, su contenido jurídico se agota en el «derecho a adquirirlo, usarlo y a protegerlo frente a terceros, de modo semejante a lo que sucede con el derecho al nombre» (STC 27/1982, FJ 2.<sup>o</sup>). En la sucesión *mortis causa* de los títulos nobiliarios, el planteamiento sucesorio es distinto de las normas sucesorias del Código civil. La ley fundamental en la sucesión es la Real Carta de Concesión, puesto que, desde su creación, se encuentran sujetas a un orden predeterminado, establecido por el creador de la merced o fundador del título. Su orden es inalterable salvo que medie autorización expresa del Jefe del Estado, tal y como declara la Real Cédula de Carlos IV de 29 de abril de 1804, integrada como Ley 25.1.6 de la Novísima Recopilación, que dice: «He tenido a bien mandar que se tengan por vinculadas todas las gracias y mercedes que se concedan en lo sucesivo, siempre que no manifieste yo expresamente, en tales gracias o mercedes o posteriores reales órdenes, ser otra mi voluntad...».

**La cesión de títulos nobiliarios. Definición, caracteres de la misma y requisitos.**—En virtud de lo dispuesto en el artículo 12 del Real Decreto de 27 de mayo de 1912, y en el artículo 12 del Real Decreto de 8 de julio de 1922, quien ostenta un título nobiliario, no es un auténtico *dominus* del mismo, sino un simple poseedor, razón por la cual, al carecer del *ius disponendi*, sus facultades dispositivas vienen limitadas a la transmisión de lo que, en realidad, le ha sido otorgado, esto es, la posesión del título (FJ 3.º, STS de 5 de marzo de 1992).

La cesión de un título nobiliario, *ex* artículo 12 del Real Decreto de 27 de mayo de 1912, es calificada por la jurisprudencia como un negocio jurídico unilateral (FJ 1.º, STS de 17 de marzo de 1998), que para su validez y eficacia requiere que concurren los siguientes requisitos: en primer lugar, es necesario que tenga lugar la aceptación del que resulte beneficiario de dicha cesión; en segundo lugar, es necesario que conste, fehacientemente, la aprobación expresa de los que pudieran verse perjudicados en su derecho por la cesión *inter vivos* entre transmitente y cesionario, por tener mejor derecho y preferencia a suceder en dicho título (FJ 3.º, STS de 5 de marzo de 1992). Dicho requisito tiene su apoyo legal en el artículo 12 del Decreto de 27 de mayo de 1912, al disponer que todas las concesiones y rehabilitaciones de títulos nobiliarios se harán siempre «sin perjuicio de tercero de mejor derecho».

Finalmente, es necesario que dicha cesión conste con la aprobación expresa del Jefe del Estado, aprobación «que no es presumible ni conjeturable, ni incluso deducible de reales cartas expedidas a favor de los cesionarios, si en ellas no consta formal y explícitamente la aprobación de tal cesión» (SSTS de 26 de junio de 1963, 21 de mayo de 1964, 7 de julio de 1986, 27 de julio de 1987, 10 abril de 1988 y 5 marzo de 1992).

El efecto inmediato de la cesión es la transmisión de la posesión del título nobiliario, único contenido de la posición que ostenta el cedente, pero, en ningún caso, una novación en la sucesión del mismo, ni la creación de una nueva línea sucesoria, ya que ésta es una facultad reservada a la voluntad regia, facultad que ha de ejercitarse de manera expresa, y, en ningún caso, deducible de otras declaraciones regias (FJ 5.º, STS de 10 marzo de 1998).

**Carácter del Decreto de 27 de mayo de 1912.**—La cesión de títulos nobiliarios tiene su apoyo legal en el Decreto de 27 de mayo de 1912, el cual, norma sobre la que continua y reiteradamente ha venido diciendo la jurisprudencia del TS, no tiene acceso al recurso por infracción de ley, al ser una norma que no alcanza la categoría formal de ley, sino de disposición general administrativa (SSTS de 8 de octubre de 1965, 4 de febrero de 1967, 8 y 16 de octubre de 1984 y 11 de octubre de 1985). (STS de 25 de enero de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—Doña Rosario M. R. de T., interpuso ante el Juzgado de Primera Instancia demanda de juicio de mayor cuantía, sobre reclamación de título nobiliario de Conde de Melgar, siendo parte demanda don Jose M.<sup>º</sup> R. M. de T. La parte actora alegó su mejor derecho a suceder en dicho Título nobiliario, al ser la demandante la que ostenta la primogenitura, frente a la cesión que la madre de ambos, hizo en vida, en favor de don Jose M.<sup>º</sup> M.R. de T. La sentencia de primera instancia declaró nula la cesión hecha en favor de don José M.R. de T., así como el mejor derecho de la demandante a la sucesión del Título de Conde de Melgar. Desestimado el recurso

de apelación interpuesto frente a dicha resolución por la Audiencia Provincial de Madrid, la representación de la parte demandada interpuso recurso de casación.

NOTA.—La sentencia que anotamos, a pesar de tener como presupuestos fácticos un supuesto de cesión de un título nobiliario, se limita a aplicar escuetamente la doctrina del TC contenida en la S de 3 de julio de 1997, sobre la constitucionalidad de la preferencia del varón sobre la mujer en la sucesión de los títulos nobiliarios. Al carecer de los datos necesarios no podemos concretar si, en el supuesto, concurrieron los requisitos necesarios para la validez y eficacia de la cesión del título de Conde Melgar, puesto que únicamente tenemos constancia de la expedición de la correspondiente carta de sucesión a favor del beneficiario. Declarada la nulidad de la cesión, como parece ser punto de partida, sí corresponde la aplicación del principio de varonía. (*R. D. O.*)

**9. Títulos nobiliarios. La potestad real como fuente de las dignidades nobiliarias.**—El TS, al interpretar las disposiciones relativas a las dignidades nobiliarias, tales como la Ley 44 de Toro o la Real Cédula de Carlos IV de 29 de abril de 1804, integrada posteriormente como Ley 25, Título 1.º, del Libro 6.º de la Novísima Recopilación, ha declarado que la potestad real es fuente de toda dignidad nobiliaria, siendo una Real Carta, un acto soberano derivado de la misma. Debe estarse a lo en ella contenido, en cuanto expresión de la voluntad de S.M. el Rey, y, aun en el supuesto de que fuera modificativa de un orden señalado, hay que respetarla, puesto que quien es creador de las dignidades nobiliarias, tiene potestad soberana para suprimirlas y, asimismo, para modificarlas (SSTS de 26 de marzo de 1968 y 25 de febrero de 1983, entre otras).

**La «designación de sucesor». Legislación, requisitos y efectos de la misma.**—La «designación de sucesor» es una facultad innata del fundador o concesionario de un título, quien, en uso de la misma, puede efectuar la designación, salvo que se prohíba expresa o inequívocamente dicha facultad en la carta fundacional (FD 3.º). El fundamento legal de dicha designación se encuentra, por una parte, en la Ley 44 de Toro, que autoriza al fundador o cesionario de un Título a variar, durante la vida, el orden sucesorio inicialmente fijado, mediante expresa autorización regia. De otra, la Real Cédula de Carlos IV de 29 de abril de 1804 (Ley 25, Título 1.º, Libro 6.º de la Novísima Recopilación), en virtud de la cual S.M. el Rey se reserva, sin limitación alguna, la facultad de modificar el orden sucesorio previsto en la concesión.

Tiene carácter *excepcional*, y para que la misma sea efectiva, es necesaria la concurrencia de los siguientes *requisitos*: *a)* que se trate del fundador o primer concesionario del título; *b)* que el mismo carezca de hijos o descendientes directos; *c)* que se solicite a S.M. el Rey la designación del sucesor; *d)* autorización o real venia expresa; y *e)* la materialización de la designación mediante el cumplimiento de las condiciones contenidas en la autorización.

La concurrencia de todos estos requisitos esenciales y procedimentales provocan *efectos novatorios* en el orden de sucesión inicialmente previsto, excluyendo a los parientes más próximos del concesionario, y convirtiendo al designado en nueva cabeza de línea, a partir de la cual ha de seguirse el orden regular de la sucesión. La persona designada ostentará el título a partir de la muerte del concesionario del título, careciendo cualquier otra persona de

derecho para reclamarlo (SSTS de 27 de junio de 1896 y 28 de enero de 1928, entre otras).

La circunstancia fáctica de que la designación de un sucesor en el título tuviera lugar en *fecha preconstitucional*, ya que tanto el testamento en el que se procedió a la designación como el Real Despacho correspondiente, son anteriores a la entrada en vigor de la CE, no son óbice para entender que se produce infracción alguna del orden constitucional. La no publicación en el BOE del citado Real Despacho, requisito imprescindible para la validez general de una norma, no es aplicable al supuesto, ya que no se trata de una disposición de carácter general dictada por el Consejo de Ministros, sino de un acto que se incluye dentro de la potestad real y graciable, adoptada a propuesta del Ministro de Justicia, de conformidad con las leyes, en asuntos de su exclusiva y excluyente competencia, conforme al artículo 6 y la DT 1.<sup>a</sup>, de la entonces vigente Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967 (FD 2.<sup>o</sup>). (STS de 9 de febrero de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Francisco J. M de V. y del A. interpuso ante el Juzgado de Primera Instancia demanda de juicio declarativo de mayor cuantía, ejerciendo acción declarativa de su mejor derecho al título noble de Duque de Hernani, con Grandeza de España, frente a S.A.R. doña M. de B. y B., pidiendo que se declarara la nulidad de la cesión *mortis causa* a favor de la misma, efectuada por don Manfredo de B. y B. de Q., en su testamento de fecha 20 de diciembre de 1976, así como de cualquier otra carta o cesión contraria a la petición del demandante. Formulada demanda reconventional por la parte demandada, se solicitó que se declarase a dicha parte heredera única o «poseedora civilísima» del citado título, y nueva cabeza de línea del mismo. Estimada la demanda en primera instancia, se declaró por sentencia el mejor derecho genealógico del demandante a llevar, usar y poseer el ya citado título. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto frente a la misma, y la representación de don Francisco J. M. de V. y del A., interpuso recurso de casación, que fue desestimado por el TS.

NOTA.—Tras el restablecimiento por la Ley de 4 de mayo de 1948 de toda la legislación nobiliaria vigente hasta el 14 de abril de 1931, el orden de sucesión en todas las dignidades nobiliarias se volvió a acomodar a la legislación histórica, y, en particular, a la Partida 2.15.2, de la que deriva la regla o criterio de la preferencia del varón sobre la mujer en igualdad de línea y grado (*que si fijo varón y non oviessi, la fija mayor heredasse el Reyno*). Los títulos nobiliarios «se adquieren hoy por vía sucesoria, tal y como son... De suerte que el régimen legal de su transmisión *post mortem* ha constituido, a lo largo del tiempo, un elemento inherente al propio título de nobleza» (FJ 15, STC de 3 de julio de 1997). (R. D. O.)

**10. Títulos nobiliarios. Orden regular de la transmisión *mortis causa* de los títulos nobiliarios. Principios y legislación aplicable.**—Al carecer los títulos nobiliarios del carácter estamental y privilegiado que antaño los caracterizaba, y admitida su naturaleza meramente honorífica, se declara la constitucionalidad de los mismos, no sólo en cuanto a su configuración, sino también en cuanto a su contenido y régimen de transmisión. Los títulos de nobleza «se adquieren hoy por vía sucesoria tal y como son [...]. Por lo

que resultaría paradójico que el título de nobleza pudiera adquirirse por vía sucesoria no tal como es y ha sido históricamente, según los criterios que han presidido las anteriores transmisiones. Pues ello supondría tanto como proyectar valores y principios contenidos en la Constitución y que hoy poseen un contenido material en nuestro ordenamiento sobre lo que carece de dicho contenido por su carácter simbólico» (FJ 15, STC de 3 de julio de 1997).

La ley fundamental en la sucesión de los títulos nobiliarios es la Real Carta de sucesión, puesto que desde su creación se encuentran sujetas a un orden predeterminado establecido por la creación de la merced o fundador del título. En la sucesión nobiliaria el planteamiento sucesorio es distinto a las normas sucesorias del Código civil. La transmisión de los mismos es de carácter excepcional y vincular, dentro del linaje o familia del beneficiario.

Los preceptos de rango legal hoy en día vigentes y aplicables a la sucesión en los títulos nobiliarios son el artículo 1 de la Ley de 4 de mayo de 1948 y el artículo 13 de la Ley de 11 de octubre de 1820, que declaran vigentes y aplicables el Derecho histórico, y, en particular, la Partida 2.15.2. Conforme a los mismos, los principios de primogenitura, masculinidad y representación, tradicionales en el Derecho histórico, siguen los siguientes criterios de preferencia: en primer lugar, el grupo parental formado por los descendientes prefiere y excluye al de los ascendientes, y el de éstos, a los colaterales; en segundo lugar, la línea anterior, prefiere y excluye a las posteriores; en tercer lugar, el más próximo en grado, prefiere y excluye al más remoto, siempre que ambos pertenezcan a la misma línea (y salvando siempre el derecho de representación); en cuarto lugar, en igualdad de línea y grado, el varón prefiere y excluye a la mujer; en quinto lugar, en igualdad de línea, grado y sexo, el de más edad prefiere y excluye al menor (FJ 6.º, STC de 3 de julio de 1997).

**Preferencia del varón sobre la mujer.**—Si bien es cierto que el carácter histórico de una institución no puede excluir por sí solo su contraste con la CE, el análisis de los títulos nobiliarios a la luz del artículo 14 CE no nos puede llevar a asimilar situaciones que en su origen no han sido equiparadas por las normas jurídicas que las crean. El principio de igualdad no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia de trato. Por ello, la confrontación con el artículo 14 CE de la diferencia por razón de sexo en la sucesión *mortis causa* de los títulos nobiliarios, no puede llevarse a cabo en abstracto, sino en el concreto ámbito de la institución de los títulos de nobleza, «para determinar si dicho principio es aplicable en este particular ámbito jurídico, dada la peculiar naturaleza de aquéllos» (FJ 8.º, STC de 3 de julio de 1997).

Admitida la constitucionalidad de los títulos de nobleza por su naturaleza meramente honorífica y la finalidad de mantener vivo el recuerdo histórico al que se debe su otorgamiento, «no cabe entender que un determinado elemento de dicha institución [...] haya de apartarse de las determinaciones establecidas en la Real Carta de concesión». Por tanto, la regla de la preferencia del varón a la mujer en la sucesión *mortis causa* de los títulos nobiliarios no se entiende contraria al artículo 14 CE. (STS de 19 de febrero de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—Doña María de Sagrado Corazón G.S.G.C., interpuso ante el Juzgado de Primera Instancia, demanda de juicio declarativo de mayor cuantía ejerciendo acción declarativa de mejor derecho al título de la Baronía de Finestrat, frente a don Rafael G.S. Estimada la demanda en primera instancia, la representación proce-

sal del demandado interpuso recurso de apelación frente a la misma. Desestimado por la Audiencia Provincial, la misma parte interpuso recurso de casación ante el TS, el cual declaró haber lugar al mismo.

NOTA.—La sentencia que anotamos mantiene la línea jurisprudencial iniciada por las SSTs de 11 y 12 de diciembre de 1997, en las cuales se recoge, *ex artículo 5.1 LOPJ*, la tesis de la STC de 3 de julio de 1997 sobre la vigencia del principio de masculinidad, en igualdad de línea y grado. Declarado el carácter meramente simbólico de las dignidades nobiliarias, como una prerrogativa o preeminencia de honor, un *nomen iuris*, que no lleva aparejado en modo alguno *status* o condición estamental privilegiada ni ejercicio de función pública alguna, la adquisición de las mismas tiene lugar tal y como son, y no resultando discriminatorio su existencia, tampoco puede serlo la preferencia del hombre sobre la mujer. Así pues, «la legislación histórica aplicable a la sucesión regular en los títulos nobiliarios y, en particular, la Partida 2.15.2, de la que deriva la regla o criterio de la preferencia del varón sobre la mujer en igualdad de línea y grado, aplicable según lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley de 11 de octubre de 1820, y el artículo 1 de la Ley de 4 de mayo de 1948, no es contraria a la Constitución Española» (FJ 17, STC de 3 de julio de 1997). Sin embargo, el contenido de los votos particulares que acompañaron a la misma es opuesto, al entender que el contenido de los títulos nobiliarios no se agota en el simple *nomen iuris* y, aunque su relieve en la actualidad ciertamente es muy limitado, en relación con el artículo 14 CE y con la regla de la preferencia del varón sobre la mujer en la sucesión *post mortem* de los títulos nobiliarios, «debe admitirse que el valor de los derechos fundamentales no se mide por el número de sus posibles titulares ni por el mayor o menor alcance de sus consecuencias jurídicas y prácticas». (R. D. O.)

**11. Derecho de asociación.**—El derecho de asociación es un clásico derecho de participación política, constitucionalizado en el artículo 22 de la vigente Carta Magna. El TC ha declarado reiteradamente (por ejemplo, STC 67/1985) que este derecho ampara tanto la libertad positiva de la persona (derecho a asociarse) como la negativa (derecho a no asociarse). Los dos límites fundamentales del derecho están fijados por la Constitución: en primer lugar, no se puede ejercitar este derecho para perseguir fines o utilizar medios tipificados como delito, y, en segundo lugar, están prohibidas las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar (algún que otro límite menor se refiere al nombre, o a la asociación en el seno de determinados cuerpos del Estado, etc.).

La asociación es el conjunto de personas unidas para alcanzar un determinado fin que es común a las mismas (fin que puede relacionarse con el deporte, como en nuestro caso, tan en auge en las sociedades de bienestar). Nos encontramos con una pluralidad de miembros, un fin lícito y determinado para cuya consecución se unen y una organización, y debe cumplirse lo estipulado en el artículo 22 CE, así como los preceptos de la Ley 191/1964, de 24 de diciembre, de Asociaciones. No debe, de todos modos, confundirse el derecho a asociarse con el ejercicio de dicho derecho.

Por otra parte, cabe destacar el derecho a establecer estatutariamente el procedimiento y causas de admisión y expulsión de socios, como expresión



de la potestad de organización de la asociación, aunque esa regulación está limitada por la necesidad de no vulneración de la Constitución y resto de normas del ordenamiento jurídico (STC 104/1999), así como por los derechos fundamentales de los particulares. Además, un órgano jurisdiccional puede anular toda decisión social que atente contra dichas normas legales, o que carezca de «base procedimental razonable» conforme a las normas de la asociación (AATC 213/1991 y 2/1993, y SSTS de 26 de octubre de 1995 y 13 de junio de 1996).

**Atentado de derechos fundamentales por los particulares.**—Tradicionalmente se entendía que las normas constitucionales sobre derechos fundamentales sólo se aplicaban a las relaciones entre el Estado y los ciudadanos. Sin embargo, a finales de los años cincuenta comienza en Alemania un profundo debate acerca de la vigencia de los derechos fundamentales entre ciudadanos en el tráfico jurídico privado (*Drittwirkung de derechos fundamentales*), debate exportado a bastantes otros países.

España no ha sido ajena a dichas ideas, y el TC ha tenido ocasión de reflexionar sobre ellas (por ejemplo, en las conocidas SSTC 218/1988, 96/1994 y 56/1995, relativas precisamente al derecho de autoorganización de las asociaciones privadas, además de en otras sentencias), así como también el TS (SSTS de 30 de noviembre de 1989, 16 de diciembre de 1991, 24 de marzo de 1992, 26 de octubre de 1995 o 13 de junio de 1996, entre otras). La importante STC 177/1988, señala que los actos de particulares pueden lesionar derechos fundamentales, y reconoce el derecho a exigir la reparación, mientras que la STC 171/1989 reconoce como límite de la autonomía de la voluntad el principio constitucional de igualdad de trato y las reglas que lo posibiliten. (STS de 2 de marzo de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Ocho miembros de una asociación deportiva interponen demanda contra la entidad *Real Aeroclub de Vigo*, instando la anulabilidad de determinado acuerdo adoptado en Junta General Extraordinaria relativo a un concreto proyecto de obras y su financiación. Los ocho miembros citados, junto a otro más, interponen demanda suplicando la nulidad de la suspensión temporal de su condición de socios de la citada asociación. Se acumulan los autos y el Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia con fecha 9 de febrero de 1994, donde estima las demandas acumuladas, declara nulo tanto el acuerdo inicialmente impugnado como la medida cautelar, y repone en su condición de socios a los nueve demandantes. Se interpone recurso de apelación y la sentencia, de 6 de junio de 1994, lo estima parcialmente (en lo que toca al acuerdo impugnado, no a la medida cautelar de suspensión de la condición de socios). Contra dicha sentencia, se interpone recurso de casación.

NOTA.—La sentencia que anotamos se plantea como materia fundamental, dentro del marco del derecho de asociación y su protección, la cuestión de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, actuando como límite para la autonomía de la voluntad, el ejercicio de derechos o la realización de determinados actos.

Se admite en la sentencia que anotamos dicho límite, entroncando con una línea doctrinal y jurisprudencial consolidada: los particulares pueden atentar contra los derechos fundamentales de otro particular, y dicha lesión debe ser reparada. Pese a que la sen-

tencia anotada aluda, sin embargo, a derechos *constitucionales*, la mención debe entenderse realizada a derechos fundamentales, entroncando con la consolidada doctrina jurisprudencial. En nuestro caso, la expulsión indebida de estos socios, «sin causa acreditada y por mera represalia», vulnera realmente su derecho de asociación, como expone la sentencia.

El supuesto de lesión de algún derecho fundamental dentro de la órbita de una asociación ha sido estudiado por una serie de sentencias, tanto del TS como del TC, dado que parece terreno propicio para este tipo de lesiones, sobre todo a la hora de ejercitar la *potestad* disciplinaria («justicia interna», según se denomina expresamente en algún caso, tal y como recoge la STS de 28 de diciembre de 1988). Existe peligro de que pueda utilizarse dicha potestad con el único objetivo de separar de la asociación a miembros que discrepan de la mayoría, encubriendo dicha acción bajo el «manto» de la potestad de la asociación para autorregular su existencia, o del ejercicio de dicha potestad, y ello no debe permitirse.

Pese a que no cabe negar al órgano competente de una asociación el derecho de sancionar, conforme a unas normas propias *legales*, a los miembros que incumplan sus reglas internas, no debe servir para que la mayoría sancione sin base para ello a socios discrepantes, como en nuestro caso, pues se cercena su derecho de asociación (al impedirles su adecuado desarrollo como miembro, dentro de los límites aceptables), y fomenta una anormal «vida social», ya que los defensores de posturas minoritarias no las defenderán legítimamente por miedo a las consecuencias perjudiciales que conlleva dicha defensa. (A. J. Q. S.)

## OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

**12. El incumplimiento contractual constituye un daño *per se*.**—Esta Sala, aparte de otras, en S de 22 de octubre de 1993, ha sentado la doctrina de que, en síntesis, si bien el Código civil no regula la probanza de los daños y perjuicios, salvo la regla general del artículo 1214, en supuestos como el del debate, de donde resulta una situación de incumplimiento contractual provocada única y exclusivamente por la vendedora, dicha circunstancia ya determina por sí misma la obligación reparadora y, además, tiene declarado que el solo incumplimiento contractual no excluye la idea de que éste no constituya *per se* un perjuicio o daño, una frustración en la economía del contratante, en su interés material o moral, pues lo contrario equivaldría a sostener que el contrato operó en el vacío, y sus vicisitudes, en concreto, las contravenciones de las partes, no habrían de tener ninguna repercusión, pues así se contravendría la fuerza vinculativa de los negocios obligacionales y las consecuencias previstas en los artículos 1258 y concordantes del Código civil (entre otras, SSTS de 22 de octubre de 1993 y 30 de septiembre de 1989). (STS de 29 de diciembre de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Doña Margarita A. C. y doña Agustina A. C. demandaron por los trámites del juicio declarativo de menor cuantía a doña Rosa B. A. y a la herencia yacente de don Felipe B.A. La cuestión litigiosa se centraba principalmente en la determinación de si doña Margarita A. C. y doña Agustina A. C. eran o no propietarias del

apartamento dúplex con su terraza, y el local comercial situado exactamente debajo de aquél, ubicados en el complejo urbanístico *Peñíscola Playa* del término municipal de Peñíscola (Castellón).

El Juzgado estimó en parte la demanda y su sentencia fue parcialmente revocada en grado de apelación por la de la Audiencia. El TS estima el recurso de casación. (A. G. B.)

**13. El ofrecimiento de pago, aunque no medie consignación judicial posterior, impide considerar al deudor incurso en resolución por incumplimiento.**—La sentencia en recurso admitió el incumplimiento del recurrente, con lo cual vino a estimar la petición indemnizatoria deducida por los demandantes en las cuantías que fija. Dicho incumplimiento lo refiere al hecho de que el adquirente no atendió los deberes de pago, al reputar que sólo resultó cierto el abono de los ocho millones de pesetas, satisfechos a la firma del contrato (que fueron devueltos y recibidos), con lo cual no vino a admitir como efectivo pago la suma de 25.000.000 de pesetas, que practicó el comprador, al depositar cheque bancario por dicho importe ante notario (acta de 25 de octubre de 1989), que ofrecido a los vendedores lo rehusaron.

Cabe entender que este abono no representa efectivo pago, es decir, práctico y positivo, en cuanto no ingresó en el patrimonio de quienes eran acreedores-vendedores, pero no puede desconocerse sus efectos y transcendencia jurídica, ya que la oferta de pago respondía al débito que concretamente se expresa (primer plazo de la compraventa) y tuvo lugar durante el tiempo fijado en el contrato. Su rechazo resultó injustificado, lo que, conforme a la doctrina jurisprudencial consolidada (S de 10 de junio de 1996, que cita las de 5 de junio de 1944, 15 de abril de 1963 y 8 de junio de 1992, así como la de 2 de junio de 1992), el referido ofrecimiento, aunque no hubiera mediado consignación judicial posterior, ocasiona en el orden jurídico las consecuencias de impedir que pueda considerarse al deudor incurso en resolución por incumplimiento, como tampoco en caducidades.

Lo expuesto conduce a decir que el incumplimiento por impago que acogió el Tribunal de Instancia no ha tenido lugar, y por esta vía no se ha justificado el derecho a la indemnización de los daños y perjuicios que se reclaman y la sentencia concede en atención al artículo 1124, ya que más bien se trata de falta de cobro que de propia falta de pago.

El percibo de los veinticinco millones de pesetas no estaba sometido a condicionamiento alguno, sin perjuicio de que en la impropiamente denominada «nota complementaria» que figura incorporada al documento privado de venta —se trata más bien de pacto integrador— se hiciera constar que en el mes de octubre de 1989 redactarían las partes un nuevo contrato, fijando bases o directrices, conviniendo al efecto que en el nuevo o novatorio contrato «se asegurarán las cantidades aplazadas o se estudiarán las posibilidades de hacer escritura pública, para que se pueda disponer de créditos oficiales o hacer constar las cantidades aplazadas en dicha escritura pública».

Así las cosas, lo que pretendían los vendedores era afianzar el precio aplazado, bien otorgando otro documento privado o mediante escritura pública, en la que debían de estar de acuerdo, previo el estudio conforme de su contenido y condiciones, fijándose en este documento precisamente los aplazamientos de pago que se acordasen, sin que ninguna de estas soluciones llegara a tener efectividad práctica y ocasionar posible incumplimiento por el recurrente que la sentencia lo margina y no lo resuelve, apartándose de la argumentación jurídica del Juez de Primera Instancia, así como de lo sosteni-

do por los demandantes, que situaron el incumplimiento del comprador recurrente precisamente en no haber dado efectividad a lo acordado en la referida «nota complementaria», cuando la misma exigía para su realización el necesario acuerdo de voluntades de los interesados, dada la literalidad de su redacción, por lo que se vedaba a los vendedores exigir e imponer al comprador la constitución de primera hipoteca y sólo proponer esta fórmula de afianzamiento, sin que el recurrente se negase a que se otorgase escritura pública en la que se hicieran constar las cantidades cuyo pago se aplazaba, así como el establecimiento de condición resolutoria para el supuesto de impago.

Lo expuesto conduce a estimar el motivo y al tiempo a rechazar el segundo, en que se aporta infracción de los artículos 1131 y 1132, por consecuencia de errónea interpretación de la denominada «nota complementaria», que no contiene obligación alternativa alguna a cargo del recurrente (deudor del precio del contrato), sino más bien se trata de un pacto con ejecución alternativa en las dos fórmulas que preveía y cuya realización precisaba la conformidad de sus otorgantes, al no facultarse cumplimientos unilaterales y menos arbitrarios, pues, si bien su contenido es disyuntivo, no representa ninguna situación de obligación electiva, ya que no contiene atribución alguna en tal sentido a cualquiera de las partes en aspectos opcionales y potestativos, capaces de configurar efectivo derecho de elección. (STS de 30 de diciembre de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Se interpone demanda ante el Juzgado de Primera Instancia solicitando se declare válida y eficaz la resolución del contrato de compraventa celebrado en documento privado respecto a dos fincas que integraban un Hotel, por incumplir el demandado las obligaciones asumidas en el contrato. El demandado contesta a la demanda y solicita se dicte sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda y se absuelva al demandado. Se estima íntegramente la demanda en primera instancia, y se declara resuelto el contrato de compraventa, condenando al demandado al abono de las cantidades justificadas en ejecución de sentencia. Recurrida por el demandado la sentencia en apelación ante la Audiencia Provincial de Granada, ésta confirma la sentencia dictada en primera instancia. Se interpone recurso de casación y el TS declara que ha lugar al recurso, revocando las sentencias anteriores. (A. I. H. O.)

**14. Compraventa de una máquina que no cumple las utilidades previstas. *Aliud pro alio*.**—Se está en presencia de la entrega de una cosa diversa (*aliud pro alio*) cuando existe pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto y completa insatisfacción del comprador.

**Imprudencia de las acciones edilicias.**—No procede la aplicación de los artículos 1484 CC y siguientes cuando los defectos de la cosa son de tal entidad física o funcional (habida cuenta del contrato) que suponen un incumplimiento contractual que hace inútil la máquina para el cumplimiento de su destino conforme a su naturaleza. En términos análogos, las SSTS de 12 de febrero y 17 de mayo de 1988. Los defectos ocultos a los que se refieren estos preceptos son los equivalentes a deterioros, desperfectos o irregularidades en la calidad o idoneidad de los objetos suministrados que dificultan su utilidad. (STS de 27 de abril de 1999; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Contrato de compraventa de un horno para la fabricación industrial de magdalenas, conchas y bizcochos. La máquina entregada no sirve para la fabricación de magdalenas y conchas, quedando su productividad limitada a la fabricación de bizcochos y ni siquiera puede ser utilizada para este producto con un rendimiento al cien por cien. El vendedor presenta demanda solicitando el cumplimiento del contrato por el comprador (pago del precio). La compradora se opone alegando el incumplimiento del vendedor, por entregar un horno inútil al fin al que se destina. El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia estimando parcialmente la demanda y condenando a la compradora al pago del precio. La Audiencia Provincial revoca dicha resolución y declara la desestimación íntegra de la demanda por incumplimiento del vendedor, al entregar un *aliud pro alio*. El vendedor presenta recurso de casación en el que alega que no se trata de un supuesto de incumplimiento del artículo 1124 CC sino de un caso de vicios ocultos, por lo que los preceptos a aplicar son los artículos 1484 y ss. CC. (*L. S. M. P.*)

**15. El requerimiento notarial y el artículo 202 del Reglamento Notarial.**—En cuanto al alegato de la irregularidad del requerimiento notarial por haberse practicado a una vecina sin hacer constar su nombre, estado y ocupación, ha de rechazarse, ya que el artículo 268 de la Ley de Enjuiciamiento Civil rige para las actuaciones y actos de comunicación judicial, pero el Reglamento Notarial autoriza a que en los actos de requerimiento se haga constar que la persona con la que se entiende la diligencia se niegue a dar su nombre (art. 202).

Aunque el requerimiento no hubiera sido personal y se hubiera efectuado con una vecina que se comprometió a hacerlo llegar a su destinatario, no por eso deja de ser válido, suficiente y trascendental (SS de 27 de mayo y 25 de septiembre de 1985 y 18 de noviembre de 1993), pues no se demostró, como procedía, que la receptora no hubiera cumplido el encargo.

Se alega asimismo haber cometido el Tribunal de Instancia infracción del artículo 1156.1.º CC, toda vez que no reputó como abono del precio de la compraventa, y con ello queda extinguida la obligación, la consignación efectuada en los juicios ejecutivos seguidos contra el recurrente, por las cantidades que se le ejecutaron.

El motivo se rechaza, pues la cantidad consignada por medio de cheque bancario no alcanza a satisfacer la totalidad de la deuda que reflejan las cambiales impagadas, aportadas con la demanda, y corresponde a fecha posterior al requerimiento practicado. Dicha suma consignada quedó sujeta a las resultas de este procedimiento, por lo que no fue percibido aún de modo efectivo por la mercantil vendedora.

En cuanto a la cantidad consignada en el trámite de apelación, también retenida a resultas del litigio, se trata de un pago arbitrario, fuera de la reglamentación contractual (S de 16 de marzo de 1995) y también posterior al requerimiento resolutorio, con lo que no priva a éste de su plena efectividad, pues no enerva la eficacia de la resolución, al quedar acreditados los incumplimientos que facilitaron dicho requerimiento, tratándose por tanto de consignación tardía (SS de 17 de mayo de 1994, 21 de marzo de 1996 y 21 de junio de 1996).

**La facultad de resolver y de exigir el cumplimiento de la obligación. El artículo 1124 CC.**—Se aduce asimismo en el motivo tercero la infracción

de los artículos 1124 y 1504 CC, lo que sirve para atacar la sentencia recurrida en la interpretación que lleva a cabo sobre la alternativa de elección entre exigir el cumplimiento del contrato o su resolución, que el referido artículo 1124 otorga al perjudicado contractual.

Alega el recurrente que la cláusula quinta del contrato resulta imperativa, ya que facilitaba al vendedor optar por la resolución del contrato cuando aquél incumpliera lo acordado o incurriera en retraso en el pago de las cantidades del precio. En el caso de autos, más que propio retraso se trata de situación perfectamente definida de impago, que obligó a la empresa a promover dos ejecutivos para hacer efectivas alguna de las cambiales no atendidas, y que provocó la continuada actitud incumplidora del recurrente, por lo que la compraventa fue inevitablemente resuelta, no sólo por tratarse de pacto válido y libremente convenido por las partes, sino porque lo autoriza el artículo 1124 en relación al 1504 CC, lo que no impide que se acordase que a la vendedora correspondía la facultad de pedir el cumplimiento del negocio, que no ejercitó, por lo que no procede el argumento de que en este caso la vendedora de referencia optó por exigir el cumplimiento al promover los dos juicios ejecutivos, ya que éstos tuvieron por objeto parte de las cambiales que integraban el precio y no la totalidad del mismo, ya que quedaban pendientes letras no atendidas, con lo que no se trata de ejercicio simultáneo de la facultad de resolver y la de exigir el cumplimiento de la obligación conforme al artículo 1124 (SS de 1 de febrero de 1985, 8 de mayo de 1995, que cita las de 9 de octubre de 1981, 29 de noviembre de 1989 y 14 de febrero de 1992).

El ejercicio de la acción ejecutiva no representa la voluntad optante que se quiere atribuir, y la continuada actitud incumplidora del que recurre no impide la resolución y el planteamiento posterior del juicio declarativo, puntualizando la S de 2 de febrero de 1995, que la existencia de varios procesos en reclamación del precio adeudado, lo que acredita es la decisión obstativa del obligado comprador a que se cumpliera la voluntad negocial por sus incumplimientos de pago en los plazos convenidos. De este modo, ha de tenerse como correcta la acción resolutoria entablada, ya que, en todo caso, como se deja dicho, las consignaciones dinerarias llevadas a cabo en los procesos ejecutivos no cubren la totalidad del precio adeudado y ello impide considerar situación de deuda totalmente pagada.

**La falta de formalidad rituaria que el artículo 1280 CC exige, no desvirtúa los contratos debidamente perfeccionados.**—En el último motivo se denuncia infracción del artículo 1280.1.º CC, al no constar en escritura pública la compraventa objeto del pleito, lo que obstaculizó al recurrente la posibilidad de obtener crédito hipotecario para atender al pago del precio.

La necesidad de que las relaciones contractuales en las que se transmitan derechos reales sobre bienes inmuebles consten en escritura pública no es imperativa, pues resulta eficaz la llevada a cabo mediante documento privado, incluso en forma verbal. La falta de formalidad rituaria que el artículo 1280 exige, no desvirtúa los contratos debidamente perfeccionados, ni modifica tampoco el artículo 1278, según reiterada jurisprudencia que acoge el principio *pacta sunt servanda*, en relación a los artículos 1254 y 1255 y no tiene otro alcance que el que establece el artículo 1279.

Cuestión distinta es la necesidad de otorgar escritura pública para acceder a los préstamos hipotecarios que otorgan las entidades bancarias y que en el presente caso sólo hay que atribuirlo a la conducta contractual incumplidora del recurrente, ya que la cláusula cuarta del documento de venta le autorizaba a solicitar el otorgamiento de escritura, pero siempre y cuando hubiera satis-

fecho la totalidad del precio del contrato, lo que no ocurrió, sin que hubiera demostrado actitud impositiva alguna u obstaculizadora imputable a la mercantil vendedora, por lo que el motivo claudica. (STS de 22 de febrero de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia se interpone demanda solicitando se declare resuelto el contrato de compraventa suscrito, y se condene al demandado a la pérdida de las cantidades entregadas a cuenta de la compraventa y se condene a la entrega a la parte actora de la posesión material de la finca objeto de compraventa, más el interés anual sobre la cantidad adeudada. Se contesta por el demandado la demanda, solicitando que se acuerde no haber lugar a la resolución del contrato de compraventa. Se estima la demanda en primera instancia, declarando resuelto el contrato de compraventa y condenando al demandado a desalojar y dejar libre la vivienda, imponiéndose a la parte demandada todas las costas del procedimiento. Recurrida dicha sentencia en apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid, ésta estima parcialmente el recurso, excluyendo de la condena únicamente la imposición de costas en primera instancia, manteniendo el resto de la sentencia en su integridad. Se formaliza recurso de casación, y el TS declara no haber lugar al recurso, imponiendo al recurrente las costas del procedimiento. (A. I. H. O.)

**16. Inaptitud de los artículos 66 y 71 CC para servir de soporte exclusivo a un motivo casacional.**—La parte recurrente fundamenta el primer motivo del recurso de casación en el artículo 1692.4.º LEC, alegando que en la sentencia recurrida se han infringido, por inaplicación, los artículos 66 y 71 CC, así como la doctrina relativa a los mismos. Este motivo es desestimado, señalando el Tribunal que los referidos preceptos suponen proclamaciones programáticas basadas en los artículos 14 y 32 CE, así como en el artículo 23.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, ratificado por Instrumento de 13 de abril de 1977, y en el artículo 16 de la Convención de Nueva York de 18 de diciembre de 1979 sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, ratificado por Instrumento de 16 de diciembre de 1983. Por ello, dichos preceptos, dado su carácter de generalidad, no pueden ser aptos para servir de soporte exclusivo a un motivo casacional (SSTS de 31 de diciembre de 1993 y 30 de diciembre de 1994).

**Resolución contractual por incumplimiento del comprador del bien inmueble de su obligación de pagar el precio. Innecesariedad de ánimo deliberado de causar el incumplimiento.**—El segundo motivo también aparece fundamentado por la parte recurrente en el artículo 1692.4.º LEC, esgrimiendo, en este caso, la aplicación indebida de los artículos 1124 y 1504, así como la jurisprudencia relativa a los mismos. El núcleo del actual motivo se deriva de la alegación constituida por la conducta del demandado, que, según él, no supuso una voluntad rebelde y obstativa del cumplimiento de la obligación de pago. Este motivo es igualmente desestimado recordando el Tribunal la moderna doctrina jurisprudencial que establece que «no es preciso que el contratante incumplidor actúe con ánimo deliberado de causar el incumplimiento, bastando que pueda atribuírsele una conducta voluntaria obstativa al cumplimiento del contrato en los términos que se pactó (SS de 14 de febrero

y 4 de marzo de 1992, 22 y 23 de marzo, 2 de abril, 26 de julio y 19 de octubre de 1993, entre otras muchas más». Dicha conducta obstativa es suficiente para que entren en juego en su generalidad el artículo 1124 y con su especificidad el artículo 1504, ambos del CC.

**La valoración de la cláusula penal es tarea del Tribunal de instancia, por lo que en principio está excluida de la casación.**—En el presente caso, la sentencia recurrida hace un estudio de la cláusula penal adherida al contrato principal, que ha sido resuelto por la actitud de la parte recurrente, haciendo entrar en juego lo dispuesto en el artículo 1255 CC —libertad contractual— y en el artículo 1152 de dicho Cuerpo legal, que regula la obligación con cláusula penal, y al interpretar la misma llega a unas conclusiones que determinan la *ratio decidendi* del fallo cuestionado. Señala en relación a esta cuestión el Tribunal que «esta operación hermenéutica sobre la constitución del alcance y contenido de la cláusula penal es una operación exclusiva de la soberanía de instancia, por lo que queda excluida la revisión casacional (SS 20 de octubre de 1988, 19 de febrero de 1992, entre otras más)». (STS de 4 de diciembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Una entidad mercantil formuló, ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de los de Algeciras, demanda solicitando se declarase resuelto el contrato de compraventa suscrito entre las partes, con resarcimiento de daños e intereses a favor de la actora. El Juzgado estima la demanda.

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Cádiz, dictándose sentencia desestimando el recurso. Dicha sentencia es objeto del presente recurso de casación. (A. G. B.)

**17. Compraventa de bienes inmuebles. Resolución por incumplimiento del comprador. Relación entre los artículos 1124 y 1504 CC.**—Los artículos 1124 y 1504 CC no se excluyen sino que se complementan, de tal forma que la regla general que se establece en el primero para toda clase de obligaciones recíprocas no obsta al desarrollo específico y concreto del segundo para el supuesto de compraventa de bienes inmuebles y falta de pago del precio por parte del comprador.

**Requisitos para la aplicación del artículo 1504 CC.**—Es doctrina del TS que, para una correcta aplicación del artículo 1504 CC, deben concurrir los siguientes requisitos: *a)* precio aplazado, *b)* impago del precio, *c)* voluntad rebelde al cumplimiento del pago del precio, *d)* requerimiento judicial o notarial, y *e)* que el vendedor cumpla sus obligaciones de entrega del bien inmueble.

**El requerimiento resolutorio condicionado a la falta de cumplimiento por el comprador.**—Es perfectamente admisible a los efectos resolutorios un requerimiento notarial en el que el vendedor comunique al comprador su opción por la resolución del contrato de compraventa, pero subordinando la opción al pago por el comprador del precio adeudado en el plazo de dos días laborables. El TS, reiterando lo que considera una doctrina jurisprudencial pacífica y constante que ha superado otra contrapuesta, afirma que «nada impide calificar al requerimiento del artículo 1504 CC, como un acto jurídico complejo integrado, en su fin principal, por una declaración unilateral de voluntad —a la que la ley anuda un efecto resolutorio contractual— condicionada, es decir, que la finalidad última, que es el ejercicio de la resolución, se



debe supeditar, en un sentido técnico-jurídico, o se debe subordinar al cumplimiento de un acto concreto: el pago por el deudor comprador (SSTS de 1 de junio de 1987, 27 de abril de 1988, 9 de marzo de 1990, 11 de febrero y 6 de noviembre de 1991, entre otras más)».

**Inexistencia de incumplimiento previo del vendedor.**—No existe incumplimiento del vendedor —y por tanto no procede estimar la *exceptio non adimpleti contractus* alegada por el comprador— cuando el vendedor haya entregado la vivienda objeto del contrato y dicha entrega haya sido aceptada por el comprador. A estos efectos, carece de relevancia la existencia de ciertas irregularidades administrativas en la situación jurídica del inmueble, que no han tenido ninguna consecuencia.

**Interpretación del contrato.**—Constituye una cuestión de hecho (*questio facti*), y, como tal, corresponde a la soberanía del Tribunal de instancia, no siendo susceptible de revisión en casación, a no ser que la interpretación efectuada en la sentencia recurrida sea ilógica, desorbitada o irracional (así lo establece reiterada jurisprudencia contenida, entre otras sentencias, en las SSTS de 21 de junio de 1992, 30 de septiembre y 18 de diciembre de 1993, 3 de febrero y 31 de diciembre de 1994). (STS de 27 de febrero de 1999; no ha lugar.)

**HECHOS.**—El vendedor presenta demanda solicitando que en virtud de la resolución por incumplimiento de los compradores, se les condene a devolver la casa objeto del contrato en las mismas condiciones que la recibieron y a la pérdida de la cantidad entregada a cuenta del precio, así como a una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento. En primera instancia se declara la resolución del contrato y se condena a los demandados a la devolución del inmueble y a la pérdida del dinero entregado a cuenta del precio. La sentencia de la audiencia desestima el recurso de apelación interpuesto por los compradores. Los compradores presentan recurso de casación en el que alegan falta de aplicación de los artículos 1124 y 1504 CC, en concreto sostienen que no hubo un verdadero requerimiento resolutorio por parte del vendedor y que éste a su vez no había cumplido lo que le correspondía.

**NOTA.**—En el caso resuelto por la sentencia, los compradores cuestionaban la existencia de una voluntad resolutoria por parte del vendedor, amparándose en el hecho de que en el requerimiento notarial, el vendedor les daba un plazo para cumplir. Con buen criterio, el TS afirma que existe una verdadera voluntad de optar por la resolución, aun cuando esta opción se supedita a la falta de cumplimiento por el comprador en el plazo que discrecionalmente le conceda el vendedor, y ello es perfectamente admisible. Pero una cosa es que sea admisible un requerimiento resolutorio condicionado a la falta de pago, y otra cosa distinta es afirmar que el requerimiento resolutorio del artículo 1504 «se debe supeditar, en un sentido técnico jurídico, o se debe subordinar al cumplimiento de un acto concreto: el pago por el comprador». Hay que resaltar, que a pesar de lo que pudiera extraerse del tenor literal de la sentencia (que a su vez transcribe el texto de la STS de 1 de junio de 1987), el propio TS ha declarado que el requerimiento resolutorio del artículo 1504 CC no precisa la concesión de un plazo de gracia al comprador [así, la STS de 22 de septiembre de 1997 (cuyo ponen-

te, el Excmo. Sr. don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, también lo es de la sentencia que estamos extractando) y la STS de 30 de diciembre de 1997 (ambas recogidas en *ADC*, 1999, II, pp. 861 y 862-863 respectivamente)]. (*L. S. M. P.*)

**18. Compraventa. Artículo 1502 CC.**—El artículo 1502 CC autoriza al comprador a suspender el pago del precio «si fuere perturbado en la posesión o dominio de la cosa adquirida o tuviese fundado temor de serlo por una acción reivindicatoria o hipotecaria». Este precepto debe ser objeto de interpretación restrictiva, ya que socava temporalmente la obligación básica del comprador. De igual manera, la suspensión a que alude el precepto no podrá autorizarse por los órganos jurisdiccionales, si no es en los casos tipificados del ejercicio de una acción reivindicatoria o hipotecaria.

Igualmente, en su resolución, el TS alude a la aplicación a este supuesto del artículo 1124 CC, al entender que la condición resolutoria tácita establecida en tal precepto, es ejercitable en todos los contratos bilaterales. Asimismo, reconoce el Tribunal que los desistimientos contractuales, en general, pueden robustecerse en virtud de condiciones resolutorias expresas. (**STS de 16 de febrero de 1999**; ha lugar.)

**HECHOS.**—Se formula demanda en juicio ordinario de mayor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de los de Elche, solicitando que se declare la existencia y validez de un contrato de compraventa, entre otros extremos. Los demandados en su contestación alegaron, además de otras cuestiones, falta de personalidad en el demandado, así como defecto legal en el modo de proponer la demanda. En este orden de cosas, el Juez dictó sentencia parcialmente condenatoria de los demandados, los cuales presentaron recurso de apelación ante la sección 5.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Alicante, la cual resolvió con fecha 12 de julio de 1994, confirmando la decisión de instancia. Finalmente, se interpone recurso de casación alegando, al amparo del ordinal 4.<sup>o</sup> del artículo 1692 LEC, la infracción del artículo 1502 CC, así como la vulneración de los artículos 523 y 160 y siguientes, todos ellos de la LEC. El TS estima el recurso presentado, en lo que respecta exclusivamente al segundo motivo alegado en él. (*J. L. B.*)

**19. El comprador que paga el arbitrio de plusvalía tiene derecho a repercutirlo en todo caso sobre el transmitente; y si éste está exento del pago es quien ha de reclamar del Ayuntamiento que no le comunicó la liquidación.**—Considera el Tribunal que el motivo, que mantiene el derecho a repercutir lo pagado, ha de acogerse pues la obligación nacida de la cláusula cuarta del contrato (fuente de la obligación, según el art. 1089 CC), tiene fuerza de Ley entre las partes (art. 1091 del propio texto legal) y ha de cumplirse de la forma que determina el artículo 354.2 del RD 781/86, que autoriza tal repercusión de lo pagado sobre aquel en el que recae el arbitrio, es decir, en el enajenante, sin que por lo expuesto pueda mantenerse que se pagó indebidamente por *El Corte Inglés*, que se ve apremiado al efecto, pero que no debe en ningún caso convertirse en el contribuyente, como si sobre él recaese el tan aludido arbitrio; y si existe exención en favor de la Mutua, es ella quien tiene que oponerla frente al Ayuntamiento y acreditarla, reclamando del mismo si es que hubo cobro de lo indebido y si es que dicho organismo no le

comunicó la liquidación y las sanciones cual afirma, ya que *El Corte Inglés* cumplió su obligación al declarar la transmisión del dominio e indicar que estaba exenta, señalando como disposición legal aplicable el «artículo 8.1.g) de la Ordenanza núm. 21 del Arbitrio s/ el incremento sobre los terrenos», según se comprueba una vez acogido el motivo, constando también que *El Corte Inglés* realizó comunicaciones de la situación existente a la Mutua, reconociendo el representante de ésta en confesión judicial que, al menos, cuando le comunicó *El Corte Inglés* la cantidad que había que pagar ya estaba en período de ejecución y si el Ayuntamiento no le comunicó la liquidación del impuesto de plusvalía (como igualmente afirma), no puede pretender que las consecuencias perjudiciales de ello recaigan sobre el comprador, en realidad simple sustituto en el pago y, por ello, con derecho a repercutirlo sobre el enajenante, que es quien ha de reclamar, en su caso, del Ayuntamiento, porque su pasividad no justifica lo contrario. Cuanto antecede es también interpretación lógica de los artículos 6º c), 7º b) y 8º.1 g) 2 y 3 de la Ordenanza núm. 21 del Arbitrio sobre el incremento del valor de los terrenos del Ayuntamiento de Madrid. (STS de 30 de diciembre de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—El 12 de mayo de 1988, la Mutua de Agentes Comerciales de España vendió a *El Corte Inglés, S. A.*, la finca sita en el núm. 6 de la calle Mariana de Pineda, de Madrid, por precio de 140.000.000 de pesetas, pactándose en la estipulación cuarta que todos los gastos, derechos, impuestos y arbitrios que se originasen por el otorgamiento de la escritura serían satisfechos por las partes con arreglo a la Ley. Como *El Corte Inglés* hubiera de pagar al Ayuntamiento 6.850.646 pesetas por el impuesto Municipal de plusvalía ante los requerimientos ejecutivos que le fueron hechos, presentó demanda reclamando tal cantidad a la Mutua vendedora, que fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 18 de los de la capital, al entender que «el arbitrio sobre incremento del valor de terrenos pagado por la actora al Ayuntamiento de Madrid... había sido indebidamente cobrado por la administración municipal, según se derivaba del propio documento oficial de declaración, que declaraba exenta la transmisión, indicando como disposición legal el artículo 8.º 1 g) de la ordenanza núm. 21 del Arbitrio sobre el incremento sobre los terrenos», dándose la figura extracontractual del cobro de lo indebido, por entregarse cantidad no debida en la creencia errónea de que se estaba obligado a hacerlo, procediendo aplicar los artículos 1895 a 1901 CC y debiendo dirigirse la acción contra quien aceptó el pago.

La sentencia recurrida en casación por *El Corte Inglés*, dictada por la sección 21.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, confirmó íntegramente la del Juzgado, cuyos fundamentos acepta, estableciendo, con cita del artículo 353.1 e) del Real Decreto Legislativo 781/1986, texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, que la Mutua estaba exenta del pago del impuesto y que el artículo 354.1 b) lo impone en las transmisiones onerosas al transmitente, pero como la Mutua está exenta del impuesto por ser entidad de Previsión Social, aunque el adquirente tenga la condición de sustituto del contribuyente y pueda repercutir sobre el transmitente el importe del gravamen, al estar éste exento del pago, mal puede darse lugar a la repercusión del gravamen inde-

bidamente girado e ingresado, por lo que habría de reclamarse la devolución del Ayuntamiento. (O. M. B.)

**20. Viviendas de protección oficial. Revisión de precios de venta.**—Las innovaciones legislativas en materia de revisión de precios de venta de inmuebles, caso aludido en la sentencia que analizamos, en referencia a viviendas de protección oficial, carecen de efecto retroactivo y, por tal motivo, sus criterios no son aplicables a las viviendas transmitidas con anterioridad, ni a aquellas en las que se hubiesen anticipado cantidades a cuenta. Así se desprende del artículo 3.º de la Orden de 19 de febrero de 1979, así como de la DA 3.ª del Real Decreto de 31 de octubre de 1978.

Por otra parte, en relación a la subrogación en el crédito hipotecario solicitado por los promotores para financiar la construcción del edificio, se establece en la sentencia que, a tenor de lo estipulado, el comprador deberá subrogarse legalmente en la suma pendiente de amortizar a la fecha de su adquisición, que será una cifra variable, no pudiendo cuantificarse de forma simplista en una cifra invariable e igual para todos los compradores.

Con respecto a la imputación de los gastos hipotecarios que se hacen recaer en los adjudicatarios de las viviendas, podrán asignárseles los costes de la amortización del crédito porque son los subrogados los que tendrán que hacer los pagos finales, pero no resulta admisible que se les repercutan los gastos de constitución de la hipoteca y de la división de la misma. Esta distribución hipotecaria, al que favorece es al constructor y, por ello, no es correcto desviar hacia el consumidor final unas impensas que gravitan directamente sobre el empresario.

En fin, debe tomarse en consideración lo establecido en el artículo 128 del Decreto de 24 de julio de 1968, por el cual se aprobó el Reglamento de Viviendas de Protección Oficial, a cuyo tenor, «De los precios de venta...se deducirá, en todo caso, el importe no amortizado de los anticipos y préstamos que se hubieran obtenido para la construcción, en los que se subrogará al comprador». (STS de 2 de febrero de 1999; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Se presenta demanda en juicio declarativo ordinario de menor cuantía, ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de los de Zaragoza, solicitando sentencia en la que se condene a los demandados a otorgar escritura pública de compraventa de una serie de viviendas correspondientes a los demandantes. En su contestación, los demandados formularon reconvencción suplicando la condena de los actores a suscribir escritura de compraventa de una serie de pisos en cuya posesión se estaban pagando las cantidades que faltaban de pagar del precio inicialmente convenido, y que correspondían a los reconvinientes. Tramitado el procedimiento, el Juez de Primera Instancia dictó sentencia el 28 de mayo de 1993, desestimando la demanda principal y estimando parcialmente la reconvencción. Apelada esta decisión por la parte demandante, la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza dictó sentencia con fecha 26 de enero de 1994, estimando el recurso presentado y desestimándose, por tanto, la demanda reconvencciónal anteriormente reseñada. Esta última resolución fue objeto de recurso de casación en base a dos motivos, amparados ambos en el núm. 4 del artículo 1692 LEC, a saber, la inaplicación del párrafo 1.º del artículo 1281 CC y la apli-

cación indebida del artículo 1288 CC. Finalmente, la Sala de lo Civil del TS, desestima el recurso presentado. (J. L. B.)

**21. Plazo de ejercicio de la acción de reducción de donaciones: el de cinco años.**—El problema del plazo de ejercicio de la acción de reducción tiene solución dentro de la regulación legal de las donaciones, atendiendo a la letra del párrafo segundo del artículo 654 CC, según la cual, «para la reducción de las donaciones se estará a lo dispuesto en este capítulo...». Por tanto, es en las normas contenidas en los artículos 644 a 656 donde se deben remediar las lagunas e insuficiencias de la acción de reducción, y para ello ha de utilizarse necesariamente el procedimiento analógico.

El supuesto de hecho del artículo 654 no guarda afinidad obviamente ni con la revocación de las donaciones por ingratitud ni por incumplimiento de cargas impuestas al donatario, sino con la revocación por supervivencia o superveniencia de hijos. En éste, el artículo 644 faculta al donante para revocar la donación para favorecer al hijo o descendientes. En aquél, se favorece al legitimario que por causas que puedan perfectamente sobrevenir a la donación, la misma le perjudica.

La sentencia de esta Sala de 12 de julio de 1984 abordó el problema del plazo de ejercicio de la acción de reducción de donaciones inoficiosas, pero sus consideraciones no pasan de ser *obiter dicta* al rechazar el recurso de casación contra una sentencia que había desestimado aquélla por haber transcurrido el plazo de quince años (art. 1964 CC). La Sala desestimó el recurso porque alegaba únicamente como motivo la infracción del artículo 1965 CC. Argumentó para ello una serie de razonamientos que, a la vista del planteamiento del recurso, pueden ser algunos meros *obiter dicta*. Entre ellos se encuentra indudablemente su opinión sobre el plazo de ejercicio de la acción, sobre el que dijo: «B) el plazo para la prescripción de la acción ciertamente ejercitada no es con seguridad el de quince años que la Audiencia le reconoce apoyándose en la generalidad del mismo según los términos del artículo 1964 («las personales que no tengan señalado término especial de prescripción»), cabiendo pensar en otro plazo menor, así el de un año del artículo 652, o acaso mejor, el de cuatro años del 1299 y, más próximamente aún, el de cinco años del 646, que contempla un supuesto semejante al caso litigioso y entre los que se aprecia identidad de razón, por lo que procedería su aplicación analógica (núm. uno del artículo cuarto del CC); tesis esta última que reforzaría el fundamento desestimatorio por hacer ya incuestionable a todas luces el efecto de la prescripción». En suma, se mostró entonces una predilección por el de cinco años, que ahora se confirma como *ratio decidendi* de esta sentencia.

**Plazo de ejercicio de la acción de reducción de donaciones: plazo de caducidad.**—La acción debe regirse por su analogía con la de revocación de donaciones por supervivencia o superveniencia de hijos, luego no ha de tener naturaleza distinta su plazo de ejercicio, que es de caducidad. La doctrina de esta Sala es la de que la misma es predicable de «los llamados derechos potestativos, y más que a ellos propiamente hablando a las facultades o poderes jurídicos cuyo fin es promover un cambio de situación jurídica», incluyendo a la revocación de las donaciones en los supuestos ejemplificativos que enumera (SS de 11 de mayo de 1966, 25 de mayo de 1976, 28 de enero de 1983 y 10 de noviembre de 1994). Con la reducción se pretende dejar sin efecto desde la muerte del causante, en todo o en parte, una donación que ha devenido inoficiosa, en otros términos, una alteración de una situación jurídica actual, que por motivos de seguridad del tráfico no interesa dejarla en una

provisionalidad larga, sino en que aquélla, o la nueva situación, quede consolidada e inatacable. No lo consigue la prescripción, susceptible de interrupciones ilimitadas temporalmente. (STS de 4 de marzo de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Juan R.D. y otros formularon demanda en juicio de menor cuantía sobre reclamación de legitimación y otros extremos, contra don Manuel R.D. y otros.

El Juzgado de Primera Instancia de Llerena dictó sentencia desestimando la demanda. En grado de apelación, la Audiencia Provincial dictó sentencia, confirmando la del Juzgado. No ha lugar al recurso de casación. (O. M. B.)

**22. Arrendamiento de industria: concepto.**—Existe contrato de arrendamiento de industria cuando el arrendatario recibe no sólo el bien inmueble, sino también el negocio o industria en él establecido. Todo ello forma una unidad patrimonial independiente que puede ser explotada comercialmente por el arrendatario.

**Arrendamiento de industria: acto de administración.**—El TS considera que el arrendamiento de industria es un acto de administración. Por tanto, en virtud de lo establecido en el artículo 398 CC, para adoptar este tipo de decisiones, se requiere el consentimiento de la mayoría de los copropietarios. (STS de 12 de febrero de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—La propiedad del *Teatro Nuevo Apolo* pertenece a las hermanas Patuel Longas. En octubre de 1984 suscriben un contrato destinado a realizar las operaciones de valoración necesarias para la división de los bienes comunes (entre los que se encuentra el citado teatro). En la misma fecha, las mencionadas hermanas pactan, en otro documento, un arrendamiento de parte indivisa de una industria, en virtud del cual doña M.<sup>a</sup> Desamparados P. L. se aparta de la explotación del teatro, en favor de sus otras dos hermanas, a cambio de una determinada renta mensual.

En marzo de 1985, doña M.<sup>a</sup> Dolores y doña Vicenta P. L. arriendan el teatro objeto del litigio a la entidad *Espectáculos Herpa, S. A.* Posteriormente, en septiembre de 1987, ésta subarrienda el mencionado teatro a la sociedad *Nuevo Apolo, S. A.* En diciembre de 1987, se resuelve unilateralmente por doña M.<sup>a</sup> Dolores y doña Vicenta P. L. el acuerdo de octubre de 1984 y se suscribe un nuevo contrato de arrendamiento en favor de la entidad *Espectáculos Herpa, S. A.*

Doña M.<sup>a</sup> Desamparados P. L. interpone demanda suplicando, entre otras cosas, la declaración de la nulidad de los contratos de arrendamiento celebrados en 1987, así como la condena de los demandados a pagar solidariamente una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y estima la reconvencción. La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y desestima los recursos de apelación de los demandados. El TS declara no haber lugar a los dos recursos de casación interpuestos. (M. J. P. G.)

**23. Un cambio sustancial en el aumento de la venta de un contrato de arrendamientos rústicos, supone la novación objetiva de dicho contra-**

**to, en todas sus consecuencias.**—Existe doctrina jurisprudencial derivada de varias sentencias de esta Sala (SSTS de 4 de mayo de 1993, basada en la de 14 de marzo de 1978, y en la de 10 de octubre de 1978), que establece que puede surgir la novación objetiva extintiva de un contrato de arrendamiento rústico, sin necesidad de que así conste en la escritura en la que se ha plasmado el mismo, cuando la relación arrendaticia ha sufrido una modificación sustancial, sobre todo cuando la misma recae sobre la renta a pagar, pues la modificación en alza de la misma, cualquiera que sea su motivación, puede hacer que el contrato quede sometido a una normativa distinta, sobre todo en lo relativo a las prórrogas legales, según que la renta fuera inferior o superior a las 5.000 pesetas anuales, o su equivalente en quintales de trigo.

En la presente contienda judicial, en el año 1965, y desde el año 1955, la parte recurrida como arrendataria pagaba la suma de 446 pesetas anuales, y a partir de 1966, se fijó la venta en una determinada cantidad de trigo, fijada por la suma de 4.500 kilos, lo que supuso una elevación de la venta hasta 31.195 pesetas. Señala la sentencia que como ese cambio de objeto—renta— se operó en 1966, es a partir de entonces cuando ha surgido un nuevo contrato de arrendamiento, que no estará sujeto a la normativa derivada del artículo 2 de la Ley de 28 de junio de 1940, del artículo 9 del Reglamento de 24 de septiembre de 1959, así como a la Ley de Prórrogas, ventas y acceso a la propiedad de 15 de julio de 1954, puesto que tal regulación no era susceptible de aplicación a los contratos de esta naturaleza cuya renta es superior a las 5.000 pesetas anuales, que era plenamente vigente al contrato anterior—ahora novado— que desde luego era anterior al año 1935. (STS de 4 de diciembre de 1998; ha lugar.)

**HECHOS.**—Por el Procurador Sr. B. P., en nombre y representación de don R.A.B. se formuló demanda en juicio especial de cognición, sobre acceso a la propiedad de finca rústica, contra don J. M. V. y don G. M. V. El Juzgado dictó sentencia estimando parcialmente la demanda y declarando que el arrendatario don R. A. B. tiene derecho a acceder a la propiedad del Manso Damont o Sargantana, que ocupa en concepto de arrendamiento, previo pago a los propietarios de la cantidad de once millones ciento setenta y nueve mil quinientas cincuenta y cuatro pesetas, condenando a los demandados a pasar por tal declaración y a otorgar la correspondiente escritura pública de venta por acceso a la propiedad. Contra esta sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación de la parte demandante.

La Audiencia Provincial de Gerona, estimando parcialmente el recurso, declara que las tierras dedicadas a explotación forestal del *Manso Sargantana o Damont* no están incluidas en el contrato de arrendamiento a favor de don R. A. B., quien tiene derecho a acceder a la propiedad de las tierras y casa-manso arrendadas, en las condiciones que fija la sentencia de instancia, minorando el precio señalado con el importe proporcional correspondiente. Por el Procurador Sr. S. M., en nombre y representación de don J. M. V. y don G. M. V. se presentó escrito de formalización del recurso de casación. (A. G. B.)

**24. Arrendamiento rústico. Acceso a la propiedad del arrendatario: requisitos.**—La regla tercera de la DT 1.<sup>a</sup> LAR establece, entre otros, los

siguientes presupuestos: *a)* que el arrendamiento se haya celebrado con anterioridad a la Ley de 15 de marzo de 1935; y *b)* que se haya perdido memoria del tiempo por el que se concertó. Reiterada jurisprudencia del TS (SSTS de 5 de febrero y 31 de octubre de 1990, 29 de enero de 1991 y 16 de marzo de 1992) afirma que este segundo requisito se refiere al plazo de duración del contrato. (STS de 27 de abril de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—El arrendatario de una finca rústica interpone demanda suplicando se reconozca su derecho a adquirir la propiedad de la finca mediante el pago al contado del precio que se determine en el procedimiento.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestima. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (*M. J. P. G.*)

**25. Arrendamientos rústicos. Acceso a la propiedad del arrendatario. Determinación del precio: normativa aplicable.**—El TS considera, en virtud del principio de irretroactividad de las leyes, que no resulta de aplicación el procedimiento previsto en la Ley 1/1992, de 10 de febrero, de Arrendamientos Rústicos Históricos, para fijar el precio a abonar por el arrendatario, cuando la demanda solicitando el acceso a la propiedad de la finca rústica arrendada se ha interpuesto con anterioridad a la entrada en vigor de la citada Ley. En opinión del TS (SSTS de 31 de mayo y 31 de octubre de 1996 y 30 de octubre de 1997) en tales casos resultan aplicables las normas de valoración de la LEF.

**Acceso a la propiedad del arrendatario. Requisitos exigidos por la DT 1.ª LAR: interpretación jurisprudencial.**—Para que el arrendatario tenga derecho a acceder a la propiedad de la finca arrendada se deben cumplir los presupuestos establecidos en la regla tercera de la DT 1.ª LAR. En relación con la citada norma existe una jurisprudencia consolidada (SSTS de 30 de octubre de 1990, 16 de marzo de 1992, 6 de abril de 1993 y 18 de noviembre de 1994) que considera que el requisito de la *pérdida de memoria* está haciendo referencia al plazo de duración del contrato de arrendamiento. (STS de 12 de febrero de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—El arrendatario de una finca rústica interpone demanda suplicando se reconozca su derecho a acceder a la propiedad de la finca arrendada, previo pago al contado y en metálico del precio que se determine en el procedimiento.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación. El TS declara haber lugar al recurso de casación, revocando parcialmente la sentencia de primera instancia. (*M. J. P. G.*)

**26. Arrendamiento rústico anterior al Código civil. Preferencia del derecho de acceso a la propiedad del arrendatario sobre el derecho a recuperar la finca del arrendador.**—El TS afirma que a los arrendamientos rústicos anteriores al Código civil no es aplicable el artículo 99 LAR, sino el artículo 98 LAR. Por tanto, en virtud de este último precepto, se puede mantener que el derecho de acceso a la propiedad del arrendatario es de carácter preferente al derecho que ostenta el arrendador de recuperar la cosa arrendada. (STS de 26 de marzo de 1999; no ha lugar.)



**HECHOS.**—El arrendatario de la finca rústica denominada *Caserío Bidaurreta* interpone demanda contra los arrendadores, suplicando se reconozca su derecho a adquirir la propiedad de la finca mediante el pago en metálico del precio que se establezca en el proceso.

La parte demandada formula reconvencción, solicitando la desestimación de la demanda, así como el reconocimiento de su derecho a recuperar la finca arrendada con el fin de que sea explotada por su hija.

Durante el proceso quedó probado que se trataba de un arrendamiento histórico que data del año 1839.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y desestima la reconvencción. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto. El TS declara no haber lugar al recurso de casación.

**NOTA.**—Debe tenerse en cuenta que los artículos 98 y 99 LAR fueron derogados por la DD única de la Ley 1/1992, de 10 de febrero, de Arrendamientos Rústicos Históricos. Sin embargo, como señala la propia sentencia, los citados preceptos resultan aplicables al caso porque la demanda se interpuso con anterioridad a la entrada en vigor de la mencionada Ley. (*M. J. P. G.*)

**27. Acceso a la propiedad del titular de un arrendamiento rústico histórico. No procede si el arrendatario no es cultivador personal ni lleva la explotación de las fincas que pretende adquirir.**—La Ley de arrendamientos rústicos históricos de 11 de febrero de 1992 atribuye a los titulares de arrendamientos rústicos históricos el derecho de acceso a la propiedad de las fincas arrendadas, que podían ejercitar hasta el 31 de diciembre de 1997 siempre que el arrendatario sea cultivador personal. Concretamente, el párrafo 2.º del artículo 2 exige al arrendatario (una vez ejercitado el derecho de adquisición) que cultive personalmente las fincas adquiridas durante seis años como mínimo.

Examina esta sentencia la aplicabilidad de este derecho al supuesto planteado. A estos efectos, comienza señalando que el artículo 16 LAR, exige, para considerar a alguien como cultivador personal, que lleve la explotación por sí o con ayuda de familiares. Explotar, aclara el Tribunal, es sacar utilidad de algo, implica el aprovechamiento dinámico de una cosa, en el presente caso un fundo rústico. Cultivador personal es, pues, quien obtiene la feracidad de las tierras con su trabajo personal y el de sus allegados. Continúa en estos términos recordando que «según el artículo 16, el cultivador personal es considerado como profesional de la agricultura; así pues, legalmente se vienen a asimilar ambas categorías, pues guardan evidentes similitudes ya que se exige a estos profesionales agrarios que se ocupen de manera efectiva y directa de la explotación, con expresión semejante a la de llevar por sí estas explotaciones». A partir de estas consideraciones y de la idea de que no se explotan las tierras que no se cultivan, entiende la Sala que éste es el caso del recurrente, que tenía ochenta y tres años cuando intentó el acceso a la propiedad y que sólo cultivaba un pequeño huerto para ayudar a su subsistencia, dejando incultas las restantes diecisiete fincas que integran la casería que pretendía adquirir en pleno dominio.

En los sucesivos escritos presentados por el abogado del recurrente se trata de justificar su incuria laboral con la suplencia que realizan sus dos hijos

ocasionalmente, poniendo especial énfasis en el párrafo segundo del mencionado artículo 16 LAR, según el cual «no se perderá la condición del cultivador personal, aunque se utilicen uno o dos asalariados, en caso de enfermedad sobrevenida o de otra justa causa que impida continuar el cultivo personal». Sin embargo, pone de manifiesto la sentencia que no es lo mismo enfermedad que edad propecta para el ejercicio de las labores rudas del campo. La enfermedad puede curarse, pero la senectud, concluye, al contrario, se agrava con los años.

A lo expuesto añade el Tribunal que la dicción legal del artículo 16 implica que el principio de acceso a la propiedad debería encontrar al arrendatario en perfectas condiciones laborales aunque posteriormente no pudiera continuar en el mismo estado. Estos requisitos tampoco se cumplen a su entender en el caso del recurrente al que, antes de ejercitar el derecho de acceso a la propiedad ya le ha sobrevenido la decrepitud que le impide no ya continuar, sino que ni siquiera iniciar el cultivo personal. (STS de 21 de diciembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—El Procurador de los Tribunales don V. L. M., en nombre y representación de don A. G. F., formuló ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Grado, demanda de juicio de cognición especial de la Ley de Arrendamientos Rústicos, contra la entidad mercantil *Torre de Bascones, S. A.*, sobre adquisición forzosa de fincas.

El Ilmo. Sr. Juez de Primera Instancia dictó sentencia estimando la demanda y declarando el derecho de la actora a adquirir forzosamente la propiedad de la casería rústica descrita en la demanda. Apelada la sentencia de primera instancia, la sección 6.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Oviedo, dictó sentencia estimando el recurso y revocando íntegramente la sentencia impugnada. El Procurador don N. A. R., en nombre y representación de don A. G. F., interpuso recurso de casación que se articula en un único motivo al amparo del núm. 4.<sup>o</sup> del artículo 1692 LEC, infracción del artículo 16 de la LAR de 31 de diciembre de 1980, por interpretación errónea. (O. M. B.)

**28. Responsabilidad del promotor por vicios de la construcción.**—El TS en reiterada jurisprudencia (entre otras, SSTS de 11 y 17 de octubre de 1974, 21 de abril de 1981 y 25 de enero de 1982) afirma que el promotor, en virtud del artículo 1591 CC, también es responsable de los vicios de construcción.

**Las responsabilidades derivadas del artículo 1591 CC son irrenunciables a priori.**—Afirma el TS que las personas que pueden exigir las responsabilidades que se derivan del artículo 1591 CC no pueden, de forma anticipada, renunciar a ellas. (STS de 12 de marzo de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—La comunidad de propietarios de un determinado edificio sito en Santander y los propietarios de cada uno de los pisos o locales del mismo interponen demanda contra don R. L. G., don J. M. S., don R. M. R., don C. D. C. F. y la entidad *Urbiplas, S. A.*, suplicando, entre otras cosas, que se condene a los demandados a reparar los vicios ruinógenos del edificio.

El Juzgado de Primera Instancia no entra a conocer del fondo del litigio al estimar la excepción de litisconsorcio pasivo necesario.

Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial estima parcialmente la demanda. El TS declara no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—Téngase en cuenta que la presente sentencia se dictó antes de la aprobación de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación. (M. J. P. G.)

**29. Reclamación por vicios ruinógenos. Solidaridad entre los distintos responsables si no se acredita el grado de culpa de cada uno de ellos.**—Según doctrina reiterada de esta Sala, responden de estos vicios no sólo el contratista y el arquitecto, expresamente mencionados en el artículo 1591 CC, sino también el promotor y el aparejador que interviene en el control de la obra.

También esta Sala ha declarado que cuando no cabe concretar las proporciones respectivas de responsabilidad imputables a los distintos intervinientes, debe establecerse la responsabilidad solidaria de todos ellos en aras de una eficiente tutela judicial. Por el contrario, si es posible discriminar con nitidez la participación responsable de cada uno en el resultado ruinoso, entonces podrá exigírseles la reparación de forma mancomunada.

Aplicando la doctrina expuesta, considera la sentencia que en el caso planteado no se ha precisado la proporción o el grado en que las concurrentes irregularidades han participado en el desastre arquitectónico, pronunciándose hacia la responsabilidad solidaria de todos los infractores. Consecuentemente con este enjuiciamiento, reconoce el derecho (proclamado por nuestro Código civil) que tiene el deudor solidario que ha satisfecho la deuda global para repetir frente a sus codeudores por la parte proporcional de la indemnización que les es imputable. En el caso del aparejador, considera el Tribunal que la acción que, en su caso, se puede ejercitar contra él no tiene la misma naturaleza que la repetición frente a los restantes codeudores porque, como quedó probado en primera instancia, este técnico prestaba sus servicios a las órdenes de la *Caixa*, no actuando como profesional independiente, pues estaba vinculado a dicha entidad por un contrato laboral. Por esta razón, la repetición frente al arquitecto no debe discurrir por los cauces del artículo 1591 CC, sino por la vía del 1903 CC, en virtud del cual la obligación de reparar los daños causados es exigible a los dueños de una empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados o con ocasión de sus funciones. Por tanto, el inmediato responsable, en el supuesto analizado, de la ineficacia del aparejador es su empresario, la *Caixa*, que asumirá el 25% de responsabilidad de su empleado, si bien podrá posteriormente dirigirse contra el mismo para quedar indemne de la lesividad que le ha causado su incuria laboral (art. 1904 CC).

**El plazo decenal del artículo 1591 CC es un plazo de garantía, no de prescripción.**—Establece el artículo 1591 CC que «el contratista de un edificio que se arruina por vicios de la construcción, responde de los daños y perjuicios si la ruina tuviere lugar dentro de diez años, contados desde que concluyó la construcción; igual responsabilidad, y por el mismo tiempo, tendrá el arquitecto que la dirigiese, si se debe la ruina a vicio del suelo o de la dirección». Reiteradísimos fallos de esta Sala han proclamado que el plazo de diez años para exigir responsabilidades por los vicios de la construcción o de la dirección no es plazo de prescripción, sino de garantía. Señala en este sentido el Tribunal que «el deterioro que se produzca dentro de los diez años siguientes a la terminación del edificio está garantizado. Producido el daño

dentro de ese espacio temporal, nace el derecho a la indemnización en el mismo momento en que el vicio se hace patente; y una vez nacido, han de transcurrir quince años para que pueda darse por extinguido a causa de su prescripción». Aplicando esta doctrina al supuesto referido en la sentencia, dado que el deterioro ruinógeno se produjo en 1980, el derecho de los perjudicados se habría extinguido en 1995. Al presentar éstos la oportuna demanda en 1992 en el Juzgado, ejercitaron su derecho dentro de plazo. (STS de 29 de diciembre de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—El Procurador don T. A. M., en nombre y representación de la *Caja de Ahorros Municipal de Vigo-Caixa Vigo*, formuló demanda suplicando se dictase sentencia estimatoria por la que se condenase solidariamente a los demandados a satisfacer a su representada la cantidad de ciento veinticinco millones quinientas mil doscientas treinta pesetas por los conceptos expuestos.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda. Apelada la sentencia por la representación de la *Caja de Ahorros Municipal de Vigo*, la Audiencia Provincial de Vigo estima el recurso basándose en la prescripción de la acción y absolviendo a los recurridos. La representación de la *Caja de Ahorros Municipal de Vigo* interpuso recurso de casación. (O. M. B.)

**30. Responsabilidad decenal solidaria por vicios ruinógenos.**—En relación con el artículo 1591 CC, reiterada jurisprudencia del TS mantiene que cuando no puede individualizarse la responsabilidad de cada uno de los intervinientes en el proceso de construcción, todos ellos deben responder solidariamente de los daños y perjuicios ocasionados por el defecto ruinoso.

**Vicios ruinógenos.**—El TS afirma que se consideran, entre otros, vicios ruinógenos: a) las filtraciones, humedades y desprendimientos de las cubiertas; b) las grietas en el muro exterior del edificio; y c) las filtraciones en los sótanos. (STS de 6 de marzo de 1999; ha lugar en parte.)

HECHOS.—La comunidad de propietarios de los edificios *Ferrobús IV* interpone demanda contra la entidad constructora *Obrascon, S. A.*, el arquitecto y los aparejadores que participaron en el proceso de construcción de los citados edificios, suplicando, entre otras cosas, se condene a todos los demandados a pagar el importe de las obras destinadas a reparar los defectos, así como a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados por los vicios de construcción de los edificios.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial estima parcialmente la demanda. El TS declara haber lugar en parte al recurso de casación interpuesto.

NOTA.—En materia de responsabilidad por vicios de la construcción debe tenerse en cuenta que ha sido aprobada la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación. La citada ley tiene por objeto establecer las obligaciones y responsabilidades de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación (art. 1). (M. J. P. G.)

**31. Responsabilidad del promotor.**—El comprador del inmueble en construcción posee contra el promotor la acción de responsabilidad *ex artícu-*

lo 1101 CC por incumplimiento o cumplimiento defectuoso de su obligación de entrega. También la reiteradísima jurisprudencia de esta Sala le ha reconocido, supliendo la falta de norma aplicable a estas situaciones de venta de pisos en construcción o en proyecto, la legitimación pasiva para ser demandado *ex* artículo 1591 CC, justificando la legitimación en sus propias obligaciones como vendedor en cuanto obligado a cumplir exactamente la prestación de entrega de lo que para él le construyen los profesionales que ha contratado, por tanto, sin ningún vicio. Si éste es de naturaleza ruinógena, su responsabilidad como vendedor se alarga; en lugar de prescribir a los quince años, si aquel vicio aparece dentro de los diez desde la entrega, el *dies a quo* del primer plazo comenzará cuando se descubra (S de 14 de febrero de 1991, y las que cita). En este sentido, y dada la doctrina jurisprudencial antedicha, la aplicación del artículo 1591 CC al comprador redundará en su beneficio en comparación con el régimen general de responsabilidad por incumplimiento o defectuoso cumplimiento del vendedor.

**Ejercicio conjunto de las acciones de responsabilidad *ex* artículos 1101 y 1591 CC.**—Las dos acciones (arts. 1101 y 1591) son compatibles y por tanto, acumulables en su ejercicio. Pero cuando la acción apoyada en el cumplimiento defectuoso de la prestación del promotor se ejercita con la del artículo 1591 contra el mismo, ésta inutiliza necesariamente a la primera, pues no puede imaginarse mayor cumplimiento defectuoso que la entrega del inmueble con vicios ruinógenos. Carece de sentido que, entonces, pueda mantenerse la autonomía de las dos acciones para obtener un mismo resultado: la reparación del daño. Si la promotora ha sido absuelta de la responsabilidad *ex* artículo 1591, su condena por cumplimiento defectuoso de su prestación de dar no tiene ninguna base racional de sustentación, es incoherente que se la absuelva por haber obrado diligentemente y, a renglón seguido, se la condene por un «genérico incumplimiento contractual», que no puede ser otro que los vicios ruinógenos. (STS de 27 de enero de 1999; ha lugar.)

**HECHOS.**—Ante los vicios y defectos de la construcción de su chalet, doña Monserrat C. C. formuló demanda, en juicio declarativo de menor cuantía, sobre reclamación de cantidad contra la entidad promotora *El Pisón, S. L.*, contra la sociedad contratista *Ceyd, S. A.*, y contra don José Manuel P. M. y don José Luis J. T., arquitecto y aparejador de la obra respectivamente.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimando parcialmente la demanda y condenando solidariamente a los codemandados a abonar a la actora la cantidad de cinco millones quinientas setenta y cinco mil cuatrocientas sesenta y una pesetas (5.575.461 ptas), más los intereses devengados al tipo legalmente previsto, y a satisfacer a la misma las cantidades que, en fase de ejecución de sentencia, se acrediten en concepto de gastos de alojamiento mientras duren las obras que se ejecuten, en el supuesto que se lleguen a devengar, y hasta una cuantía de un millón setecientas sesenta y cuatro mil novecientas pesetas (1.764.900 ptas.); y los gastos generados por posibles mudanzas o traslados del mobiliario del chalet, en todo o en parte, hasta un máximo de un millón novecientas veintuna mil pesetas (1.921.000 ptas.).

Interpuesto el recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Oviedo dictó sentencia absolviendo a *Ceyd, S. A.*, y a don José Luis J. T., y condenando conjunta y solidariamente a *El Pisón, S. L.*, y a don

José Manuel P. M., a abonar, conjunta y solidariamente, las siguientes cantidades: a) 5.575.461 pesetas, con la corrección del índice medio ponderado del incremento del coste en la construcción referido a la fecha en que esta sentencia sea firme y definitiva, siempre previa justificación de los correspondientes pagos en ejecución de la misma; b) 500.000 pesetas por daños y perjuicios ocasionados a consecuencia de los vicios constructivos; c) 510.000 pesetas por alojamiento para la familia durante el mes de duración de las obras de reparación.

El TS casa y anula parcialmente la sentencia de la Audiencia, en el particular relativo a la condena de *Promotora El Pisón, S. L.*, a la cual absuelve de las pretensiones de la demanda, confirmando el resto de la sentencia recurrida. (A. G. B.)

**32. Para que se pueda denominar a una sentencia como incongruente es preciso que la misma resuelva casos distintos.**—En el aspecto de alegarse que la sentencia recurrida peca de lo que doctrinalmente se denomina como de incongruencia, para que una sentencia pueda calificarse como de incongruente es preciso que la misma resuelva casos distintos, cosas distintas o por modos distintos a los oportunamente planteados por las partes. Y en el presente caso, no se dan los antedichos datos configuradores de la incongruencia procesal que se pretende, ya que en la demanda iniciadora de la presente *litis* se demandó a la persona, ahora recurrente, como promotor de viviendas, con el fin de que fuera condenado a efectuar unas determinadas reparaciones inmobiliarias, y así se ha hecho en la segunda instancia, revocando el pronunciamiento, en este sentido, del efectuado en la primera instancia, cumpliéndose, así, las normas esenciales que configuran la congruencia del fallo de las sentencias con los pedimentos de las partes.

**La falta de motivación suficiente de la sentencia y el artículo 120.3 CE.**—Se dice por la parte recurrente que la sentencia recurrida no tiene la motivación suficiente en el desarrollo de su contenido, y en relación a ello se debe iniciar el tema afirmando que en nuestro derecho el artículo 120.3 de la CE elevó a rango constitucional el principio procesal de la motivación de las sentencias explicitado en el artículo 372 LEC y en el artículo 248.3 LOPJ. Suponiendo en todo caso que dicha motivación no sólo ha de existir sino que ha de ser lógica y jurídicamente suficiente, tanto respecto a los hechos debatidos, como del derecho aplicable a éstos.

En este sentido es preciso destacar la STC de 27 de enero de 1994, cuando en ella se afirma que no existe norma alguna en nuestras leyes de enjuiciamiento que imponga *a priori* una determinada extensión o un cierto modo de razonar. Y como el término motivación suficiente es un concepto jurídico indeterminado, se habrá de determinar en cada caso concreto, en razón de la importancia intrínseca y de las cuestiones que se planteen en una determinada contienda judicial.

Es más, la STC de 25 de abril de 1994, también en dicho sentido, dice que el juicio de suficiencia de la motivación hay que realizarlo atendiendo no sólo al contenido de la resolución considerada en sí misma, sino también dentro del contexto global del proceso.

En el presente caso, en la sentencia recurrida, aunque ciertamente parca y que no corresponde a lo que debe ser una sentencia con técnica judicial estimable, existe motivación suficiente desde el instante mismo que en su FJ 2.º se delimita la figura del promotor como elemento personal de los intervinien-

tes en una obra, en el FJ 3.º se extiende la responsabilidad solidaria por ruina a dicha figura del promotor, y en el tercero, se concreta la responsabilidad, como tal, de dicho promotor.

Todo ello ha de llevar a estimar como suficientemente motivada la sentencia recurrida, sobre todo cuando la sentencia de esta Sala de 10 de abril de 1984, proclamó que la parquedad o brevedad en el razonamiento (efectuado en una sentencia) no implica falta de motivación. Aunque para llegar a tal conclusión se haya tenido en cuenta la tutela judicial efectiva proclamada en el artículo 24 CE en cuanto a evitar la tardanza excesiva en la solución de contiendas judiciales.

**La responsabilidad en los casos de ruina en un edificio. El artículo 1591 CC.**—No hay lugar a dudas de la existencia en este supuesto de determinados daños en unas viviendas cuyo origen se encuentra en una defectuosa construcción y de cuyas consecuencias, a efectos de la responsabilidad subsiguiente, no se puede escapar la figura del promotor, pues del *factum* de la sentencia recurrida no se deducen datos que la excluyan, y, por ello, siguiendo ya una pacífica y constante doctrina jurisprudencial de esta Sala, que equipara la figura del promotor a la del contratista a los efectos de incluirlo en la responsabilidad decenal del artículo 1591 CC, y ello porque, principalmente, el que se beneficia pecuniariamente de la obra realizada es el mencionado promotor, cuya figura lleva insita la responsabilidad por lo menos *in eligendo*, sino es *in vigilando*, con respecto a los contratistas y distintos técnicos que intervienen en una obra (SS de 8 de octubre de 1990 y 8 de junio de 1992, entre otras). (STS de 30 de diciembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Se insta ante el Juzgado de Primera Instancia juicio de menor cuantía sobre declaración de vicios y deficiencias en la construcción contra el promotor de la obra, el constructor y los aparejadores y arquitecto de la misma. Suplicando al Juzgado se declare que los expresados vicios determinan la ruina funcional de los bloques del edificio objeto de litigio, y que se condene solidariamente a los demandados a efectuar a su costa en los bloques del edificio cuantas reparaciones sean precisas a fin de que quede en condiciones idóneas para su uso, y se les condene asimismo solidariamente a abonar a los actores los daños y perjuicios causados por la realización defectuosa de las obras. Se contestó a la demanda por los aparejadores, solicitando se dicte sentencia estimando las alegaciones de forma planteadas o, en su caso, se declare que los defectos denunciados son debidos a vicios del proyecto o del suelo, imputables exclusivamente al arquitecto superior. Se estimó parcialmente la demanda interpuesta en primera instancia, condenando a la empresa constructora y a los aparejadores y arquitecto al pago de cuantas reparaciones sean necesarias para restituir al edificio a unas condiciones de uso idóneas, así como al pago de las costas, si bien se absolvía al promotor y al constructor de la obra. Contra la citada sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación de la partes personadas, revocando la sentencia y condenando solidariamente al pago de las reparaciones y de las costas también al promotor y al constructor de la tabiquería, manteniéndose la responsabilidad de los aparejadores, arquitecto y constructor. Interpuesto recurso de casación por el promotor de la obra, el TS declara no

haber lugar al recurso, imponiéndole además el pago de las costas procesales. (A. I. H. O.)

**33. El principio de invariabilidad en el precio de una obra contratada con arreglo al artículo 1593 CC carece de aplicación, según el mismo precepto establece, cuando se introduzcan cambios en la ejecución alterando el proyecto definitivo.**—El único motivo del recurso se formula al amparo del núm. 4 del artículo 1692 LEC y denuncia «violación de las normas de interpretación de los contratos, artículos 1281 y 1282 CC», cuyos textos recoge de modo literal. Ya en el desarrollo, mantiene que, si bien aplicando el criterio del artículo 1281 ha de estarse a que el contrato establece que «se entiende a tanto alzado, *fort-fait* o llave en mano», es doctrina reiterada que es posible la revisión de precios de un contrato de ejecución de obra, y ha de estimarse como pacto lícito resultante de la concorde voluntad de las partes. No es impedimento para esa validez el contrato de obra a tanto alzado, puede ser modificado introduciendo alteraciones o aumento de precio. El artículo 1593 no contiene una norma de derecho necesario, sino una regla interpretativa de la voluntad tácita de las partes y, por tanto, no implica una limitación legal a la voluntad contractual, sino un complemento de la misma. La fijación del pago del precio en el contrato de obra queda, por tanto, encomendada a la voluntad de las partes (STS de 4 de abril de 1981). Entiende que, al aplicar tal doctrina ha de concluirse que se ha infringido el artículo 1282, pues el primitivo contrato fue novado, introduciendo variantes respecto al contrato inicial, siendo acto posterior el documento en base al cual se pretende cobrar, lo que resulta improcedente si el contrato es a tanto alzado, pero si las modificaciones deben ser pagadas procede la compensación que interesa.

Ha de concluirse que la Audiencia parte de que se realizó y terminó el «todo pactado», es decir, la obra contratada, con independencia del valor que el ingeniero de la actora le asigne; y, por ello, el valor contractual ha de jugar en beneficio o en contra del contratista que realizó cuanto le fue encomendado y tiene derecho a cobrarlo tal como fue presupuestado o, mejor, en la cuantía que fue presupuestada, aparte de las prestaciones adicionales o «realizadas al margen de las primeramente convenidas y presupuestadas» (S de 31 de enero de 1977). Y es que, como establece la S de 13 de marzo de 1990, el principio de invariabilidad en el precio de una obra contratada con arreglo al artículo 1593 CC carece de aplicación, según el mismo precepto establece, cuando se introduzcan cambios en la ejecución alterando el proyecto definitivo y produciendo aumento de obra, que es lo contemplado por la Audiencia, pues no se discute siquiera que medió el consentimiento del dueño, lo que implica que cuando hay aumento de obra (en el caso que nos ocupa se ha demostrado lo contrario), sea por novación modificativa, sea por simple añadido a lo ya contratado y como nueva estipulación contractual, el contratista justifica en todo caso su derecho a cobrar el aumento. Así lo entendió también el Juzgado al afirmar que «... se trata de trabajos complementarios o necesarios de los acordados en el contrato que han sido realmente hechos para la obra que contrató con la empresa actora. Existe un reconocido derecho del contratista al abono de la obra realmente ejecutada, siempre que no se trate de simples mejoras fuera del proyecto, sino de trabajos necesarios verificados de acuerdo con las instrucciones de la dirección facultativa»; y apoya acertadamente el derecho del contratista a percibir el precio del trabajo complementario realizado en evitar el enriquecimiento injusto de la propiedad y en



las SSTS de 25 de febrero, 12 y 21 de marzo de 1991, que recogen el sentido de las de 20 de diciembre de 1983, 11 de enero de 1984 y 2 de abril de 1986.

En definitiva: para mantener, como hace el motivo, «que procede la compensación de partidas incluidas algunas en el contrato inicial y otras por no realizadas», era preciso que se partiese de diferente base fáctica, debiendo recordarse que la casación no es una tercera instancia, ni cabe volver a valorar en la misma el material probatorio (S de 13 de mayo de 1997), ni sustituir el criterio objetivo e independiente de la Audiencia por el subjetivo e interesado de la parte (S de 5 de mayo de 1997), pues los hechos que se declaran acreditados en la instancia no son alterables en casación (S antes citada de 5 mayo de 1997); la interpretación de los contratos es facultad privativa de los Tribunales de instancia y su criterio ha de prevalecer a menos que se muestre como ilógico o absurdo (SS de 17 de marzo y 23 de mayo de 1983), cosa que no puede predicarse del presente caso, o se impugne por la vía adecuada el error sufrido por aquéllos, pero sin que pueda pretenderse sustituir con el criterio del recurrente la interpretación realizada (SS de 4 de mayo de 1984, 26 de septiembre de 1985, 28 de febrero de 1986 o 25 de junio de 1987, entre otras muchas); para citar el artículo 1281 CC como infringido ha de especificarse cuál de sus dos párrafos, pues el artículo 1282 es supletorio del párrafo 2.º y no del 1.º (S de 17 de marzo de 1983); y el documento citado no es acto posterior que permita juzgar la intención de las partes en el sentido pretendido, a más de que fue tenido en cuenta por los Tribunales de instancia. (STS de 12 de enero de 1999; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Se formula demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía en la que se suplica se condene a la demandada al pago de una suma más los intereses legales, así como a las costas. Se contesta a la demanda solicitando se estime parcialmente la demanda, declarando un crédito de las actoras frente a la demanda, por facturas con cargo a ésta, y estimando íntegramente la reconvenición, se condene a las actoras reconvenidas a satisfacer determinados conceptos y, en consecuencia, y por compensación de ambos créditos, condenando a las actoras al pago de la diferencia más los intereses legales de dicha suma, así como a la totalidad de las costas.

El Juez de Primera Instancia estima parcialmente la demanda, declarando la existencia de una deuda a favor de la parte actora con cargo a la parte demandada y, estimando la reconvenición, declara la existencia de una deuda a favor del demandado con cargo a la parte actora, y aplicando la compensación de deudas condena a la parte actora al pago de una cantidad, sin hacer especial imposición de las costas. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Valencia sección 7.ª desestima el recurso y confirma la sentencia recurrida, condenando a las apelantes al pago de las costas. Se recurre en casación ante el TS que declara no haber lugar al recurso. (A. I. H. O.)

**34. Los artículos 1124 y 1594 CC tienen ámbitos operativos distintos y no deben confundirse sus consecuencias jurídicas.**—Reiterando lo dicho en sentencias como las SSTS de 4 de febrero de 1997 y 8 de junio de 1983, el TS declara que lo previsto en el artículo 1594 CC comporta el ejercicio de una facultad *ad nutum* («por su sola voluntad») que responde a una

situación distinta a la de la resolución del contrato en virtud del artículo 1124 CC.

**Resolución por incumplimiento del contratista.**—Existe resolución del contrato por incumplimiento en virtud del artículo 1124 CC y no desistimiento unilateral, cuando la dueña de la obra hace saber a la contratista, mediante acta notarial, su voluntad de resolver el contrato de obra por incumplimiento de la requerida (retraso en las obras que impide su terminación en el plazo pactado, existiendo paralización de las obras motivada por la deficiente situación económica de la propia contratista).

**Prueba pericial. No es posible su revisión en casación.**—La prueba pericial se halla sujeta en su valoración a las reglas de la «sana crítica», exentas, por su propia naturaleza, de control casacional. (STS de 9 de marzo de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—*Takoda Invest, S. A.* (contratista), presenta demanda contra *Park Beach 2000, S. A.* (dueño de la obra). En su demanda solicita que se condene a la demandada a abonar una determinada cantidad de dinero en concepto de indemnización por desistimiento unilateral del contrato. La Audiencia Provincial revoca la sentencia de primera instancia que estimaba la demanda. *Takoda Invest, S. A.* presenta recurso de casación contra la sentencia de la audiencia que declara la desestimación de la demanda. En los motivos de casación la recurrente alega infracción por falta de aplicación del artículo 1594 CC y aplicación indebida del artículo 1124 CC. (L. S. M. P.)

**35. Negligencia médica.**—La vulneración de la *lex artis ad hoc*, por el médico demandado, ha quedado plenamente acreditada, ya que, a pesar de los gravísimos síntomas aparecidos en el postoperatorio de la intervención de laminotecnica lumbar y de la inexistente mejoría del paciente, no efectuó actuación alguna, y ni siquiera prueba médica alguna hasta cuatro meses después, en que se le practicó una mielografía que denotó efectivamente una estenosis del canal espinal, con stop, que conllevó a la lógica intervención del neurocirujano para practicar una descompresión, con mejoría en el cuadro doloroso y sensitivo, que debió haberse llevado a efecto meses antes, reinterviniéndose de forma inmediata.

**Falta de información.**—Consta que el enfermo no fue informado de las consecuencias de la intervención del Doctor demandado, tal como le era exigible, antes de la misma, sino hasta cuatro meses después, a pesar de conocer las gravísimas lesiones y, según él, secuelas irreversibles, que padecería el operado, consistentes en el síndrome de cola de caballo, sobre diagnóstico, pronóstico y alternativa de tratamiento, de forma que el enfermo pudiera comprender las consecuencias de la intervención, y emitir un consentimiento sin vicios; la carga de la prueba de este deber recae sobre el profesional de la medicina, por ser quien se halla en una posición más favorable para conseguir su prueba (STS de 28 de diciembre de 1998).

**Responsabilidad de la clínica.**—La responsabilidad de la clínica es contractual, pues existe una dependencia funcional y económica de la misma respecto a la Mutua.

**Responsabilidad contractual de la Mutua.**—Al ser el perjudicado beneficiario de una Mutua, existe una relación bilateral y de retribución a través de la empresa; la prestación médica se efectuó con cargo y por cuenta de la Mutua, sin intervención en su determinación, del perjudicado; en este caso, el

enfermo era beneficiario de una relación contractual bilateral, y, por lo tanto, no rige el criterio de relación extracontractual entre el perjudicado y la Mutua y el médico interviniente, sino que deriva directamente del contrato de asistencia.

**Quantum indemnizatorio.**—La fijación de la cuantía indemnizatoria es potestad del Tribunal de instancia, no revisable en casación. En el presente caso ha señalado la de cien millones de pesetas, lo que no resulta desproporcionada teniendo en cuenta las tremendas secuelas que padece el enfermo, su edad, estado, profesión y demás circunstancias personales, sus padecimientos físicos y morales, su minusvalía y atenciones que deberá recibir de por vida; lo que, incluso, podrá parecer insuficiente.

**Intereses moratorios: *In illiquidis non fit mora.***—El recurso se estima parcialmente en cuanto que los intereses moratorios no se abonarán desde la interposición de la demanda, sino desde la fecha de esta sentencia, en atención al principio *in illiquidis non fit mora*, pues debe entenderse que la liquidación del daño producido sólo se produce con la sentencia condenatoria. (STS de 19 de abril de 1999; ha lugar en cuanto a los intereses moratorios.)

NOTA.—El supuesto se enmarca dentro del ejercicio privado de la medicina en el ámbito contractual. No obstante, los criterios para determinar la negligencia médica son los mismos que en la responsabilidad extracontractual del personal sanitario. (G. G. C.)

**36. Relación jurídica compleja. Contrato de depósito: improcedencia.**—Una relación contractual compleja en razón de la diversidad de prestaciones sobre una serie de servicios que consistieron en atender los gastos ocasionados por la estancia portuaria de los barcos, tales como el pago de sus reparaciones, cargos portuarios, etc., encontrándose entre ellos las de retribución de un trabajador de vigilancia en aquéllos que permite configurarla, más bien como un arrendamiento de servicios, pero sin posibilidad de apreciar la existencia inequívoca de un contrato específico e independiente de depósito, el que, por supuesto, no cabe entenderle implícito en la prestación de custodia contratada, cuyos efectos y consecuencias distan mucho de las obligaciones y responsabilidades recogidas en el artículo 306 CCO para el depósito mercantil, que tiene una naturaleza jurídica bien diferente a la prestación del deber de custodia.

**Relación jurídica compleja. Responsabilidad.**—Al tratarse de una relación jurídica semejante al arrendamiento de servicios, la cuestión habrá de girar en torno a los artículos 1094 y 1101. La obligación que impone el 1094 es similar a las específicas que para los depósitos mercantil y civil establecen los artículos 306 y 1758 de los Códigos mercantil y civil, respectivamente, pero, en definitiva, no puede entenderse como semejante a la prestación de «vigilancia» convenida, entre otras, por las partes. Por lo que concierne al artículo 1101, es evidente que genera la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados en el curso del cumplimiento de lo convenido, pero no de manera incondicional y absoluta, sino únicamente cuando se incurre en dolo, negligencia, morosidad y contravención del tenor de lo pactado, por la doble vía de «acción» u «omisión». Estos presupuestos comportan la ineludible exigencia de un reproche culpabilístico, aun cuando fuese de poca entidad, pues lo contrario supondría dar entrada a la pura responsabilidad objetiva, que jurisprudencialmente, hoy por hoy, no es admisible. (STS de 19 de diciembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Pesquerías Españolas de Bacalao, S. A.*, interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de La Coruña contra el *Banco Industrial de Venezuela* sobre reclamación de cantidad. El Juzgado estima la demanda e impone las costas al demandado. Contra dicha sentencia se formuló recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, que desestimó el recurso y condenó en costas al recurrente. Recurrida en casación dicha sentencia, el TS declara que no ha lugar al recurso de casación. (N. D. L.)

**37. Devolución del préstamo: plazo.**—Afirma el TS que cuando el contrato de préstamo faculta al prestamista a pedir la devolución del préstamo, «bien mediante aviso o a su comodidad», ha de entenderse que no concurre el plazo implícito, previsto en el artículo 1128.I CC, concedido a favor del deudor (prestatario). Ello significa que el prestamista podrá exigir en cualquier momento, respetando las reglas de la buena fe, el pago de la deuda (STS de 24 de mayo de 1971).

**Perfección del contrato de préstamo.**—Se perfecciona con la entrega y transmisión de las cosas prestadas. (STS de 6 de marzo de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Don A. S. S. concede un préstamo, mediante documento privado de fecha 19 de enero de 1993, a don J. C. U. G. y otros. No se pacta plazo alguno para la devolución de la cuantía del préstamo, pudiendo el prestamista exigir su devolución, total o parcial, en el momento que estime oportuno.

En virtud de lo anterior, don A. S. S. (prestamista) interpone demanda contra los prestatarios, suplicando se condene a los demandados a reintegrar, de forma solidaria, la cuantía del préstamo.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial desestima los recursos de apelación. El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto. (M. J. P. G.)

**38. Fianza. Posibilidad de que el acreedor acepte la obligación del fiador de forma tácita.**—El único motivo del recurso presentado se ampara en el artículo 1692.4.º LEC, y alega la infracción de los artículos 1822, 1830, 1832 y 1834 CC, así como de la doctrina jurisprudencial que los interpreta.

En su fundamentación, el recurso señala que, en este caso concreto, la sociedad acreedora y accionante no sólo ha interpuesto su demanda de reclamación de la deuda contra la sociedad deudora, sino también contra el recurrente como fiador de la misma hasta una determinada cantidad ante la primera, siendo así que ésta no ha aceptado la fianza; que el recurrente no ha sido requerido y que, por tal motivo, no pudo oponer el beneficio de excusión.

A este respecto, el TS entiende que la sentencia recurrida valoró las pruebas obteniendo que hubo una aceptación tácita de la fianza, sin que el recurrente se haya molestado en impugnar tal valoración. Asimismo, el fallo recurrido, a juicio del TS, reconoce el carácter subsidiario de la fianza prestada, al señalar que «el recurrente solamente debe ser condenado si no pudiera hacer el pago el deudor principal». Del mismo modo, el artículo 1834 CC permite demandar al deudor y al fiador de manera conjunta, si bien quedará a salvo el beneficio de excusión de este último. Además, no cabe la alegación de que el recurrente no ha sido requerido de pago cuando ha sido demandado junto

con el deudor por el acreedor a ese fin, contestando la demanda y apelando la sentencia de primera instancia. (STS de 20 de enero de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Valladolid, fueron vistos los autos de juicio ordinario declarativo de menor cuantía, por el que se reclamaba la condena de los demandados al pago de una cantidad determinada en concepto de principal de una deuda anterior, más los intereses devengados por ésta. El Juzgado dictó sentencia con fecha 1 de diciembre de 1992, estimando la demanda presentada. Apelada la resolución por la parte condenada, la sección 3.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Valladolid emitió su fallo el 18 de mayo de 1994, revocando la decisión de instancia. Interpuesto recurso de casación al amparo del núm. 4 del artículo 1692 LEC, por infracción de los artículos 1822, 1830, 1832 y 1834, CC, el TS desestimó finalmente el mismo. (J. L. B.)

**39. Responsabilidad civil de la Administración: daños causados por orden de desalojo de un local ordenado por Ayuntamiento: competencia de la Jurisdicción contencioso-administrativa: irrelevancia de la pluralidad de demandados.**—La indemnización reclamada es consecuencia directa del desalojo del local por orden del Ayuntamiento, cuyo cierre del local ocasionó cuantiosos daños y perjuicios; la llamada solidaria al pleito respecto de otros demandados particulares no atendía a imperativo procesal de obligada observancia, sino al propósito de asegurar las consecuencias económicas de lo pretendido, más allá de normales y razonables previsiones, lo que representó una circunstancia accidental y eventual. (STS de 20 de marzo de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Se reclaman cincuenta millones de pesetas como indemnización de daños contra el Ayuntamiento de G. y siete demandados más en calidad de particulares; el Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda contra el Ayuntamiento, absolviendo a los demás. La Audiencia Provincial apreció incompetencia de jurisdicción. El TS desestima el recurso por entender que la llamada solidaria al pleito de otras personas civiles era superflua, y no afectaba, en consecuencia, a la competencia. (G. G. C.)

**40. Culpa extracontractual: daño psíquico inferido a trabajadora por trato indigno: competencia de la jurisdicción civil.**—La responsabilidad que se exige a la Compañía aérea demandada es por comportamiento hostil, trato indigno y discriminatorio hacia la recurrente, que operó al margen del propio contrato laboral, si bien éste actuó como marco que facilitó las conductas y actuaciones que denuncia y le causaron perjuicios en razón a la depresión que sufre; la relación laboral quedó extinguida en el acto de conciliación laboral de 1990, en el que percibió la trabajadora la suma de siete millones de pesetas por los conceptos de indemnización, saldo y finiquito que hay que referir al contrato de trabajo resuelto. La competencia civil resulta justificada, ya que la culpa extracontractual presupone la existencia de un daño real, con independencia de cualquier relación jurídica preexistente entre las partes; no se excluye la culpa aquiliana cuando la actuación culpabilística, generadora del daño, rebasa y desborda lo exclusivamente pactado, ya que se trata de una negligencia extraña a la que constituye propiamente la materia

del contrato, pudiendo darse yuxtaposición de responsabilidades de clase contractual y extracontractual, sirviendo esta última de complemento a la primera.

**Requisitos del artículo 1902 CC.**—Hay daño efectivo, constituido por la depresión reactiva que sufre, con causa en la problemática que le ocasionó al resultar discriminada por razón de su sexo, sin causa que se hubiera demostrado válida y justificativa; tal discriminación se prohíbe por el artículo 14 CE y por la Ley de 13 de mayo de 1981 que desarrolló el principio de igualdad de sexos en la legislación civil; el padecimiento psíquico resultó objetivo y cierto, y no inventado por la actora. La conducta culposa de la empresa se aprecia tanto por sus propias actuaciones, directamente lesivas para la trabajadora, como por la de sus directivos y empleados. Los comportamientos discriminatorios generaron o aceleraron la depresión que afecta a la recurrente, por representar un sufrimiento continuado e incesante, capaz de perturbar la armonía psíquica de una persona, dada la intensa presión laboral que hubo de soportar hasta que el contrato se extinguió y cuyos efectos perturbadores no son fáciles de superar, por presentarse en la mayoría de los casos como persistentes e incesantes, máxime cuando se trataba de una trabajadora que se encontraba realizada en la ocupación que desempeñaba y que, en definitiva, conduce a pensar que hubo de sentirse fracasada como mujer, en su posición de dependiente de personas ajenas, para las que prestaba el trabajo que había asumido. Concorre relación causal suficiente que acredita el informe pericial, al resultar influyentes e intensas en su situación anímica las vivencias laborales negativas que le afectaron.

**Cuantía de la indemnización.**—La cuantía reclamada de quince millones de pesetas ha de ser reducida a tres millones en atención a que el padecimiento psíquico que sufre la recurrente resulta agravado por su personalidad, por lo cual viene sobrevalorada e hipertrofiada en sus consecuencias. (STS de 10 de abril de 1999; ha lugar.)

**HECHOS.**—La actora presta servicios en una compañía aérea, de país no comunitario, que trabaja en la terminal de Barajas, desde 1970. En 1989 reclama a la empresa por entender que se la estaba discriminando por ser mujer, consistiendo el agravio en el hecho de que otro trabajador, de sexo varón, de la misma categoría y con menor antigüedad, percibió en 1989 750.000 pesetas brutas más que ella, pero no es atendida. En noviembre de 1990 rescinde su relación laboral en acto de conciliación, y al año siguiente inicia la vía civil en reclamación de quince millones por culpa extracontractual, informando el Médico-Forense que padece depresión reactiva, como respuesta a una problemática o conflictividad laboral. En ambas instancias civiles se desestima la demanda, pero el TS (Pte. Villagómez Rodil) estima el recurso de casación con base en la doctrina extractada.

**NOTA.**—Me parece que es la primera vez que ante la Sala 1.<sup>a</sup> se exige indemnización por enfermedad psíquica subsiguiente a trato discriminatorio por razón del sexo. Conseguir una sentencia estimatoria no era fácil: de una parte, chocaba con lo que podría calificarse aproximadamente de *cosa juzgada laboral*, pues la trabajadora aceptó el finiquito de su contrato; añádase la dificultad de prueba de la enfermedad psíquica ante los Tribunales; no en último término, la nueva dirección exclusivista de la jurisdicción laboral de todas las

consecuencias derivadas del contrato de trabajo, si bien no uniformemente seguida por la Sala 1.<sup>a</sup>, aunque destinada a imponerse a medio plazo, sin embargo, no hay aquí ningún accidente de trabajo cuyas consecuencias *ex* artículo 1902 CC se pretenda hacer valer.

Me apresuro a adelantar mi valoración positiva de la sentencia, ya que en ella se encuadran acertadamente las coordenadas jurídicas para resolver el caso. Toda mujer tiene derecho a no ser tratada discriminadamente por razón de su sexo, en todos los aspectos de su vida de relación, dentro y fuera del trabajo; el trato discriminatorio persistente sufrido por la trabajadora le ha causado un daño en su persona, al margen del quebranto económico que posiblemente le fue ya resarcido en el finiquito. Quizá quepa hacer reservas al estimar la sentencia sólo en parte la cuantía reclamada; rebajar a tres millones los quince reclamados induce a pensar en una indemnización simbólica, como si la Sala quisiera matizar las consecuencias que se derivan de la doctrina que sienta (no deja de ser llamativa —e, incluso, audaz— la estimación del recurso frente a dos sentencias desestimatorias de la instancia). La sentencia afirma que la actora se había realizado como mujer en la empresa, y al mismo tiempo da a entender que padecía depresiones. Pero si el injusto trato discriminatorio había causado daños en la psique de la actora, lo mismo si los origina, como si los aumenta, ¿por qué no indemnizarlos íntegramente, no habiendo rastro alguno de culpa por su parte? (*G. G. C.*)

**41. Culpa extracontractual: accidente minero: responsabilidad por riesgo: doctrina general.**—Los trabajos en las explotaciones mineras, por su notoria peligrosidad, constituyen actividades laborales de alto riesgo, y en estos casos resulta más exigente la adopción de las medidas posibles de seguridad, incluso hasta llegar a agotarlas, para prevenir riesgos que afecten a la seguridad de las personas; aunque ha de mantenerse la necesidad de darse conducta culposa o negligente, bien de índole personal o bien por parte de los sujetos por los que se ha de responder, la jurisprudencia ha evolucionado, en forma acomodada a las exigencias de la realidad social, a cuasi-objetivizar la responsabilidad extracontractual, sobre todo en casos como el presente en que concurre un riesgo instaurado, advertido y conocido y que no obstante se mantiene, al no adoptarse medidas adecuadas para evitar lo que se presenta como peligro potencial y que desgraciadamente se convirtió en realidad trágica de efectivo peligro materializado; lo que obligaba, tanto a la empresa recurrente como a los restantes demandados, en razón a las funciones de responsabilidad que tenían atribuidas, a la demostración contundente de que su actuación fue diligente, prudente y, sobre todo, suficiente para evitar el accidente.

**Negligencia profesional.**—El Tribunal de instancia estableció como hechos probados que el torno con el que trabajaba el minero accidentado carecía de freno y palanca de embrague, actuando una varilla en sustitución de la pieza original, que los demandados, al ostentar cargos de responsabilidad y no obstante conocer las deficiencias, no dieron, unos, cuenta inmediata y suficiente a quien correspondía, es decir que consintieron dicha situación anormal, y, otros, por no llevar a cabo las adecuadas funciones de vigilancia y control periódico de las instalaciones, y todos ellos por no extremar las medidas de seguridad que demandaba la utilización de tales maquinarias y mecanismos.

**Concurrencia de culpas.**—En el accidente consistente en la amputación traumática del tercio discal de la pierna derecha, cooperó a la producción del hecho la culpa de la víctima al no tomar precauciones para evitar la formación de lazada que pudiera producir el cable que manipulaba, obrando así con excesiva confianza; pero la concurrencia de actuar negligente no imposibilita que converjan actuaciones culposas imputables a la otra parte.

**Quantum indemnizatorio.**—No impide el resarcimiento económico que se solicita el hecho de haber percibido diversas cantidades por consecuencia del accidente, y haber sido calificada la lesión de invalidez permanente, en grado de incapacidad total; no procediendo aplicar limitaciones por baremos, y menos tener en cuenta la Resolución de la Dirección General de Seguros de 1993, posterior a los hechos del pleito. (STS de 17 de abril de 1999; no ha lugar.) (G. G. C.)

**42. Culpa extracontractual: muerte por deslizamiento sobre pista no dedicada al esquí al chocar contra pared: culpa exclusiva de la víctima.**—La víctima no utilizó para el deslizamiento aparato o mecanismo apropiado alguno, haciéndolo sobre un simple plástico, sobre el que iba la víctima y dos amigas suyas, con lo que la velocidad del deslizamiento sería mayor, siendo avisadas del peligro por empleados de la empresa demandada; es innegable concluir que el accidente se produjo por el exclusivo comportamiento de la víctima, lo que impide establecer una relación de causalidad, ni siquiera la concurrencia de culpas.

**Ausencia de culpa de la empresa propietaria.**—La caseta contra la que colisionó la víctima estaba ubicada fuera de la pista de esquí, aunque dentro de la zona de influencia de la misma; teóricamente cabría reprochar a dicha empresa el no haber aplicado a la pared de la caseta, en la parte orientada a la pista, algún material protector; pero tal previsión excedería con mucho de la normal exigible a un buen padre de familia que recomienda el artículo 1104 CC, puesto que, en definitiva, no se trataba de una pista de práctica de esquí, por lo que la previsibilidad de que alguna persona pudiera colisionar contra la caseta, al deslizarse por la misma, hacía sumamente difícil de imaginar, por lo cual no cabe imputar a la empresa demandada la creación de una situación de riesgo, ni elevar el reproche a la categoría de omisión culposa o negligente a efectos del artículo 1902 CC. (STS de 18 de marzo de 1999; no ha lugar.)

NOTA.—El hecho de ser mayor de edad la víctima, inclina a pensar en una culpa exclusiva suya, pero ¿cómo se hubiera fallado si la víctima hubiera sido menor o si se hubiera deslizado la víctima con material adecuado? No hay constancia de la existencia en el lugar de una prohibición de esquiar, siendo bastante imprecisa esa categoría de *zona de influencia de la pista* que utiliza la sentencia. En todo caso, la demanda fue rechazada en ambas instancias. (G. G. C.)

**43. Responsabilidad médica: nacimiento con graves malformaciones no detectadas: ausencia de negligencia médica.**—Los hechos probados de ambas sentencias de instancia declaran expresamente que la actuación médica se adaptó completamente a la *lex artis ad hoc*, esto es, a la conducta exigible a un médico en las circunstancias clínicas y técnicas del Centro donde prestó sus servicios; no se ha demostrado la relación de causa efecto entre la actuación médica y el hecho del nacimiento de una niña tan tristemente afectada por malformaciones y deformidades; la genética está fuera de



las posibilidades de que la doctora evitara el resultado; es una simple hipótesis decir que, en caso de ser informada la madre gestante, habría tomado la difícil decisión de interrumpir el embarazo; la doctrina predominante rechaza que el nacimiento en estas circunstancias sea un daño *per se*, y los que defienden que el daño es la privación del derecho a optar, no hacen más que sostener, de modo más o menos indirecto, que el daño es el nacimiento.

**Irresponsabilidad del INSALUD por nacimiento con deformidades y malformaciones.**—Manteniendo la absolución de la doctora que hizo el seguimiento del embarazo, no cabe condenar a la administración sanitaria con base en el artículo 1903 CC; las sentencias de esta Sala en que se condena a personas jurídicas por la omisión de medios, organización o defectuoso funcionamiento de los servicios sanitarios, se fundamentan en el artículo 1902 CC; no se ha invocado en la demanda la responsabilidad patrimonial del Estado, ni a éste pueden atribuirse los hechos y las consecuencias del embarazo. (STS de 4 de febrero de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—El 21 de enero de 1991 nace en el Hospital dependiente del INSALUD de S. la niña Alicia, con las siguientes anomalías congénitas: ausencia de antebrazo y mano izquierda; dedos fusionados en la mano derecha; ausencia de pierna y pie izquierdos; hipoplasia lingual con anquiloglosia; imperforación anal. Los padres no tienen antecedentes familiares de este tipo. La gestante fue seguida en su embarazo por una ginecóloga de la Seguridad Social en el Hospital de su residencia. Se le practicaron cuatro ecografías, ajustándose a los protocolos fijados por el INSALUD, consideradas como nivel I, suficiente para un embarazo de bajo riesgo, como resultado de los análisis, seguimiento y antecedentes. Los informes periciales concluyen que de las actuaciones unidas a los autos no se hubiera podido deducir que la actora estaba incluida dentro de un embarazo de alto riesgo. También se ha dictaminado que las anomalías de los miembros pueden ser observadas ecográficamente, pudiendo ser detectadas por ecografistas especializados; las malformaciones óseas son muy difíciles de detectar en el nivel I, siendo aproximadamente del 75% las posibilidades de detectarlas en el nivel II. Parece que los padres habían vivido cerca de la Central Nuclear de Almaraz, trabajando el padre en la Empresa Nacional de Uranio, circunstancias que no fueron manifestadas a los médicos que asistieron en el curso del embarazo.

La demanda solicitaba doscientos millones de pesetas en concepto de indemnización, y se dirigía contra la doctora que hizo el seguimiento del embarazo, y contra el Ministerio de Sanidad y la Dirección provincial del INSALUD. El Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Salamanca dictó sentencia estimando parcialmente la demanda contra el INSALUD, condenándola al abono de setenta y cinco millones de indemnización. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación y absolvió de la demanda al INSALUD. La Sala 1.<sup>a</sup> (Pte. Marina y Martínez-Pardo) desestima el recurso interpuesto por los padres, basado en los siguientes motivos: 1.<sup>o</sup>) Infracción del artículo 15 CE, en relación con la nueva redacción del artículo 417 *bis* del Código penal; 2.<sup>o</sup>) Infracción del artículo 1902 CC; 3.<sup>o</sup>) Infracción del artículo 1903, párr. 1.<sup>o</sup> y 3.<sup>o</sup>, CC; y 4.<sup>o</sup>) Infracción del artículo 43 CE. La relativamente extensa sentencia extractada

dedica los tres primeros FD a transcribir la argumentación jurídica de las sentencias de instancia, mientras que los breves FD 4.º a 8.º rechazan con argumentación sumaria los motivos del recurso y dispone sobre costas. Hay un *Voto particular* de Román García Varela en el que, de modo alternativo, propone se declare la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, o la estimación del recurso que significaría la confirmación de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

NOTA.—Las circunstancias verdaderamente dramáticas que concurren en el caso, y el final poco feliz para los padres reclamantes, obliga al máximo respeto y delicadeza en su tratamiento. Son dos los temas fundamentales de este pleito: la posible responsabilidad de la doctora que desempeñaba su trabajo como ginecóloga en el Hospital de S., y la del INSALUD como entidad que asume la prestación del servicio médico, dentro del régimen de la Seguridad Social. En el primero se da coincidencia entre las sentencias de instancia en exonerar de responsabilidad a aquélla, y no hay nuevos argumentos en el recurso; cumplió con los requisitos de la *lex artis ad hoc* ya que todos los antecedentes y los datos clínicos obtenidos sucesivamente permitían la conclusión de tratarse de un embarazo de bajo riesgo, para cuyo seguimiento la doctora estaba suficientemente capacitada y utilizó los medios correctos. En relación con la posible responsabilidad del INSALUD, debo confesar que me convencen más los argumentos de la Audiencia Provincial, en relación con la obligación que la LGDCU de 1984 impone a todo prestador de servicios sanitarios con base en los artículos 26 y 28.3; en efecto, la sentencia alude a una cierta relativización del nivel de calidad del servicio sanitario que se ha prestado en una localidad de la CA de Extremadura; es posible que con otros aparatos más perfectos y con otro personal más especializado, se hubieran detectado las malformaciones y deformaciones. Me parece simplista aducir que se invoca exclusivamente el artículo 1903 CC (*dabo tibi ius*). En cambio, tiene razón, a mi juicio, el TS en rechazar la invocación de la Ley despenalizadora del aborto como fundamento de la responsabilidad reclamada; de haberse detectado a tiempo los defectos y malformaciones, había la posibilidad de intentar remediarlos o paliarlos; pero no sería razón suficiente el no haber podido interrumpir su embarazo. Como los hechos ocurren antes de la Ley de 1992, hubiera podido seguirse la anterior jurisprudencia de la Sala 1.ª, que condena a las diversas Administraciones Sanitarias por mal funcionamiento de sus servicios (ello frente a lo sostenido en el *Voto particular* que propugna declarar la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa). Ha quedado, sin embargo, fuera del debate procesal la posible responsabilidad por daños derivados de la energía nuclear, que podrían exigirse, en su caso, al amparo de la Ley de 1964 y su Reglamento de 1967, aunque la demanda no los ha planteado. (G. G. C.)

**44. Culpa extracontractual: responsabilidad médica; doctrina general: no hay inversión de la carga de la prueba.**—Es doctrina de esta Sala que la obligación contractual o extracontractual del médico y, en general, del profesional sanitario, no es la de obtener en todo caso la recuperación

o sanidad del enfermo; o, lo que es lo mismo, no es la suya una obligación de resultado, sino de proporcionarle todos los cuidados que requiera según el estado de la ciencia, así como que en la conducta de los profesionales sanitarios queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba, estando a cargo del paciente la prueba de la culpa o negligencia correspondiente, en el sentido de que ha de dejar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico o quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción, o no sujeción, a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo (*lex artis ad hoc*).

**Ausencia de negligencia profesional.**—Se declara probado que en el tratamiento de un esguince de tobillo, producido en un accidente mientras conducía un ciclomotor, no es imputable a ninguno de los médicos codemandados, en la respectiva fase en que prestaron su asistencia profesional a la actora, negligencia alguna en su actuación, la cual se acomodó, en todo momento, a una correcta praxis médico-quirúrgica. (STS de 12 de marzo de 1999; no ha lugar.). (G. G. C.)

**45. Culpa contractual: falta de suministro de bombona de oxígeno: relación de causalidad.**—Es doctrina jurisprudencial que la suficiencia o deficiencia del elemento causal fijado en la sentencia como productor del daño, como cuestión de derecho que es, resulta susceptible de ser examinada en casación por el núm. 4.º del artículo 1692 LEC, y viene aplicándose el principio de la causalidad adecuada, que exige, para apreciar la culpa del agente, que el resultado sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente de la determinación de la voluntad; debiendo entenderse por consecuencia natural, aquella que propicia, entre el acto inicial y el resultado dañoso, una relación de necesidad conforme a los conocimientos aceptados, debiendo valorarse en cada caso concreto si el acto antecedente que se presenta como causa, tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive como consecuencia necesaria el efecto lesivo producido, no siendo suficientes las simples conjeturas o la existencia de datos fácticos que, por una mera coincidencia, induzcan a pensar en una posible interrelación de esos acontecimientos, sino que es preciso la existencia de una prueba terminante relativa al nexo del agente y la producción del daño, de tal manera que haga patente la culpabilidad que obliga a repararlo.

**Falta de prueba de la relación de causalidad.**—En autos no existe prueba pericial alguna que permita determinar cuál fue la causa que produjo la parada cardiorespiratoria, causa ésta genérica de la muerte, que puede ser debida a distintas y variadas causas; ni siquiera se ha aportado a los autos el historial clínico de la fallecida, no obstante haber estado la enferma ingresada hospitalariamente durante diez u once días en fechas inmediatamente anteriores a su fallecimiento, sin que en el momento de la asistencia domiciliaria realizada por el médico que recetó el oxígeno se le pudiera facilitar a éste por el actor las razones de su internamiento; no existe en autos prueba alguna que permita afirmar cuál fue la causa del repentino agravamiento de la enferma que, en tan pocas horas, condujo a su fallecimiento, ni de que tal agravamiento fuera consecuencia directa de no haberse podido suministrar oxígeno a la paciente. La sentencia recurrida establece el nexo causal a base de conjeturas fundadas en una simple sucesión temporal de los hechos, no en una indiscutible certeza probatoria. (STS de 6 de febrero de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—El actor, desde mayo de 1983, tenía una póliza de asistencia sanitaria con la demandada, que comprendía la atención tanto al demandante cuanto a su esposa, hallándose en diciembre de 1989 al corriente en el pago. El 10 de diciembre de 1989 solicitó el actor los servicios de urgencias, dadas las dificultades respiratorias de su esposa, acudiendo con celeridad un doctor que ya le había tratado con anterioridad y que, tras examinarla, constató que tenía una broncoconstricción y alguna mucosidad que originaba dificultad respiratoria, pero no juzgó su estado tan grave como para ser ingresada hospitalariamente, por lo que prescribió la continuación del tratamiento medicamentoso, que la enferma ya tenía establecido, adicionando oxígeno, solicitando a *Sanitas* el suministro urgente de una bombona. Esta entidad recibió el encargo, se le reiteró varias veces, pero no llegó a efectuarlo, falleciendo el mismo día por parada cardiorespiratoria. *Sanitas* alega que la responsabilidad debe residenciarse en la entidad con la que tiene contratado el suministro del producto. En la demanda dirigida contra *Sanitas* se reclamaban cincuenta millones de pesetas; el Juzgado de Primera Instancia núm. 50 de Madrid, otorgó cinco millones; la sección 11.ª de la Audiencia Provincial elevó la indemnización a diez millones. La sentencia extractada, al estimar el recurso de *Sanitas*, desestima íntegramente la demanda.

NOTA.—La absolución por falta de prueba, a que conduce la estimación del recurso interpuesto por *Sanitas*, no deja de causar insatisfacción. Moviéndonos en el ámbito de la responsabilidad contractual, dada la existencia de un contrato de asistencia médica suscrito por la entidad demandada, habría que matizar más de lo que hace la sentencia extractada. Hay un incumplimiento contractual indiscutible, frente al cual resulta inoperante que *Sanitas* trate de derivar su responsabilidad a la empresa suministradora de las bombonas de oxígeno. Tal responsabilidad no es esencialmente médica, a la que se aplica la *lex artis ad hoc*, sino la normal de una empresa de servicios sanitarios. La actuación del médico de urgencias sí que debe valorarse según el referido parámetro, de modo que no parece haberse probado, en el caso, haber incurrido en negligencia profesional. En cambio, el tajante rechazo que se hace en el 3.º FD de la doctrina de la *res ipsa loquitur* que utiliza la Audiencia Provincial, para estimar parcialmente la demanda, no parece convincente. Por otra parte, bajo la perspectiva de que los servicios sanitarios afectan a los derechos fundamentales de la persona, cabría plantear la responsabilidad objetiva de la Ley de Consumidores. (G. G. C.)

**46. Culpa extracontractual: negligencia profesional del abogado: falta de asesoramiento sobre ejercicio de acciones civiles: incumplimiento de obligaciones impuestas en el Estatuto General de la Abogacía.**—Aun cuando no constase que el Letrado demandado hubiese asumido una obligación genérica de defender los intereses del matrimonio actor en toda clase de procedimientos, al haber sido designado en un apoderamiento *apud acta* en punto a la defensa en las concretas diligencias penales en que decidieron personarse, no cabe duda que en la carta que les dirige después de acordarse el sobreseimiento de las diligencias penales, no debió haberse limitado a aconsejar que no merecía la pena recurrir dicho auto, sino que, en buena técnica

jurídica y en cumplimiento del deber de confianza que en él habían depositado sus clientes, y a tenor de la diligencia correspondiente al buen padre de familia del artículo 1104 CC, tendría que haberse extendido el consejo a las posibilidades de defensa de una reclamación en el orden civil por culpa contractual o extracontractual, y a la conveniencia de mantener una entrevista inmediata con el matrimonio para explicarles con detalle el alcance y significado de tales posibilidades; proceder, el así indicado, que se habría acomodado al correcto y normal cumplimiento de las obligaciones deontológicas inherentes al ejercicio de la Abogacía rectamente entendida; sin que sea factible exculpar el proceder enjuiciado por la circunstancia de que los clientes no hubieran solicitado al Sr. Letrado les informase acerca de otras posibilidades, y de que en entrevista muy posterior les indicase «que quedaba la acción civil», pues estas circunstancias carecen de relevancia para desvirtuar la omisión inicial en que se incurrió en la primera carta.

**Indemnización del daño moral.**—El descrito comportamiento del Sr. Letrado demandado supuso un quebrantamiento, por vía omisiva, de los deberes y obligaciones profesionales que le incumbían, y que le eran exigibles a tenor del artículo 9 del Estatuto de la Abogacía, así como de los concretos deberes reseñados en los artículos 53 y 54 de aquél, en una interpretación lógica y racional de los mismos, siendo indudable que ello representó una conducta negligente por omisión, comprendida tanto en el artículo 1101 CC como, especialmente, en el 1902 CC, y 102 del repetido Estatuto, y susceptible de originar un daño de índole moral a los actores recurrentes, sin que semejante reparación deba hacerse extensiva a otros daños de distinta naturaleza, cuya cuantía se estima por la Sala, obrando con criterios razonables y prudenciales, fijarla en la cuantía de quinientas mil pesetas incrementada con los intereses legales desde la fecha de la presente resolución, condenando igualmente a la Compañía de Seguros demandada. **(STS de 14 de mayo de 1999; ha lugar.)**

**HECHOS.**—El hijo de los recurrentes de diecisiete años de edad falleció el 13 de julio de 1991 en la piscina municipal de un pueblo burgalés; al Letrado demandado se le encomienda la defensa de los intereses de aquéllos en las Diligencias penales instruídas, solicitando en las mismas determinadas actuaciones; el 31 de enero de 1992 se dicta Auto acordando el archivo de las Diligencias, y en carta de 6 de febrero del mismo año el Letrado comunica a los recurrentes que, a la vista de las pruebas practicadas, no hay responsabilidad penal alguna, no mereciendo la pena recurrir el Auto. Cuando los actores logran una entrevista personal con el demandado, ha prescrito la acción del artículo 1902 CC.

**NOTA.**—En los últimos años se reiteran las demandas contra Letrados en ejercicio por supuesta negligencia profesional y, concretamente, por haber dejado transcurrir el tiempo para ejercitar la acción o agotado el plazo para recurrir sentencias desfavorables. En esta delicada materia la Sala 1.<sup>a</sup> se encuentra aprisionada entre Scila y Caribdis, sin que parezcan satisfactorias las diversas soluciones intentadas. Igual que ocurre con los médicos, los Abogados sólo asumen normalmente una obligación de medios, de modo que el fracaso de las demandas que interponen en nombre de sus clientes no arguye, sin más, negligencia profesional por su parte. La experiencia muestra, sin embargo, que a veces las demandas fracasan

por culpa del Letrado director; pero no será fácil demostrar aquélla. La inactividad procesal, no justificada, induce a presumir negligencia. De hecho, varias reclamaciones contra Letrados en ejercicio han tenido recientemente éxito ante la Sala 1.ª. Pero, a diferencia de lo que sucede con la negligencia médica, cuyos resultados son fácilmente evaluables, en nuestro caso, probada la culpa profesional, surge el gravísimo problema de fijar la cuantía de la indemnización. El cliente ha sufrido un perjuicio, pero resulta extraordinariamente dificultoso cuantificarlo; desde luego, no es posible asegurar que la actuación diligente del Letrado hubiera conducido al éxito, de aquí que el daño indemnizable no puede hacerse equivalente a lo reclamado judicialmente, por más que ciertos indicios puedan inducir vehementemente a ello. En el presente caso, decir que los recurrentes han experimentado exclusivamente un daño moral por la actuación negligente de su Letrado, deja insatisfecho, aunque no resulta fácil proponer otra alternativa; los recurrentes han perdido la posibilidad legal de reclamar con base en el artículo 1902 CC una indemnización a los eventuales responsables de la muerte de su hijo en una piscina pública. Sorprende, por otra parte, que se prescinda de la posibilidad de ejercitar una acción contractual, todavía no prescrita, pues se supone que el acceso a la piscina no era gratuito. (G. G. C.)

**47. Culpa extracontractual: muerte de obrero al caer de andamio: ausencia de medidas de seguridad.**—El andamio en que se hallaba la víctima no tenía las barandillas, rodapiés y elementos de seguridad indispensables para evitar el deslizamiento de los trabajadores, materiales o herramientas, incumplándose las medidas de seguridad, con violación de preceptos reglamentarios, originando la caída del andamio y la muerte del obrero en el caso.

**Responsabilidad solidaria: ausencia de litisconsorcio pasivo necesario.**—La responsabilidad por acto ilícito, del encargado de la obra, del aparejador y de la empresa constructora, es solidariamente pasiva, por lo cual el acreedor puede accionar contra todos o algunos de los posibles deudores (art. 1144 CC), lo cual impide la posibilidad de apreciar litisconsorcio pasivo necesario.

**Responsabilidad del encargado de la obra.**—Desempeña la función de control de la obra, actuando por cuenta de la empresa, e incurre, si procede, en *culpa in vigilando*, como en el presente caso.

**Responsabilidad del aparejador.**—Deriva de que los andamios carentes de las medidas de seguridad habían sido instalados bajo la dirección y supervisión del mismo.

**Responsabilidad de la empresa.**—Se basa en el artículo 1903, párrafo 4.º, CC es responsabilidad objetiva, fundada en el riesgo, basada en la culpa *in vigilando* o *in eligendo*, originando la obligación de reparar el daño, de forma directa y solidaria con los causantes del mismo. (STS de 17 de febrero de 1999; no ha lugar.)

NOTA.—Los hechos ocurren en 1988, y en ambas instancias la sentencia fue condenatoria. Por razón de la fecha del accidente, no hay duda sobre la pertinente aplicación de la tradicional doctrina sobre competencia de la jurisdicción civil en la materia. (G. G. C.)

**48. Responsabilidad extracontractual: lesiones por caída de menor en centro docente: caso fortuito.**—La tendencia jurisprudencial hacia una objetivación de la culpa extracontractual mediante los mecanismos de la carga de la prueba, de presunción de culpa en el agente o de la teoría del riesgo, no excluye de manera total y absoluta el esencial elemento psicológico o culpabilístico, como inexcusable ingrediente integrador, atenuado pero no suprimido, de la responsabilidad por culpa extracontractual, de tal modo que si de la prueba practicada en el proceso, con inversión o sin ella, aparece plenamente acreditado que, en la producción del evento dañoso, por muy lamentable que sea, no intervino absolutamente ninguna culpa por parte de aquellos a quienes se les imputa, sino que el mismo fue debido exclusivamente a un imprevisible acaecimiento de caso fortuito, ha de excluirse la responsabilidad de dichos supuestos agentes (o de la entidad que los tiene asegurados), siendo éste el supuesto litigioso aquí contemplado, en el que aparece probado que la caída del menor lesionado, de diez años de edad, se produjo única y exclusivamente como consecuencia de los juegos normales en chicos de esa edad, sin intervención de ningún factor extraño o peligroso, que pudiera evidenciar la falta de la debida vigilancia por parte de sus cuidadores, cuya caída, en tales circunstancias, ha de ser conceptuada necesariamente como un evidente caso fortuito. (STS de 8 de marzo de 1999; no ha lugar.)

NOTA.—Ha sido oportuno, en este supuesto, el recordatorio, en la sentencia, de la conocida evolución jurisprudencial de la responsabilidad *ex* artículo 1902 CC (Pte. Morales Morales), otras veces aquí criticado por innecesario; antes al contrario, resulta muy conveniente recordar a los litigantes que no basta con invocar aquella doctrina jurisprudencial para obtener éxito. En el presente caso, los alumnos disfrutaban del recreo en un recinto cerrado del Colegio por causa del mal tiempo, y la caída del menor ocurre como consecuencia del juego normal (¿quién logra, en ese momento mágico del asueto, mantener inactivo a un grupo de escolares menores de diez años?); las lesiones parecen de cierta consideración (acortamiento del fémur, que precisará ulteriormente intervención quirúrgica); pero los padres no aportan prueba alguna que induzca a pensar en conducta negligente del Colegio o del profesor encargado del recreo, ni tampoco por parte de cualquier otro alumno. No es suficiente, insisto, con ampararse en la conocida doctrina jurisprudencial para lograr una sentencia condenatoria por culpa extracontractual. (G. G. C.)

**49. Responsabilidad médica; responsabilidad civil de la Administración hospitalaria por contagio de hepatitis C mediante transmisión sanguínea: doctrina general.**—Aunque las pruebas de detección del virus de la hepatitis C no eran exigibles sino desde la Orden de 3 de octubre de 1990, esta circunstancia no exonera de responsabilidad al INSALUD ya que, a partir de la primavera del año 1989, no sólo en el espacio científico, sino también en el de la opinión pública, se conocía la gravedad de la hepatitis C, así como las fuentes de contagio, entre las que se encontraba la transfusión de sangre infectada efectuada en centros hospitalarios, lo que nos lleva, por la vía de la responsabilidad patrimonial cuasi-objetiva, derivada de actos dañosos efectuados por la Administración Pública a través de sus autoridades y demás personal, a proclamar la responsabilidad de la recurrente, toda vez

que, si bien se trata de un evento anterior a 1990, la graduación de los conocimientos sobre la enfermedad y los cuidados para evitar tal infección están dentro del riesgo que configura la responsabilidad cuasi-objetiva, que contempla y debe producir todos sus efectos indemnizatorios (STS de 28 de diciembre de 1998).

**Aplicación de la LGDCU.**—En el presente caso es perfectamente aplicable lo dispuesto en los artículos 25, 26 y 28, apartados 1 y 2, LGDCU de 1984, que establecen el derecho de consumidores y usuarios de productos farmacéuticos y servicios sanitarios a ser indemnizados por parte de quienes suministran o facilitan los mismos; normas vigentes al ocurrir los hechos, y hoy modificadas y enriquecidas por la Ley de 1994 sobre responsabilidad civil por los daños causados por los productos defectuosos. (STS de 9 de marzo de 1999; no ha lugar.). (G. G. C.)

**50. Responsabilidad civil de Jueces y Magistrados: doctrina general: no es simple error judicial, ni deficiente o anormal funcionamiento de la Administración de Justicia.**—La responsabilidad civil de Jueces y Magistrados, mal llamada *recurso*, que establecen los artículos 903 ss. LEC y los artículos 16.1 y 411 a 413 LOPJ, por consecuencia del ejercicio de sus funciones cuando hubieren incurrido en dolo o culpa y asimismo por negligencia o ignorancia inexcusable, no es un derecho abstracto, inalcanzable para los ciudadanos; al contrario, es del todo conveniente su exigencia, y ha de potenciarse, pero dentro de los estrictos presupuestos legales y con acatamiento a las condiciones de procedibilidad que la normativa legal establece, a fin de evitar abusos, lo que sería efecto contrario tan discordante con la Justicia, como su indebido y desviado ejercicio (STS de 19 de febrero de 1994). Para que proceda tal responsabilidad la infracción ha de ser calificable como manifiesta para que sea cohonestable con la voluntad negligente o la ignorancia inexcusable, a que alude el artículo 903 LEC, pues de otra suerte solamente podría conceptuarse como simple error judicial, o deficiente o anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, como lo designan los artículos 121 CE, 41 LRJAE y 292 LOPJ, en cuyo caso es el Estado, y no el Juez o Magistrado personalmente, el que asume la responsabilidad inherente (STS de 23 de septiembre de 1994). En el caso no se dan estos caracteres, pues el Juez no ha cometido ninguna infracción, sino simplemente ha adoptado un criterio interpretativo discutible, incluso erróneo, que no configura la concreción de dicha responsabilidad. (STS de 9 de febrero de 1999; ha lugar.)

NOTA.—No parece pertinente que la sentencia que resuelve esta delicada materia discurra sobre aspectos de política jurídica en orden a la responsabilidad civil de los miembros de la carrera judicial. En efecto, leer que esta responsabilidad ha de *potenciarse* resulta poco coherente con la indudable restricción con que la legislación afronta el tema, y el criterio igualmente restrictivo con que se interpreta dicha normativa por la jurisprudencia del TS. En el presente caso no hay, desde luego, asomo de actuación dolosa o culposa del Magistrado-Juez de 1.<sup>a</sup> Instancia, que interviene en un proceso matrimonial, al negarse a resolver sobre medidas provisionales instadas por una parte legítima, hasta la resolución del procedimiento principal. La Audiencia Provincial calificó de *torpe* el proceder de aquél, y le condenó a indemnizar la suma de 250.000 pesetas. El TS (en ponencia de Almagro Nosete) estima el recurso al consi-



derar que el demandado ha adoptado un criterio interpretativo discutible, incluso erróneo, pero no incidente en responsabilidad. (G. G. C.)

## DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

**51. Normas aplicables a la comunidad de bienes.**—...en el juego de sus pretensiones olvidan el carácter subsidiario que tienen todos los artículos del Código civil relativos a la comunidad de bienes. Y dicha subsidiariedad es básica, es tan importante que todos los artículos que sirven de apoyatura al recurso (394, 397 y 398 CC) darán el triunfo a sus pretensiones siempre que no se opongan, que no contradigan a las disposiciones de aplicación prevalente. El orden jerárquico aplicable a la comunidad de bienes está establecido con meridiana claridad en el artículo 392, párrafo 2.º, CC: «A falta de contratos o de disposiciones especiales, se regirá la comunidad por las prescripciones de este título». La consecuencia es clara: en primer lugar hay que aplicar las cláusulas del contrato siempre que no sean contrarias a las leyes, a la moral ni al orden público (art. 1255).

¿Puede haber algún tipo de despropósito en situar en el orden jerárquico del juego de las normas disposiciones especiales por las que se rigen algunos tipos de comunidad (el Código civil...) a la voluntad de los particulares? No. Porque es el básico cuerpo legal el que otorga cariz normativo, en ciertos casos, al interés de los contratantes. La proclamación más explícita al respecto se contiene en el artículo 1091 CC: «Las obligaciones que nacen de los *contratos* tienen *fuerza de ley* entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos».

La solución es clara: si la comunidad de bienes surge en virtud de un *contrato* expreso (es decir, si no se trata de una comunidad incidental, que surge *ex lege*, como la comunidad hereditaria p. ej.) la primera *ley* aplicable a esa comunidad la constituyen los pactos contractuales; la segunda, las disposiciones especiales, si las hay, y la tercera (y subsidiaria) los artículos 392 y ss. CC.

**Los acuerdos de la mayoría son obligatorios para la administración y mejor disfrute de la cosa común (art. 398 CC) siempre que no contradigan las reglas constitucionales, que son prevalentes sobre el articulado del Código civil (art. 392).**—El pacto convencional contiene una exigencia sucinta: la franja de dos metros de ancha tiene una finalidad: ofrecer un servicio de entrada común a la parte trasera de las respectivas fincas. Ningún acuerdo ulterior (salvo en el supuesto de unanimidad de todos los comuneros actuales, cosa que no ocurre en el supuesto debatido) puede válidamente modificar esta función de servir como entrada a la parte trasera de todas las unidades tectónicas que constituyen la comunidad en el presente.

Los recurrentes, al plantear la inicial demanda, impetraron el cumplimiento de unos acuerdos adoptados por una mayoría muy reforzada, de conformidad con el artículo 398 CC, por cuanto concentraban el 89,480% de las cuotas de la comunidad. Estos acuerdos eran: *a)* Que la puerta de acceso sólo se abra para dar entrada a las diferentes propiedades, permaneciendo cerrada el resto del día. *b)* Que sobre el portón de acceso no se coloque ningún anuncio, ni tampoco sobre el resto del cierre. *c)* Que el uso del acceso se reserve a favor de los vecinos propietarios. Estos acuerdos eran congruentes con el artículo 398 CC, al ser adoptados por una mayoría muy reforzada y referirse a

actos de administración y disfrute de la cosa común. Pero no dejaban de colisionar con el pacto creador de la comunidad, al menos en algunos matices, ya que el contrato privado establecía la creación de la franja de dos metros para que sirviera de servicio común de entrada de los dos inmuebles limítrofes, sin limitar la utilización a nadie que tuviera derecho en función de la titularidad de los edificios colindantes, ni imponer cortapisas publicitarias.

Se impone pues reconducir el acuerdo mayoritario dentro de los cauces que permite el documento constitutivo de la comunidad, por lo cual es preciso modalizar la sentencia de primera instancia en el sentido de que la puerta de acceso se abrirá en cada ocasión en que cualquier propietario comunero quiera acceder a la parte trasera de las fincas, permitiendo también el acceso puntual a los clientes de la industria de reparación de motos, con análoga obligación de cierre en cada oportunidad en que accedan al inmueble. Por no estar prohibido en la regla constitucional deberá admitirse la posible colocación de una placa publicitaria de tamaño discreto, como las que utilizaron los diferentes profesionales. (STS de 1 de marzo de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—Los actores (representantes en un 89,480% de la comunidad de bienes convencionalmente constituida) interponen demanda contra los restantes comuneros. Solicitan del Juzgado la declaración de conformidad a derecho de determinados acuerdos relativos al disfrute de la cosa común —dos fajas de terreno unidas con el fin de facilitar el acceso a dos fincas distintas— y la condena a los demandados a estar y pasar por ellos. El Juzgado estima la demanda. Se acoge el recurso de apelación promovido por los demandados. Ha lugar al recurso de casación interpuesto por los actores. (R. G. S.)

**52. Procede ejercitar la *actio communi dividundo* para extinguir la situación en que se encuentran los herederos a quienes se han adjudicado los bienes hereditarios por cuotas indivisas.**—Son hechos probados e incontrovertidos, en el sentido de ser admitidos por todas las partes de la presente contienda judicial, que la que fue herencia yacente de los padres de dichas partes —cuatro hermanos— ha sido aceptada expresamente, que además ha sido inventariada —seis fincas—, y que de toda conformidad, los mismos, han procedido a su partición y división, adjudicándose cada uno de ellos una cuarta parte indivisa de los bienes de la misma.

Con base a todo lo anterior se ha de afirmar que ha existido una comunidad de la que surge una *actio communi dividundo* que representa un derecho indiscutible e incondicional para cualquier copropietario, y que es de tal naturaleza que su ejercicio no está sometido a circunstancia obstativa alguna (S de 5 de junio de 1998).

Por ello se ha de decir que tal acción es susceptible de ejercitarse por el cauce procesal del juicio ordinario declarativo de menor cuantía, que es lo que ha hecho correctamente la parte recurrente en el presente caso, pues dada su posición de comunera copropietaria, derivada de una aceptación y adjudicación espiritual de unos bienes hereditarios, no necesita para nada el cauce del juicio universal de testamentaría para tal ejercicio; pues no se puede olvidar que lo que se ejercita es la ya mencionada *actio communi dividundo* y no la *actio familia erciscudae*, que sólo puede ejercerse a través del ya mencionado juicio universal, pero siempre que la herencia no haya sido dividida, que, como se ha dicho y visto, no es el actual caso.

Pero sobre todo hay que tener en cuenta con carácter general y como aplicación del principio *pro actione* y del de la tutela judicial, que no es un óbice grave el utilizar un cauce procesal garantista —como es el juicio ordinario declarativo—, obviando un juicio universal específico que normalmente y dada la posición de las partes en esta *litis* desembocaría en el mencionado juicio declarativo ordinario. (STS de 8 de marzo de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—Hecha la partición y división de la herencia yacente de sus padres, se adjudica cada uno de los cuatro hermanos la cuarta parte indivisa de las seis fincas que la componen. Dos de los hermanos solicitan la disolución de la comunidad de bienes. Se desestima su demanda por inadecuación del procedimiento seguido. Se desestima igualmente el recurso de apelación. Ha lugar al recurso de casación promovido por las actoras. (R. G. S.)

**53. Distinción entre la portería como elemento común del edificio y el servicio de portería prestado por persona física: clase de acuerdo a adoptar en cada caso.**—El *quid* de la presente contienda judicial se centra en dirimir si es necesario o no el acuerdo unánime de los copropietarios de la Comunidad de propietarios de la calle... (o simplemente mayoritario) para la supresión del servicio de portería, entendiendo por tal el servicio prestado por una persona física que ejerza las funciones propias tradicionalmente de aquel servicio.

La referida cuestión aparece solucionada con lo que se dice en la sentencia de esta Sala, de 26 de febrero de 1996, en la que se alegan, además, como precedentes colaterales las SS de 3 de junio de 1984 y 16 de julio de 1992.

Efectivamente, en dicha resolución se distinguen claramente dos aspectos relacionados con el término portería, como son: *a)* La portería como elemento físico del inmueble que se ha de enclavar dentro de los «elementos comunes» especificados en el artículo 396 CC en función del concepto principal «elementos del edificio», y *b)* El servicio de portería, que, como se ha dicho, es el que presta una persona física que ejerce las funciones propias del mismo, como es el de vigilancia y atención, información, retirada de basuras, recogida de correspondencia...

Pues bien, dentro del primer aspecto, modificar el elemento de portería, en el sentido de vender la superficie destinada a ese fin o arrendarla, o darla cualquier otro destino diferente, hay que afirmar y es indudable que se necesita unanimidad de los componentes de la junta de propietarios para ello. Sin embargo, la supresión del servicio de portería y/o su sustitución por otro (conserjería, «portero eléctrico», «video portero») no requerirá más que la simple mayoría de tal junta. (STS de 6 de marzo de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—La actora impugna la validez del acuerdo mayoritario de la Comunidad de propietarios por el que se suprime el servicio de portería. La demanda es desestimada. No así la apelación, declarando la Audiencia la nulidad del acuerdo. Ha lugar al recurso de casación que interpone la Comunidad de propietarios. (R. G. S.)

**54. Acciones declarativa y reivindicatoria del dominio: requisitos e intereses tutelados.**—La acción declarativa del dominio exige para su viabilidad la concurrencia de todos los requisitos requeridos para la reivindicatoria, excepción hecha de que el demandado sea poseedor: como dice la S de 8 de

noviembre de 1994, «este tipo de pretensiones [las de las acciones mero (*sic*) declarativas] no intentan la condena del adversario, sino que se declare por medio de sentencia la existencia de una determinada relación de derecho puesta en duda o disentida; no buscan, por ello, la obtención actual de cumplimiento coercitivo del derecho, sino la puesta en claro del mismo. No obstante, su ámbito es restringido pues de la acción declarativa sólo puede valerse quien tiene necesidad especial para ello; debe existir la duda o controversia y una necesidad de tutela, de manera que el interés del demandante desaparece si no hay inseguridad jurídica, la parte contraria no se opone al derecho». En el presente caso, la Administración Pública demandada en ningún momento ha puesto en duda o controvertido el derecho dominical de la actora sobre las fincas a las que se refieren los títulos aportados con la demanda; no se da, por tanto, esa inseguridad jurídica que, nacida de la puesta en cuestión del derecho, hace necesaria la demanda de tutela frente a quien disiente o niega aquél. Siendo el verdadero objeto de la controversia existente entre las partes si se ha producido o no una invasión y consiguiente despojo de parte de las fincas de la actora por la Administración demandada, su pretensión de defensa de su derecho de propiedad queda suficientemente satisfecha mediante la acción reivindicatoria, acumulativamente ejercitada, sin que sea necesario el ejercicio de la acción declarativa del dominio de la totalidad de las fincas, que, se repite, no ha sido puesto en duda por la demandada.

**Requisito de identificación de la finca a efectos del ejercicio de la acción reivindicatoria.**—Es doctrina reiterada de esta Sala la de que la identificación de la finca ha de hacerse de forma que no ofrezca duda cuál sea la que se reclama, fijando con la debida precisión su cabida, situación y linderos y demostrando con cumplida probanza, que el predio reclamado es aquel al que se refieren los títulos y demás medios en que el actor funde su derecho, identificación que exige un juicio comparativo entre la finca real contemplada y la que consta en los títulos, lo que como cuestión de hecho, es de la soberana apreciación del Tribunal de Instancia.

**Principios hipotecarios: exactitud, legitimación y fe pública registral.**—Es jurisprudencia reiterada que el principio de exactitud registral contiene una presunción *iuris tantum*, por lo que puede ser destruida mediante prueba en contrario. Consecuencia de ello es que los asientos practicados en el Registro conllevan una presunción de exactitud hasta que se demuestre o acredite en debida forma su discordancia con la realidad extrarregistral, dado que dichos Registros carecen de una base física fehaciente en cuanto lo cierto es que reposan sobre las manifestaciones de los otorgantes, razón por la cual el instituto registral no puede responder de la exactitud de las circunstancias y datos fácticos ni por consiguiente de los relativos a las fincas; asimismo se declara en S de 26 de abril de 1986 que «el principio de legitimación, que presume la existencia de los derechos inscritos, tal y como constan en el asiento y su posesión, no es aplicable cuando intenta oponerse a una titularidad de dominio público, pues ésta es inatacable aunque no figure en el Registro de la Propiedad, puesto que no nace del tráfico jurídico base del Registro, sino de la ley y es protegible frente a los asientos registrales e incluso frente a la posesión continuada.

(...) la fe pública registral opera en relación a la titularidad, extensión y existencia de los derechos reales inscritos, pero no cubre los datos o circunstancias de mero hecho que consten en el Registro o que sirvan de soporte material a los derechos inscritos, por lo que éste no responde de que sean

exactos los datos descritos de la finca inmatriculada. (STS de 5 de febrero de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—*Monte Vida, S.A.* interpone demanda contra la Agencia Regional del Medio Ambiente y Naturaleza de la Comunidad de Murcia solicitando se declare su pleno dominio sobre las fincas que relaciona, con levantamiento de los mojones colocados por la demandada y pago de la indemnización de los daños y perjuicios causados. La sentencia que se recurre, confirmatoria de la de primera instancia, desestima la demanda. No ha lugar al recurso de casación promovido por *Monte Vida, S.A.* (R. G. S.)

**55. Acción declarativa del dominio: alcance de la exigencia de petición previa de cancelación o nulidad del asiento registral contradictorio (art. 38.2 LH).**—Siendo cierta la doctrina jurisprudencial recogida en las sentencias que expresamente se citan en el motivo, la misma se encuentra actualmente superada, pues, como dice la S de 16 de julio de 1997, en todo caso debe advertirse que una reiteradísima jurisprudencia ha manifestado la dureza de esta norma y permite que, aun no pidiéndose, se admita y estime la demanda, sin perjuicio de que en ejecución de sentencia se ponga el Registro en consonancia con lo declarado en la sentencia. Así, SS de 23 y 26 de enero, 24 de abril y 3 de junio de 1989, 18 de octubre de 1991, 1 de diciembre de 1995; esta última es elocuente, dice en su fundamento 6.º, la más reciente y ya consolidada doctrina de esta Sala, matizando las consecuencias en la esfera del proceso del principio de legitimación registral, tiene declarado que, superando una interpretación rigorista del precepto contenido en el párrafo segundo del artículo 38 LH, que exigía el ejercicio previo o, al menos coetáneo con la acción contradictoria del dominio inscrito, de la acción dirigida a obtener la cancelación o nulidad del asiento registral, se pasa a la actual, más acertada en el plano hermenéutico jurídico-social y flexibilizadora del tráfico jurídico, estableciendo que el hecho de haber ejercitado el actor una acción contradictoria del dominio que figura inscrito a nombre de otro en el Registro de la Propiedad, sin solicitar nominal y específicamente la nulidad o cancelación del asiento contradictorio, lleva claramente implícita esa petición y no puede ser causa de que se deniegue la formulada respecto a la titularidad dominical. Lo cual es reiterado en la de 18 de marzo de 1997, en cuyo fundamento cuarto, *in fine*, afirma: no es esencial el requisito de pedir la anulación de los asientos contrarios a lo pedido.

**Usucapión *secundum tabulas*.**—Dice la S de 24 de mayo de 1991 que «el artículo 35 LH en cuanto previene que, a los efectos de la prescripción adquisitiva del titular inscrito, se presumirá que aquél ha poseído pública, pacífica, ininterrumpidamente y de buena fe durante el tiempo de vigencia de su asiento y de los antecesores de quienes traiga causa, puesto que tal presunción es *iuris tantum*, es decir, con la finalidad de facilitar o favorecer la usucapión que extrarregistralmente opere el titular inscrito, suministrando a éste un *ius-tus titulus* o *iusta causa usucapionis*, consistente en la inscripción misma, lo que determina que si se acredita que no cumple extrarregistralmente las condiciones necesarias para originar prescripción ordinaria de nada servirá el Registro». (STS de 26 de febrero de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—La sentencia recurrida en casación confirma la de primera instancia que estimó íntegramente la demanda formulada

por los actores (recurridos en la casación). La resolución declaró la propiedad indivisa y por partes iguales de parte actora y demandado y la obligación del demandado de rendir cuentas de su gestión sobre tales bienes en concepto de mandatario, condenando además a éste al abono de la cantidad resultante de la rendición de cuentas. No ha lugar al recurso de casación interpuesto por el demandado en la instancia. (R. G. S.)

**56. Eficacia en el proceso del principio de legitimación registral: artículo 38.2 LH.**—Esta norma hipotecaria consagra el principio de legitimación procesal (*sic*), que se engloba en la presunción de exactitud registral y que es la llamada eficacia defensiva de la inscripción, cuya eficacia es sustantiva y procesal; esta eficacia procesal se traduce, entre otras, en que no cabe que se dicte una sentencia en un proceso relativo a un derecho real inscrito, que provoque una contradicción con el Registro de la Propiedad, el cual se presume exacto si no se acredita lo contrario (art. 1.3.º LH); si se dicta tal sentencia contradictoria con el Registro, debe corregirse éste, lo cual —en virtud del principio dispositivo que rige el proceso civil— debe pedirse en la demanda y si no se hace, no se admite o se desestima la demanda, tal como dispone el artículo 38, párrafo segundo, LH. Sin embargo, una reiteradísima jurisprudencia ha mitigado el rigor de esta norma y se entiende que, aunque no se pida, se debe admitir y se puede estimar la demanda y, en ejecución de sentencia, se pondrá en consonancia lo declarado en ésta con el contenido del Registro; así, SS de 23 y 26 de enero, 24 de abril y 3 de junio de 1989, 18 de octubre de 1991, 1 de diciembre de 1995, 18 de marzo y 16 de julio de 1997.

**Una atribución testamentaria no basta para que el heredero se declare propietario.**—La acción declarativa de dominio que ejerce el demandante adolece de la falta del presupuesto básico del título dominical. «El testamento por sí solo no es suficiente para justificar la adquisición de bienes determinados de la herencia, mientras no se haga la liquidación de la misma y, por consecuencia de ella, la partición y adjudicación a cada interesado de su parte correspondiente»... dice la S de 5 de noviembre de 1992, que recoge una reiterada doctrina jurisprudencial; «hasta que no se efectúa la partición por cualquiera de los modos admitidos en Derecho no adquieren los herederos la propiedad exclusiva»... añade la de 31 de enero de 1994. El demandante, pues, no tiene título de propiedad para pretender la declaración de dominio de una vivienda, pues sólo tiene un derecho abstracto al 35 por ciento del contenido de la herencia, sin que por la partición y adjudicación se haya especificado aquél, en el sentido de determinarlo en bienes o derechos concretos, es decir, al demandante no se le ha sustituido el derecho abstracto sobre una cuota de la comunidad, por un derecho sobre bienes o derechos determinados. Tal como dice el artículo 1068 CC, «la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados»; lo que recalca la S de 16 de mayo de 1991 en el sentido de que, como dice literalmente, «una atribución en el testamento no basta para que el heredero se declare propietario».

**Accesión inmobiliaria en suelo ajeno con materiales propios y buena fe.**—Tampoco el demandante tiene derecho a una declaración de propiedad en su 35 por ciento hereditario por otra razón. La vivienda unifamiliar a que se refiere el *petitum* de la demanda no fue propiedad del causante; tal como declara probado la sentencia de instancia, éste edificó a su costa una vivienda

en terreno propiedad de los cónyuges demandados, la cual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 358 CC y el principio romano *superficies solo cedit*, pertenece al dueño del terreno, es decir de los demandados, no del causante del demandante. Partiendo de este principio, debe aplicarse el artículo 361 CC, la accesión inmobiliaria en suelo ajeno con materiales propios, que da opción al dueño (los demandados en este caso) a hacer suya la edificación pagando una indemnización o bien evitar la accesión, obligando al que edificó (o a sus herederos) a pagarle el precio del terreno. Para lo cual es precisa buena fe y ésta existe cuando se construye con la aquiescencia y beneplácito del dueño del terreno (que es el caso presente). Cuando se produce esa situación, el dueño (los dueños, los cónyuges demandados) no adquiere automáticamente la propiedad del todo resultante de la edificación y el terreno, sino que tiene un derecho potestativo que le permite optar entre hacer suyo el todo resultante –terreno y obra– previo pago de indemnización u obligar al que edificó a pagarle el precio del terreno: en este sentido es muy reiterada la doctrina jurisprudencial desde la S de 2 de enero de 1928, que dijo que mientras no tuviera efecto la indemnización, «no ostenta el dueño del predio el dominio de lo edificado, sembrado o plantado...», cuya doctrina de no adquisición automática de lo edificado la han reiterado numerosas sentencias: 4 de julio de 1928, 12 de mayo de 1930, 23 de marzo de 1943, 21 de diciembre de 1945, 18 de marzo de 1948, 17 de diciembre de 1957, 2 de diciembre de 1960, 17 de junio de 1971, 14 de junio de 1976, 20 de mayo de 1977, 15 de junio de 1981, 11 de junio de 1985, 24 de enero de 1986, 31 de diciembre de 1987, 17 de febrero de 1992. Por todo ello, el demandante no tiene derecho a un 35 por ciento de la vivienda, sino que los demandados tienen el derecho potestativo a que se ha hecho referencia, cuyo ejercicio no ha sido solicitado por el demandante. (STS de 15 de febrero de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—El padre del actor falleció instituyendo cuatro herederos en partes desiguales. Tres transigieron sus derechos hereditarios. El cuarto formula demanda en la que interesa: 1) la declaración de que es heredero testado en la proporción de un 35 por ciento, 2) la declaración de inoficiosidad de determinadas donaciones, 3) declaración de su propiedad en un 35 por ciento de la vivienda construida por el causante en terreno de los esposos demandados y 4) reclamación de determinada cantidad. Son demandados una sobrina del causante, su marido e hijos. El Juzgado desestima la demanda por entender, sobre todo, que es imposible determinar en qué grado pudo lesionarse la legítima del demandante. La Audiencia revoca la resolución de instancia y declara lo interesado. Interponen recurso de casación los demandados. Ha lugar. (R. G. S.)

**57. El ejercicio de una acción contradictoria del dominio inscrito a favor de persona distinta en el Registro de la Propiedad lleva implícita la petición de nulidad y cancelación del asiento correspondiente: artículo 38.2 LH.**—Con mención al contenido del motivo, corresponde indicar, de una parte, que la actual posición jurisprudencial supera la rígida interpretación del artículo 38, párrafo segundo, y admite otra más flexible y ajustada al tráfico jurídico, con la indicación de que el hecho de haberse ejercitado una acción contradictoria del dominio, que figura inscrito a nombre de otro en el Registro de la Propiedad, lleva implícita la petición de nulidad y cancelación

del asiento contradictorio (SSTS de 5 de mayo y 6 de junio de 1991 y 6 de marzo de 1992). (STS de 1 de febrero de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—La actora demanda a su hermano interesando del Juzgado declaración en el sentido de que éste deje libres y a disposición de la demandante determinadas fincas, como de su propiedad y de que el importe de la expropiación de otros predios —expropiación entendida con el demandado— corresponde a la actora. El Juzgado no entra en el fondo de la cuestión y absuelve al demandado de los citados pedimentos. La Audiencia revoca la sentencia del Tribunal inferior estimando parcialmente la demanda. No ha lugar al recurso de casación que interpone el demandado. (R. G. S.)

**58. Inidoneidad de la Ley de Costas para fundamentar el recurso de casación civil.**—... sólo cabe fundamentar el recurso de casación en la infracción de normas de derecho privado —civiles y mercantiles— con categoría de ley, o asimiladas a las leyes (aparte de otras, SSTS de 21 de enero y 30 de septiembre de 1991 y 23 de noviembre de 1994), pues la posibilidad de invocar disposiciones de rango no civil queda reducida a casos en que tales normas tengan una civil como cobertura o estén íntimamente relacionadas. En este caso, la recurrente llama al artículo 6 de la Ley de Costas de 26 de abril de 1969, que es un precepto que se refiere a la realización por el Ministerio de Obras Públicas de un deslinde por el procedimiento administrativo; este artículo, de naturaleza marcadamente administrativa, se compone de cinco apartados, y la única conexión que posee con otra de carácter privado proviene del tercero, donde se dice que la resolución que dicte el Ministerio de Obras Públicas será ejecutiva, pero la atribución de ejecución, consecuencia del deslinde, no podrá realizarse respecto a las fincas o derechos amparados por el artículo 34 LH, aunque sin perjuicio de la facultad de la Administración para ejercitar las acciones legales pertinentes; de su texto se deduce que la Ley Hipotecaria no sirve como soporte a esta norma de la Ley de Costas, ni está directamente conectada con la misma, lo cual supone el perecimiento del motivo.

**Un testimonio de carácter administrativo no prejuzga cuestiones de dominio y posesión.**—El testimonio de la Resolución de la Dirección General de Puertos y Señales Marítimas, que aprobó el acta y el plano del deslinde, como expresa la decisión de la Audiencia, no vale para prejuzgar las cuestiones de dominio y posesión planteadas. (STS de 22 de marzo de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—La Abogacía del Estado demanda a un particular interesando la declaración del carácter demanial de una finca inscrita a nombre de éste. La cuestión litigiosa se centraba en la identificación de la finca referida y en si la misma —como sostenía la actora— se encontraba íntegramente en un arrenal, zona marítimo -terrestre de dominio público. El Juzgado no acogió la demanda y su sentencia fue confirmada por la Audiencia. Interpone recurso de casación el Abogado del Estado declarando el TS no haber lugar. (R. G. S.)

**59. Acción confesoria de servidumbre voluntaria por título constitutivo expreso del dueño de los predios colindantes y su correlación con la del «padre de familia» del artículo 541 CC.**—Se cita la infracción del



artículo 541 CC, puesto que, según la fundamentación de la sentencia recurrida, al admitir la acción confesoria de servidumbre de la reconviniente, considera que se trata de una servidumbre voluntaria y en la que concurren los elementos del artículo 541 CC, esto es la llamada servidumbre del padre de familia, y después de examinar los requisitos que se exigen en este tipo de servidumbre, se afirma que, en este caso, se referirá a la existencia de dicha servidumbre al amparo del artículo 541 CC; que –continúa el motivo– no concurren los requisitos de este artículo 541 en cuanto a la llamada servidumbre del padre de familia, puesto que, según interpretación adecuada, el legislador considera que el título para que la servidumbre continúe, activa o pasivamente, es la propia existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas establecido por el propietario; que, sin embargo, no existe tal signo, y que la Audiencia Provincial ha considerado como título de la servidumbre al llamado título jurídico documental, esto es, la escritura de declaración de obra nueva de los Bloques 1 y 3 del «Conjunto Residencial Cornisa del Cantábrico», lo que desde ningún punto de vista resulta admisible, esto es, considerar el referido título como medio de creación, nacimiento o determinación de una servidumbre por destino del padre de familia. El motivo merece la siguiente respuesta: 1.º) que aun cuando no quepa entender que, efectivamente, la recta interpretación de ese artículo 541, en cuanto a la citada servidumbre del padre de familia, exige que este signo aparente esté materialmente constituido y configurado en la realidad de los hechos, como una conducta inequívoca por parte del propietario del fundo único, cuando se trata de separar a ambos y, muestra expresa de su voluntad, según constante jurisprudencia (entre otras, en S de 7 de marzo de 1991), se decía: «... El signo material a que se refiere la norma contenida en el artículo 541 no puede acoger a cualquier indicio existente sobre el terreno del que luego, por una libre especulación, quepa entender cumplía el servicio o destino que en la hora presente pretende la parte que quiere beneficiarse de la existencia de dicha servidumbre, porque, como se ha afirmado por la S de 3 de julio de 1982, es preciso dentro de ese segundo requisito que se compruebe o constate un estado o situación de hecho en el predio único o en ambos de que resulte visible y fácilmente comprobable la existencia del servicio prestado...»; S de 16 de mayo de 1991: «... El reconocimiento de una modalidad de adquisición de servidumbre por causa de presunción fundada en un signo aparente revelador de la voluntad del transmitente, a fines de generar lo que se denomina servidumbre por destino del padre de familia, requiere no solamente que tenga lugar la separación del dominio de dos fincas que pertenecían a mismo propietario, sino que también al tiempo de dicha separación exista ya el signo de servidumbre a favor de una de las fincas y a cargo de la otra...»; S de 25 de junio de 1991: «...La S de 13 de mayo de 1986 recoge la reiterada doctrina jurisprudencial según la cual “para que los Tribunales puedan declarar la realidad y subsistencia de una servidumbre de las reguladas en dicho precepto (el art. 541 CC), es indispensable que quien ejercita la acción para conseguirlo acredite cumplidamente, primero: la existencia de dos predios pertenecientes a un único propietario; segundo: un estado de hecho del que resulte por signos visibles y evidentes que uno de ellos presta al otro un servicio determinante de semejante gravamen, en el supuesto de que alguno cambiara de titularidad dominical; tercero: que tal forma de exteriorización hubiera sido impuesta por el dueño común de los dos; cuarto: que persistiere en el momento de transmitirse a tercera persona cualquiera de dichas fincas; quinto: que en la escritura correspondiente no se exprese nada en contra de la pervivencia

del indicado derecho real"...»), y que ello, en el caso de autos, pudiera compartirse, no obstante, no vale para desvirtuar lo así resuelto, por cuanto el fundamento para que por la Sala sentenciadora se declare aquella servidumbre, proviene no de ese signo material existente, sino del contenido expreso y específico de la escritura de segregación y declaración de obra nueva... de 28 de junio de 1965 de los bloques 1 y 3 del conjunto residencial de la parte demandada reconviniendo...; mas lo indiscutible es que se trata de una auténtica servidumbre voluntaria y así se refiere por la Sala, *ex* artículo 536 CC, en su FJ 3.º; que está perfectamente prevista su existencia por parte del propietario común de la finca matriz ... (expresividad que no existió en el supuesto contemplado entre otras en la S de 28 de julio de 1995, que decía: «...lo que viene a pretenderse —en forma algo confusa— es que se tenga por probada la existencia de la servidumbre controvertida, a cuyo fin se argumenta en relación con lo consignado en la escritura pública de 13 de enero de 1989 (se vende la parcela “con todos cuantos derechos, usos y servidumbres le correspondan”); a este respecto, la Sala de instancia razona lógicamente que no es posible considerar lo transcrito como título constitutivo de la servidumbre, y es que, en efecto, la imprecisión de la frase no permite entenderlo de otro modo...»); y que aun cuando no se hubiese materializado tras la correspondiente segregación en todas las parcelas a que se contrae el litigio —propiedad de los contendientes— ..., sin embargo, por las circunstancias que igualmente se especifican, en torno a esa escritura de 28 de junio de 85 (*sic*), clarificadoramente de la existencia de esa servidumbre recíproca, determina que la sala sentenciadora lo califique como una auténtica servidumbre voluntaria, prevista en el repetido artículo 536 CC, si bien añade que en la misma, concurren en cierto modo los elementos de tal servidumbre de padre de familia, con independencia de que, en rigor, no haya sido, pues, el cauce de esta modalidad, el determinante de la decisión de la Sala, sino —se repite— la de tal servidumbre voluntaria, habida cuenta lo recogido de forma taxativa en el título constitutivo de la misma, por lo cual el motivo ha de rechazarse. (STS de 18 de marzo de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Se cuestiona la existencia de un derecho de servidumbre recíproca entre las fincas integrantes de un conjunto residencial, que impediría a una promotora inmobiliaria (adquirente de las que resultan de una previa segregación, posteriormente agrupadas) continuar edificando en la parcela de su propiedad. El Juzgado, estimando la demanda de la promotora, declara la inexistencia de servidumbre. La Audiencia acoge la apelación de los demandados y declara la existencia del derecho cuestionado. No ha lugar al recurso de casación que interpone la promotora. (R. G. S.)

**60. Retracto legal: concepto y objeto.**—El retracto legal faculta a su titular, el retrayente, para convertirse en propietario de la cosa sobre la que recae; el poder sobre una cosa para adquirirla después de haber sido transmitida a un tercero, en las mismas condiciones que éste; lo cual coincide con la definición legal que da el artículo 1521 CC: «El retracto legal es el derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago». Como consecuencia, al ejercitar el retracto, adquiere el retrayente la cosa retraída en el estado que tenía al tiempo de la transmisión onerosa que dio lugar al mismo; no puede verse la cosa disminuida por posteriores cambios, como pudieran ser

segregaciones. No puede olvidarse que el retracto legal es un límite al derecho de propiedad, no precisa su inscripción en el Registro de la Propiedad y no puede ser restringido por operaciones del titular dominical y registral frente al que se ejercita el retracto.

**La adquisición –al ejercitar el retracto legal– de finca hipotecada no significa necesariamente la asunción de la deuda así garantizada.**—El concepto exacto de subrogación se produce en el cumplimiento de la obligación y se trata de subrogación en el pago; distinto es la cesión del crédito o la asunción de deuda; en el derecho real de hipoteca no hay subrogación; distinto es el caso de que una finca sobre la que pesa una hipoteca, el adquirente de la misma, la adquiera con el derecho real de hipoteca; en este último caso, no significa necesariamente que asuma la deuda cuya obligación está garantizada con hipoteca. En el presente caso, la Comunidad de Madrid retrayente, al ejercitar el retracto legal, adquirirá la finca y la adquirirá con el derecho real de hipoteca, ya que no se ha pedido declaración de ineficacia de ésta ni se hubiera podido pedir sin demandar al acreedor hipotecario, *Caja Postal de Ahorros*; lo que es preciso destacar es que la Comunidad de Madrid retrayente no asume la deuda correspondiente a la obligación cuyo cumplimiento está garantizado con la hipoteca y que se constituyó y se mantiene entre *Peñascales Tikal, S. A.*, y *Caja Postal de Ahorros*. (STS de 9 de marzo de 1999; no ha lugar al recurso de la demandada. Ha lugar al recurso de la actora.)

HECHOS.—La Comunidad Autónoma de Madrid ejercita retracto legal sobre una finca situada en el Parque Regional de la Cuenca Alta del Manzanares. Sobre la finca, adquirida por *Peñascales Tikal, S. A.*, e inscrita en el Registro de la Propiedad, fue posteriormente constituida una hipoteca en garantía de un crédito a favor de la *Caja Postal de Ahorros*. El Juzgado de Primera Instancia da lugar al retracto. Ambas partes litigantes formulan recurso de apelación. La Audiencia declara procedente el retracto por el precio que figura en la escritura de compraventa amén de otros pronunciamientos. Nuevamente ambas partes interponen recurso, esta vez de casación. No ha lugar al promovido por *Peñascales Tikal, S. A.* Ha lugar al formulado por la Comunidad Autónoma de Madrid. (R. G. S.)

**61. Procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH: la adjudicación de la finca al acreedor ejecutante provoca la extinción de la hipoteca por confusión de derechos reales (el de propiedad y el de hipoteca).**—La adjudicación de la finca núm. 2651 al acreedor en pago de su crédito produce un cúmulo de efectos en orden a la extinción de los créditos hipotecarios vigentes... por lo que respecta a la propia hipoteca que ha desencadenado el *ius distrahendi* o eficacia ejecutiva sobre la finca matriz (la registral 2561), la extinción del débito hipotecario discurre por los cauces de la confusión de derechos reales. No puede invocarse la confusión de derechos entre acreedor y deudor, como modo extintivo de las obligaciones. Y no puede alegarse porque habiendo un solo acreedor (*Aresbank*) y un solo deudor (*Dyalong*), que en ningún momento entremezclan sus posiciones jurídicas, no puede sustentarse la existencia de dicha confusión extintiva. Pero es cierto que la hipoteca de esta inscripción 6.<sup>a</sup> de la finca 2651 se ha extinguido. Y la causa verdadera de este efecto liberador es, sí, una confusión de derechos, pero de derechos de distinta naturaleza de los meramente credituales.

La confusión se produce por la confluencia en una misma persona de dos derechos reales de diferente volumen jurídico: el de propiedad y el de hipoteca. Por la virtualidad traslativa de la adjudicación en pago de deudas, el acreedor hipotecario se convierte en propietario de la finca adjudicada. Él pasa a ser el nuevo dueño del inmueble y, consecuentemente, el deudor ejecutado pierde la propiedad de la finca hipotecada. Y es en el mundo de los derechos reales donde se genera la confusión extintiva: por la inscripción de la adjudicación *Aresbank* pasa a ser el último *dueño* de la finca núm. 2651 pero, según consta en la inscripción tercera de la misma finca, también *Aresbank* es *acreedor hipotecario*, con potencialidad realizadora, sobre la misma finca. Como en España no está admitida la hipoteca sobre cosa propia, al confluir en el mismo titular los conceptos de dueño y acreedor hipotecario (dueño y detentador de la hipoteca), el resultado es extintivo: la hipoteca se extingue por confusión de derechos. El acreedor hipotecario ostenta un especialísimo *ius disponendi*: el derecho de realización del valor de la cosa hipotecada. Pero como el dominio engloba todas las facultades que se pueden ostentar sobre una cosa, incluido el *ius disponendi*, al coincidir en la misma persona la facultad desgajada (que dio nacimiento al derecho real limitado de hipoteca) y su haz totalizador de facultades sobre la cosa, el derecho limitado desaparece forzosamente, al ser anegado por el derecho totalizador, dada la virtud expansiva del dominio residual. Por la razón de haberse extinguido la hipoteca es por lo que se procede a la cancelación del asiento que reflejaba la constitución de este derecho real. La deuda (el derecho de crédito) no se ha extinguido por confusión de derechos, como hemos visto. La deuda se ha extinguido en virtud del pago; la adjudicación en pago de deudas es una forma sustitutiva del pago específico. Y el pago —en cualquiera de sus modalidades— es el modo paradigmático de extinción de cualquier obligación.

**Procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH: la adjudicación de la finca al acreedor ejecutante provoca la extinción de otra hipoteca anterior a favor del mismo acreedor por confusión de derechos personales (el crédito y la obligación en que se subroga todo adjudicatario).**—Por lo que se refiere a la hipotecas anteriores, su extinción sí sigue las pautas de la extinción de las obligaciones por confusión, como veremos en los razonamientos que siguen.

Desde un planteamiento teórico conviene distinguir el resultado de la vía de apremio, ya provoque la venta a favor del mejor postor o ya discurra por la vía de una adjudicación a favor del acreedor hipotecario. Por estadística procesal deberíamos analizar la transmisión a favor del rematante en primer lugar. Pero una fundamentación legal directa para propiciar la confusión de derechos extintiva, exige que examinemos en primer término la adjudicación a favor del acreedor.

Este supuesto viene contemplado en la regla 10 del artículo 131 LH. Este básico precepto tiene una redacción *imperativa*, que no permite alentar vacilaciones hermenéuticas. Comienza así: «El procedimiento judicial sumario *se ajustará* a las siguientes reglas». Por tanto, todas y cada una de sus reglas pertenecen al *ius cogens* y son de obediencia absoluta por todos, incluidos los jueces. La regla 10.<sup>a</sup> es categórica: «Si no hubiere postura admisible en la primera subasta, el acreedor podrá pedir... la *adjudicación* de la finca o fincas *en pago de su crédito*, por el tipo de aquélla, aceptado la subsistencia de cargas anteriores y preferentes, si las hubiera, y *subrogándose* en la obligación de satisfacerlas». La regla 11 reitera la misma solución.

La doctrina más autorizada insiste en que el primitivo deudor (el propietario de la finca enajenada) es reemplazado en el débito por el acreedor hipotecario, que se subroga en la deuda, que le sucede en ella. Aquí está el germen de la confusión de derechos. Si el acreedor-adjudicatario se ha subrogado en la *obligación* de pago es que pasa a ser el nuevo deudor, liberando al anterior. No puede haber antiguo y nuevo deudor de una misma obligación sin ninguna variación. Por el contrario, esto es posible si se alteran las personas del deudor o del acreedor. Y en el precepto de esta regla 10.<sup>a</sup> es en el que encuentra su fundamentación (y con respecto a la hipoteca anterior o preferente) la confusión de derechos como modo de extinción de las obligaciones.

En efecto. Según la transcrita regla 10.<sup>a</sup>, el acreedor-adjudicatario (*Aresbank*) se subroga en la *obligación* de satisfacer la hipoteca anterior (es decir, la de la inscripción tercera). Pero *Aresbank* (titular de la hipoteca anterior, es decir, de la de la inscripción tercera, por su condición de *acreedor* garantizado) pasa a convertirse (por la adjudicación propiciada por la regla 10.<sup>a</sup>) en deudor de ese mismo crédito garantizado. Por tanto, *Aresbank* concentra así las cualidades de acreedor y deudor en un mismo crédito garantizado. Y conforme al artículo 1156 CC debe producirse (por confusión de derechos) la extinción de la obligación (de esa deuda de 1.100 millones de pesetas).

Esta deuda estaba garantizada hipotecariamente con dos hipotecas solidarias: la de la inscripción 3.<sup>a</sup> de la finca 2651 y la de la inscripción primera de la finca 3092 procedente de aquélla por segregación. Si el crédito de 1.100 millones de pesetas y la obligación de satisfacerlo se han extinguido por confusión de derechos, también se extingue (por su condición de derecho accesorio) la hipoteca que lo garantiza; la extinción de la obligación arrastra la de la hipoteca, que debe ser cancelada. La hipoteca o las hipotecas que, con carácter solidario, garantizan esa obligación única.

Si la responsabilidad hipotecaria se hubiese distribuido entre la finca matriz y la finca segregada, la cancelación de la hipoteca sólo podría afectar a aquélla. Pero al existir una hipoteca solidaria sobre cada una de las dos fincas (es decir, al gravar la misma hipoteca a ambas), se trata en suma de un único gravamen que gravita sobre dos inmuebles. Y al extinguirse la total obligación por la adjudicación al acreedor, la extinción del derecho principal trasciende a la extinción de su cobertura, grave las fincas que grave. Extinguido el crédito de 1.100 millones de pesetas se ha extinguido también la hipoteca, no sólo en cuanto a la finca que directamente ha ido a la vía ejecutiva, sino también en cuanto a la hipoteca solidaria que gravaba la finca segregada. Que deberá ser cancelada, no pudiendo sustentarse en ella ningún procedimiento ejecutivo futuro, porque en un derecho inexistente no puede apoyarse ningún procedimiento.

Si la regla 10.<sup>a</sup> preconiza la *subsistencia* de las cargas anteriores y de las preferentes, tal supervivencia parece, en principio, incompatible con la extinción de la obligación por confusión de derechos. Conviene hacer dos puntualizaciones: a) Que tal subsistencia es lógica referida a acreedores adjudicatarios diferentes de los titulares de hipotecas anteriores. Como el adjudicatario-nuevo deudor no es el acreedor de la hipoteca anterior, no se producen los efectos extintivos de la confusión y por eso subsiste el gravamen preferente. b) Que con respecto a los acreedores-adjudicatarios a los que sí afecta la confusión (caso de *Aresbank*) la subsistencia de las cargas anteriores tiene un valor meramente temporal, hasta el momento (adjudicación) en que surge el acto extintivo. El acreedor ejecutante acepta la subsistencia temporal de esas hipotecas

preferentes. Lo indican los anuncios de la subasta y sin esa aceptación no podría incorporarse al procedimiento ejecutivo. Además, esa aceptación meramente temporal es básica para evitar desagradables sorpresas económicas. Él desencadena la virtualidad ejecutiva del artículo 131 pero debe ser prudente y tomar en consideración que el precio de la subasta debe ser un tipo *neto*, del que deberá descontar el valor de los gravámenes a los que, en su día, habrá de hacer frente. Ésta es la filosofía que subyace en el artículo 131.

**Subrogación del rematante en la responsabilidad de satisfacer los gravámenes anteriores y preferentes: alcance de la expresión «responsabilidad».**—Si el procedimiento culmina con un remate de la finca en pública subasta, aparentemente está más difuminada la subrogación en el débito personal. Y ello es así por la propia terminología de la regla 8.<sup>a</sup> del artículo 131 LH: «Las cargas o gravámenes anteriores y los preferentes, si los hubiere, al crédito del actor, continuarán *subsistentes*, entendiéndose que el rematante los acepta y queda *subrogado en la responsabilidad de los mismos*». Es cierto que hay un matiz diferencial: aquí no se alude a la subrogación en la *obligación*, sino en la *responsabilidad*, que parece diferente.

Sin embargo, la doctrina más autorizada hace tabla rasa de la aparente distinción y considera que también en este caso se produce una subrogación en el débito personal preferencial. Tratándose del procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria, el adjudicatario queda subrogado plenamente en el débito personal correspondiente. Se produce, pues, una subrogación en la persona del adjudicatario o comprador, no solamente en cuanto a las responsabilidades derivadas de la hipoteca, sino también en la obligación personal con ella garantizada, quedando el ejecutado liberado o desligado de esta obligación sin necesidad de que lo consienta el acreedor hipotecario, pues ello es cosa impuesta por la ley del procedimiento ejecutivo.

Ésta es la opinión dominante según la cual el mecanismo de la subrogación del licitador o adjudicatario, a quien aluden las reglas del artículo 131 de la ley, equivale a un cambio forzoso del sujeto pasivo o deudor en la obligación garantizada por la hipoteca, y que otra solución no se compadecería con el repetido empleo del verbo «subrogar» que implica sucesión total, ni con el texto literal de aquellas reglas, ni con el olvido de la distinción entre deuda real y deuda personal, característico del artículo 131 y siguientes. Hay también una razón de equidad, por entender que sería injusto que se exigiera, andando el tiempo, al primitivo deudor, el pago de parte o todo de la obligación, por no haber satisfecho el postor tal deuda.

Según esta doctrina predominante, el hecho de la subrogación en la responsabilidad no quiere decir que el deudor originario continúe sujeto a una obligación, sino, por el contrario, ese deudor se libera del pago y no responde de él a sus antiguos acreedores. El rematante asume la deuda del ejecutado, por cuanto la Ley Hipotecaria dice que se subroga «en la obligación de satisfacerlas» (las cargas), y que «acepta las obligaciones consignadas en la regla 8»; y que «subrogación» equivale aquí, en una acepción amplia o vulgar del término, a «sustitución», a colocación de algo en el lugar que otra cosa ocupaba primeramente; segundo, que «responsabilidad» no se emplea en sentido estricto como sumisión (*Haftung*) distinta de la deuda (*Schuld*), sino como sinónimo de una situación jurídica pasiva (deuda, carga o responsabilidad).

Para que haya un cambio en la situación jurídica pasiva, es necesario que cambie la deuda y la responsabilidad personal; no simplemente que cambie el gravado por la responsabilidad real, lo cual es una consecuencia inmediata de

la adquisición y no del mandato de la ley. Además, el criterio de la subrogación en el débito es el adoptado por el legislador alemán.

Los especialistas igualmente se inclinan a favor de la subrogación total en la carga real y en el débito personal, por parte del adjudicatario. Antes de la reforma hipotecaria de 1909 se aplicaba el sistema de la ley procesal de liquidación y pago, con el precio de remate, de las hipotecas, cargas y gravámenes anteriores. La doctrina impugnó este sistema y la reforma lo cambió por el de subsistencia de dichas hipotecas, cargas y gravámenes. Pero esto se hizo en beneficio de los acreedores (o sea, de los titulares de tales hipotecas, cargas y gravámenes), sin que entrara en el propósito del legislador empeorar con ello la situación del deudor. Habrá, pues, que estimar que la situación de éste permanece idéntica a la que tenía antes de 1909, y que queda totalmente desinteresado de su pasivo hipotecario, no solamente en el aspecto real, sino también en el obligacional. La reforma de 1909 no debe llegar más allá de la protección hipotecaria de los acreedores, manteniendo su derecho, y sería injusta si para ello agravase arbitrariamente la situación del deudor. El criterio legal debe ser, pues, el de liberación total de éste. La tesis dominante es la de que la subrogación es total, o sea, en el débito y en la hipoteca.

Todos estos razonamientos tienen bastante consistencia para poder afirmar que el criterio del artículo 131 LH es que, con la subsistencia de las hipotecas anteriores o preferentes que pesan sobre la finca objeto de la ejecución regulada en este precepto, el rematante o el adjudicatario se subroga también en el débito personal correspondiente a las mismas. (STS de 30 de enero de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—En 1988, *Aresbank, S. A.* concede a *Daylong Island Española, S. A.* un crédito de 1.100 millones de pesetas, que la sociedad garantiza constituyendo una hipoteca sobre la finca inscrita con el núm. 2651 en el Registro de la Propiedad de Marbella. *Daylong* segrega 509 hectáreas de la finca anterior, pasando la porción segregada a constituir la finca núm. 3092 en el mismo Registro. Al año siguiente vuelve *Aresbank* a conceder un crédito a *Daylong Island Española*, esta vez de 644 millones de pesetas que la mercantil garantiza con hipoteca sobre la finca núm. 2651. Con base en esta hipoteca promueve el banco el procedimiento ejecutivo del artículo 131 LH, lo que desemboca en la adjudicación de la finca resto (la núm. 2651) al ejecutante *Aresbank* por aplicación del artículo 131.10 LH. El objeto del litigio que da lugar al recurso de casación es la determinación de los efectos de esa adjudicación respecto al crédito hipotecario anterior. Los litigantes se pierden —en palabras del Supremo— en un océano de errores conceptuales, creando «una maraña dialéctica» que el alto Tribunal termina por desentrañar. Ha lugar al recurso de casación interpuesto por *Daylong Island Española, S. A.* (R. G. S.)

## DERECHO DE FAMILIA

**62. Régimen de separación de bienes adoptado en capitulaciones: no es oponible a los terceros si no se inscriben en el Registro.**—Las capitulaciones matrimoniales, en las que se establece el régimen de separación de bienes, no son oponibles a los terceros, salvo que se inscriban en el Registro civil o en el Registro de la Propiedad. Afirma el TS que en estos supuestos

(no inscripción de las capitulaciones) se presume que el régimen económico del matrimonio es el de la sociedad de gananciales. (STS de 8 de marzo de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Se interpone demanda contra los esposos don A. A. M. y doña M. J. F. P. M. (en 1980 adoptaron, mediante capitulaciones matrimoniales, el régimen de separación de bienes; dichas capitulaciones no están inscritas), suplicando se condene a los demandados a pagar, de forma solidaria, la cantidad de dinero adeudada por la realización de unas determinadas obras.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestima. El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto. (M. J. P. G.)

**63. Modificación del régimen económico matrimonial. Tercería de dominio.**—Lo primero que debe dilucidarse en la tercería es si el demandante es tercero, esto es, no es deudor. El principal objetivo de la tercería de dominio no es la recuperación del bien trabado, sino el levantamiento del embargo. El título del tercerista ha de referirse al momento en que se efectuó el embargo, no a las situaciones posteriores. Siendo las deudas que originan la traba de embargo deudas gananciales, surgidas con anterioridad a la disolución de la sociedad de gananciales, de tales deudas han de responder los bienes que integraban la sociedad ganancial, conforme al artículo 1362.4, 6 y 7 CC. Como señaló la S de 19 de febrero de 1992, en todo caso la responsabilidad de los bienes gananciales no desaparece por el hecho de la disolución, pudiendo accionar los acreedores contra los bienes gananciales, tal y como previene el artículo 1401 CC. (STS de 4 de febrero de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—La esposa, a la que se había adjudicado la finca trabada en la disolución de la sociedad de gananciales, formula demanda sobre tercería de dominio frente a la Tesorería de la Seguridad Social embargante. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia desestima el recurso de apelación. El TS declara no haber lugar al recurso. (P. C. A.)

**64. Reclamación de filiación materna extramatrimonial. Prueba.**—Si bien los Tribunales no exigen una prueba absoluta para reconocer la filiación que se reclama, ésta ha de ser medianamente suficiente y, ante todo, convincente. De ahí que la prueba testifical, única que se presenta en el juicio, sea insuficiente, habida cuenta que los testimonios aportados son indirectos y referenciales. No se estima vulnerado el artículo 135 CC en relación con el artículo 127 de dicho cuerpo legal, al no aportarse prueba escrita alguna de la que pueda inferirse indirectamente la filiación. El demandante no alega posesión de estado, ni reconocimiento expreso o tácito de la filiación. (STS de 4 de febrero de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante la acción de reclamación de filiación materna interpuesta por el sedicente hijo, frente a una señora de avanzada edad que falleció durante la sustanciación del procedimiento, el Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia confirma el fallo de instancia. El TS declara no haber lugar al recurso interpuesto por el demandante. (P. C. A.)



**65. Reclamación de paternidad. Legitimación de la madre.**—El TS señala que el artículo 134 CC reconoce la legitimación activa tanto del hijo como del progenitor para ejercer la acción de reclamación de paternidad extramatrimonial. De este modo, la madre puede ejercer las acciones de reclamación de filiación no matrimonial tanto en nombre propio, como en nombre y representación de sus hijos menores de edad. De este modo, el hecho de que los hijos cuya filiación se reclama hayan alcanzado la mayoría de edad, no afecta a la legitimación de la madre, toda vez que, en cuanto representante de los hijos, se produce una prórroga de la legitimación.

**Principio de prueba.**—Conforme a sentada jurisprudencia, debe estarse a una interpretación «espiritualizada» del concepto principio de prueba. Ello implica que basta para la admisión de la demanda que se señale la práctica de ciertas pruebas de paternidad. Ello confiere a la demanda la seriedad que exige el artículo 127 CC. (STS de 22 de marzo de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—El recurso de casación trae causa de la acción de reclamación de filiación no matrimonial paterna respecto de dos menores por parte de su madre. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. En apelación se admite el recurso interpuesto por la demandante. El TS desestima el recurso interpuesto por el demandado. (P. C. A.)

**66. Patria potestad: distinción entre privación y exclusión.**—En el actual régimen vigente, al lado de la privación total o parcial de la patria potestad se reconoce la figura de la exclusión de su ejercicio. Esta última se impone por ministerio de la ley, no por sentencia. La exclusión tiene lugar cuando el padre biológico no acepta su paternidad, no se allana a la pretensión una vez demandado, y no busca salir de dudas extrajudicialmente. En cambio, la privación comporta haberla ejercitado previamente incurriendo en grave incumplimiento. Conforme al artículo 111 CC, aun habiéndose excluido de la patria potestad, «quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos». (STS de 2 de febrero de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—La madre de una menor interpone demanda sobre reclamación de paternidad sobre el supuesto padre. En ella se solicita, una vez quede determinada su filiación, se abone una cantidad en concepto de alimentos, excluyéndose al padre del ejercicio de la patria potestad. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. La Audiencia admite el recurso de apelación interpuesto por el demandado en relación con la cantidad asignada. El TS declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la demandante. (P. C. A.)

**67. Privación de patria potestad.**—El desentendimiento por parte del padre, separado de la madre, de su prole, ha de entenderse un incumplimiento grave de sus deberes, sancionado por el artículo 170 CC con la privación de la patria potestad. Además, la decisión judicial ha de tener en cuenta el interés del menor, por ser la patria potestad una institución que se concibe en beneficio de los hijos. Dicho interés, unido al grave incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, determina en el caso de autos la privación de la patria potestad del padre. (STS de 23 de febrero de 1999; ha lugar.)

HECHOS.—Fallecida la madre del menor, sus tíos y guardadores interponen demanda sobre privación de patria potestad al padre. El Juzgado de Primera Instancia admite la demanda. La Audiencia revoca la decisión anterior, desestimando la demanda. El TS declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandantes. (P. C. A.)

## DERECHO DE SUCESIONES

**68. Sustitución fideicomisaria. Clases de fideicomisos: puro, condicional y de residuo. Efectos traslativos.**—La sustitución fideicomisaria supone el nombramiento de dos o más herederos sucesivos: uno que recibe el caudal cuando fallece el causante, y otro que lo obtiene al morir el primer sustituto. El Código civil lo define en el artículo 781 como aquel «en cuya virtud el testador encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia».

«Es necesario diferenciar, en cuanto a los efectos traslativos, las sustituciones fideicomisarias puras de las condicionales. En aquéllas la obligación de conservar y transmitir, impuesta al fiduciario, es categórica, de tal forma que no puede enajenar los bienes que ha recibido con el gravámen de sustitución. Por el contrario, en las condicionales existe la incertidumbre propia de estas determinaciones accesorias de la voluntad (STS de 28 de febrero de 1999)». El fideicomiso puede estar sometido a condición suspensiva o resolutoria. Si la sustitución se hace bajo condición suspensiva es de aplicación el artículo 759, y el llamado como fideicomisario no adquiere derecho y por consiguiente no lo transmite a sus herederos, sino desde el momento en que la condición se cumple (SSTS de 9 de julio de 1910, 9 de abril de 1928, 17 de marzo de 1934, 4 de marzo de 1952, entre otras). Si, por el contrario, el fideicomiso está sometido a una condición resolutoria, tanto el fiduciario como el fideicomisario son verdaderos propietarios. La condición no impide al fiduciario enajenar ni dividir los bienes fideicomitados, pero el cumplimiento de la condición tiene como efecto resolver la titularidad de los bienes transmitidos por el mismo (RDGRN de 22 de febrero de 1934; SSTS de 8 de febrero de 1962 y 28 de febrero de 1999). El fideicomiso de residuo se caracteriza porque no es objeto de restitución toda la herencia ni parte alícuota de ella, sino tan solo la que quede o reste al tiempo de la muerte del fiduciario. El Código civil no lo menciona con este nombre pero la doctrina actual lo sustenta en el artículo 783 *in fine*.

**Impugnación de actos dispositivos del fiduciario en caso de cumplirse la condición de la que pende el fideicomiso.**—«La posibilidad de que los fideicomisarios impugnen los actos dispositivos del fiduciario (en caso de cumplirse la condición) es congruente con la naturaleza retroactiva (*ex tunc*) del cumplimiento de la condición, por cuanto el artículo 784 CC establece que el fideicomisario adquiere derecho a la sucesión desde la muerte del testador; es decir, que su derecho a la adquisición de los bienes no se produce en el momento de la muerte del fiduciario, sino mucho antes».

**Disconformidad entre el Registro y la realidad extrarregistral por error de concepto.**—Artículo 327 RH e interpretación *a sensu contrario* del artículo 217 LH. (STS de 28 de febrero de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—I. B. R. formula demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra P. B. R.; la compañía mercantil anónima *Ferrero, S. A.* y contra *Promociones Inmobiliarias Las Rozas, S. A.* Solicita el reconocimiento de la existencia de un fideicomiso condicional que pende sobre una finca objeto de dos compraventas, el primero entre P. B. R. y *Ferrero, S. A.* y, posteriormente, entre este último y *Promociones Inmobiliarias*. Reconocido este fideicomiso solicita también la resolución de las dos compraventas inscritas en el Registro de la Propiedad. La disposición testamentaria que guarda el fideicomiso establece que «todas las propiedades, fincas y dinero que corresponda a P. B. R., a su fallecimiento, por no tener descendencia, pasarán y recaerán sobre sus hermanos, otra vez sobre sus sobrinos carnales». Las alegaciones por parte de los demandados coinciden en parte y difieren en otras. Todos ellos argumentan falta de legitimación activa y pasiva. Del resto destaca la alegación de un fideicomiso residual por parte de la demandada P. B. R. y la condición de tercero hipotecario de la compañía mercantil. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda interpuesta por el actor, absolviendo a los demandados, quien interpone recurso de apelación que revoca la primera instancia y declara los pedimentos de la demanda inicial. Se interpone recurso de casación por los demandados originariamente. El TS declara no haber lugar al recurso confirmándose la segunda instancia.

NOTA.—La resolución de la sentencia anotada depende de la calificación del fideicomiso como condicional o de residuo. Una cuestión importante también a tener en cuenta de cara a la resolución que hace el TS en este supuesto es el hecho de que la cláusula fideicomisaria aparece en la inscripción primera de la finca controvertida, pero no en la segunda y tercera inscripción.

Respecto a la adscripción del fideicomiso a una tipología determinada, el TS no duda en calificarlo de condicional sometido a una condición resolutoria. Ello lo deduce de la propia interpretación de la cláusula fideicomisaria que establece que a la muerte de la fiduciante todas las propiedades de las fincas pasen a sus hermanos y no una parte residual de las mismas. El sometimiento del fideicomiso a una condición resolutoria no impide la enajenación de los bienes fideicomitados por parte del fiduciario, pero en caso de cumplirse la condición, es doctrina reiterada del TS, la enajenación realizada queda resuelta. Esta resolución podrá sustentarse en dos preceptos del Código civil, por un lado en el artículo 783 que reconoce la obligación del fiduciario de conservar el patrimonio a favor de los fideicomisarios y por otro, en la circunstancia de que el derecho a la adquisición de los bienes fideicomitados se produce en el instante de la muerte del testador y no del fiduciario, según disposición expresa del artículo 784. Por lo tanto, los bienes que integraban el fideicomiso, a salvo del tercio de legítima estricta de la heredera, pasarán a sus hermanos y sobrinos.

El gravamen que afectaba a la controvertida finca figuraba en la primera inscripción de la misma, no así en la segunda y tercera en donde constaba que estaba libre de cargas. Se produce una discordancia entre el Registro y la realidad extrarregistral por error de concepto, «por apreciación equivocada de los datos obrantes en el

Registro» (art. 327 RH). La interpretación *a sensu contrario* del artículo 217 LH permite la rectificación del error por la simple intervención del registrador que, tras comprobar la equivocación padecida, la subsana mediante la oportuna diligencia sin necesidad de «acuerdo unánime de todos los interesados y del registrador o por providencia judicial que lo ordena». (M. F. N. C.)

**69. La ausencia de causa provoca la nulidad radical, absoluta o de pleno derecho, no la mera anulabilidad. Plazo de ejercicio de ambas acciones.**—«La acción de nulidad que se menciona en el precepto (art. 1301 CC) es la de nulidad relativa o anulabilidad y no se aplica a los supuestos de nulidad absoluta como el litigioso (falta de causa), según jurisprudencia reiteradísima de esta Sala». La nulidad es perpetua e insubsanable y, por lo tanto, el ejercicio de la acción de nulidad es imprescriptible (STS de 7 de junio de 1995) pese a la terminología del artículo 1301 CC, que establece un plazo de cuatro años para el ejercicio de la acción. «Es ésta una cuestión ya prácticamente solventada por la doctrina y por la constante jurisprudencia de esta Sala que entiende que la tacha reflejada por dichos artículos ha de entenderse como de anulabilidad en el sentido de una clase de invalidez dirigida a la protección de determinados sujetos» (STS de 27 de febrero de 1997). El plazo de los cuatro años que rige para el caso de que el contrato esté afectado por un vicio que provoque su anulación es un plazo de prescripción y no de caducidad (SSTS de 25 de abril de 1960, 28 de mayo de 1965, 28 de octubre 1974, 27 de marzo de 1987, 23 de marzo de 1989).

**Tras la modificación operada por Ley 11/1981, de 13 de mayo, la acción nacida de la preterición intencional protege la legítima material.**—«Las acciones nacidas de la preterición se circunscriben a una concreta masa hereditaria, y las protectoras de las legítimas a una reintegración a dicha masa». La preterición intencional se reduce a un problema de inoficiosidad. Sólo se busca que la legítima material quede cubierta (estricta o corta). La preterición no intencional trata de garantizar, no sólo la legítima estricta, sino también la cuota *ab intestato*, supone un defecto de voluntad, voluntad basada en un error. (STS de 26 de febrero de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—A. R. G. otorgó testamento notarial en 1971 dejando fuera del mismo a tres de los cuatro hijos fruto de una relación extramatrimonial mantenida con D. E. A. (M.<sup>a</sup> Carmen, M.<sup>a</sup> Dolores y Enrique E. A.). A. R. G. fallece en 1989. No obstante, antes de su fallecimiento realiza algunas disposiciones por actos *inter vivos* de las que resultan beneficiados la madre de sus hijos extramatrimoniales y los dos varones fruto de esta relación. Las dos hijas solicitan la nulidad de las compraventas por falta de causa de los referidos contratos, la cancelación de las inscripciones que dichas transmisiones provocaron en el Registro de la Propiedad, la nulidad de la adjudicación de bienes quedados al fallecimiento del causante a favor de su hijo J. M. en cuanto pudiese afectar a la legítima de los herederos forzosos, y la reintegración de todos estos bienes a la masa hereditaria para su legal partición entre todos los herederos forzosos. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda al declarar la nulidad relativa de los contratos por falta de causa y acepta el resto de los pedimentos. Las actoras interponen recurso de apelación y la Audiencia declara la nulidad absoluta por falta de

causa de las transmisiones, manteniendo el resto de los pronunciamientos. J. M. interpone recurso de casación alegando infracción del artículo 1301 CC por haber transcurrido el plazo de cuatro años para declarar la anulabilidad de las transmisiones que se hicieron a su favor, así como preceptos sustantivos en materias heterogéneas entre otros, los artículos 1276, 1284, 1282 y 814, todos ellos del CC. El TS declara no haber lugar al recurso.

NOTA.—La conveniencia o no de establecer algún tipo de distinción entre inexistencia y nulidad del contrato ha sido un tema muy discutido por nuestra doctrina. No obstante, desde el punto de vista práctico, la inexistencia no es un concepto jurídico distinto de la nulidad. Ambas figuras tienen un mismo tratamiento jurídico y producen las mismas consecuencias, siendo superfluo establecer una reglamentación diferenciada. Por lo tanto, un contrato será nulo o inexistente cuando le falte algún elemento esencial de los que enumera el artículo 1261 CC o cuando sea contrario a las normas de carácter imperativo. De acuerdo con esto, la falta de causa provoca la nulidad del contrato, no la mera anulabilidad (SSTS de 15 de octubre de 1999, 29 de abril de 1997), acción cuyo ejercicio no está sometido a plazo por ser imprescriptible.

Los cuatro hijos fruto de la relación extramatrimonial entre el causante y D. E. A. en el momento del otorgamiento del testamento en 1971, tienen el carácter de hijos extramatrimoniales, pues no es hasta el advenimiento de la Constitución Española cuando, por imperativo del artículo 14, que proclama el principio de igualdad ante la ley sin discriminación alguna por razón de nacimiento, los hijos extramatrimoniales se equiparan a los matrimoniales en cuanto a los derechos legitimarios que les corresponden (STC de 20 de diciembre de 1982 y STS de 10 de febrero de 1986). A partir de entonces desaparece la cualidad de hijo ilegítimo no natural y el hijo extramatrimonial deviene heredero forzoso y puede ser preterible. El causante otorga testamento en 1971, fecha en la que por falta de vigencia de la Constitución, no tenían la consideración de preteribles. Sin embargo, la apertura de la sucesión se produce en el año 1989, vigente ya la Constitución por lo que estos cuatro hijos son legitimarios. La exclusión consciente en el testamento de éstos provoca la preterición intencional de los mismos. Para la defensa de su derecho legitimario estos hijos pueden ejercitar la acción establecida en el artículo 814 párrafo primero, sin perjuicio de la acción de nulidad de las compraventas realizadas en vida del causante por falta de causa. El ejercicio de la acción de preterición intencional dará lugar a la reducción de la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias, es decir, será de aplicación el artículo 814 tras la redacción dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, y no conforme a la redacción que daba la Ley de 24 de abril de 1958 por imposición de la DT 8.<sup>a</sup> de la Ley 11/1981, que obliga a regir las sucesiones abiertas tras la entrada en vigor de la misma por la nueva legislación. La actual redacción del artículo 814 que distingue entre preterición intencional y no intencional tiene por finalidad, en su párrafo primero, la protección de la legítima material y, en el segundo, la cuota *ab intestato*, frente a la antigua redacción que, sin distinguir

entre ambos tipos de preterición, tenía por finalidad proporcionar la cuota intestada. (M. F. N. C.)

**70. Partición de la herencia. Anulación por incumplimiento del artículo 1057.3 CC.**—El artículo 1057 CC regula la partición hereditaria cuando es practicada por un contador partidor, acto particional de carácter subsidiario a la partición testamentaria, pues de la redacción del primer apartado del mencionado precepto se deduce que únicamente puede adjudicarse conforme al mismo el caudal partible cuando el testador no lo haya hecho por sí mismo, «encomendando por acto *inter vivos* o *mortis causa* para después de su muerte la simple facultad de hacer la partición a cualquier persona que no sea uno de los coherederos». El precepto otorga al contador partidor la misma facultad de partir que reconoce al testador, a los coherederos, al juez o al árbitro en su caso; pero le deniega la facultad de disponer, característica de testadores y coherederos.

Es éste un precepto que ha sido objeto de modificación y ampliación en su segundo y tercer apartados. El primero de los mencionados, en su redacción originaria de 1889, establecía que en caso de que «entre los coherederos haya alguno de menor edad o sujeto a tutela, el comisario deberá en este caso inventariar los bienes de la herencia, con citación de los coherederos, acreedores y legatarios». Por Ley 11/1981, de 13 de mayo, se intercaló un segundo párrafo admitiendo la posibilidad de nombrar un contador partidor dativo a petición de los herederos y legatarios que representasen al menos el 50 por ciento del caudal hereditario. Esta misma Ley conservó el tenor del antiguo párrafo segundo que pasó a ser tercero. Finalmente, la Ley 1/1996, de 15 de enero, modificó el párrafo tercero del artículo 1057 (antes segundo) suprimiendo la citación al inventario de los coherederos, acreedores y legatarios cuando entre ellos fuese alguno menor o estuviese sometido a tutela, estableciendo a este respecto que «lo dispuesto en este artículo y en el precedente se observará aunque entre los herederos haya alguno sometido a patria potestad o tutela, o a curatela por prodigalidad o por enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas; pero el contador partidor deberá en este caso inventariar los bienes de la herencia, con citación de los representantes legales o curadores de dichas personas». La ausencia de citación ha sido objeto de vaivenes doctrinales y jurisprudenciales respecto al tipo de ineficacia provocada, nulidad o anulabilidad. En el supuesto, «el carácter meramente anulable de esta defectuosa partición permite admitir que tras su práctica sea convalidada por confirmación, tanto expresa como tácitamente». (STS de 8 de marzo de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—J. F. G., por testamento autorizado ante Notario el día 25 de noviembre de 1976, dispone de sus bienes para después de su muerte. Entre otras disposiciones mejora a su nieto F. R-L. F. con la participación que le correspondiera al testador en un pabellón sin que la misma exceda de la sexta parte de la herencia, y a los restantes hijos de su hija M. J. F. B. con el remanente, y nombra comisario y contador partidor a C. M. C., prohibiendo la intervención judicial.

El contador partidor formaliza las operaciones de liquidación de la sociedad conyugal, así como el inventario y la partición de la herencia sin cumplir la formalidad exigida por el artículo 1057.3 CC en caso de concurrir herederos menores o sujetos a tutela como era el caso, protocolizando las operaciones ante Notario. En virtud de la misma, y en relación a los nietos, se adjudica a F. R-L. F. la nuda

propiedad de la participación del abuelo en el referido pabellón, mientras que al resto de los nietos, entre los que figuran tres menores al tiempo de la partición, la nuda propiedad de unas acciones, así como unas cantidades en metálico.

M. J. F. B., junto a sus dos hijos mayores de edad y los tres menores representados por su padre, interponen demanda ante el Juzgado de Primera Instancia solicitando la nulidad absoluta o, en su defecto, la anulabilidad o rescisión del cuaderno particional de la herencia de J. F. G. siendo parte demandada la viuda, la otra hija del matrimonio y el contador partidor. Estimada la anulabilidad del cuaderno particional por incumplimiento del párrafo tercero del artículo 1057 CC en primera instancia, se interpone recurso de apelación por la parte demandada, que confirma íntegramente la sentencia apelada. Se interpone recurso de casación.

NOTA.—La ausencia de citación al inventario a los coherederos, acreedores y legatarios exigida por el artículo 1057.3, antes de su última modificación operada por Ley 1/1996, en el caso de que en la partición realizada por el contador partidor concurrieran menores o incapaces (redacción aplicable al supuesto de hecho), ha sido objeto de dos líneas jurisprudenciales y doctrinales diversas respecto a la amplitud de la ineficacia que esta ausencia provoca.

La línea jurisprudencial más antigua y reiterada tanto por el TS como por la DGRN (SSTS de 26 de noviembre de 1955, 15 de octubre de 1973, RDGRN de 17 de julio de 1915, 13 de mayo de 1916) considera que la falta de citación al inventario provoca la nulidad absoluta de la partición. Dos argumentos fortalecen esta postura, uno doctrinal y otro jurisprudencial. En este sentido, la *ratio* del precepto, la protección de los menores e incapaces en la partición de la herencia, ha sido invocada por alguna sentencia que en su pronunciamiento ha querido «proteger más eficazmente los intereses de los menores de edad y sujetos a tutela, con cierta abstracción de la capacidad de obrar de los mismos, quienes habrán por lo tanto de ser citados para la diligencia del inventario, ya en la persona de sus representantes legales si no tienen capacidad para oírla, ya personalmente si la adquirieron por emancipación» (STS de 10 de mayo de 1984). Doctrinalmente se argumenta esta ineficacia por ausencia de una formalidad esencial que no puede ser subsanada una vez consumadas las demás operaciones particionales, ya que únicamente pudo hacerse legalmente en una época determinada, es decir, al tiempo de la confección del inventario.

La segunda de las líneas jurisprudenciales, a la que se adhiere la sentencia anotada, participa de la anulabilidad de la partición como sanción a la falta de citación que exigía el antiguo párrafo tercero del artículo 1057 (STS de 17 de diciembre de 1988) y considera que «la omisión no es determinante de nulidad absoluta, pero sí de nulidad relativa o anulabilidad, la cual únicamente puede ser reclamada por aquellos en cuyo favor o beneficio se ha establecido la garantía, esto es, por los herederos, acreedores y legatario». (M. F. N. C.)

**71. Partición contractual.**—El artículo 1058 CC regula la también llamada partición convencional al establecer con carácter subsidiario que «cuando el testador no hubiese hecho la partición, ni encomendado a otro esta facul-

tad, si los herederos fueren mayores y tuvieren la libre disposición y administración de sus bienes, podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente». Estructuralmente nos encontramos ante un contrato plurilateral que requiere capacidad y consentimiento de las partes conforme a las reglas generales (jurisprudencia consolidada, SSTS de 26 de marzo de 1940, 9 de marzo de 1961, 3 de enero de 1962, 18 de febrero de 1987, 20 de octubre de 1992, 19 de junio de 1997, 18 de marzo de 1999), así como la asistencia de todos los coherederos que han de actuar de común acuerdo rigiendo entre ellos, respecto a la conformidad para llevar a cabo la división del caudal partible, el principio de unanimidad y no el de mayoría (SSTS de 9 de mayo de 1968, 26 de mayo de 1986, 18 de marzo de 1999). Formalmente, el contrato particional participa del principio de libertad de forma que rige en nuestro ordenamiento, lo que no excepciona que deba tener un aspecto perfecto y definitivo (STS de 30 de junio de 1962, 18 de marzo de 1999).

**Renuncia a la herencia.**—«En el acuerdo particional, los interesados pueden también llevar a cabo renuncia de sus derechos hereditarios mediante la cesión de los mismos». El artículo 1000 CC se ocupa de la renuncia a la herencia de forma indirecta al indicar cuándo se puede entender aceptada la herencia sin declaración expresa de aceptación. En este sentido, la renuncia podrá hacerse por precio a favor de extraños, de todos los coherederos o de uno de ellos (art. 1000.1 y 1000.3), o gratuitamente a favor de los coherederos, distinguiendo si entre ellos hay lugar o no al derecho de acrecer (art. 1000.2 y 1000.3).

**Requisitos formales para el ejercicio de la renuncia.**—El artículo 1280.4 establece la exigencia de documento público para «la cesión, repudiación y renuncia de los derechos hereditarios o los de la sociedad conyugal». La jurisprudencia entiende por tal documento indubitado. «La ineficacia de la renuncia por defectos formales es un acto anulable toda vez que puede subsanarse». (STS de 18 de marzo de 1999; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Las demandantes, madre e hija, solicitan el cese de la copropiedad existente entre demandantes y demandado (hijo y hermano de las mismas) hasta la completa división, partición y adjudicación en la proporción en que a cada uno le pertenece de los bienes comunes de la herencia del causante, esposo y padre de las partes, en concreto, dos fincas unidas así como maquinaria común, invocando para ello, entre otros preceptos, la aplicación indebida de los artículos 1058 y 1255 CC. El demandado alega excepción de cosa juzgada y alternativamente en su caso se declare no haber lugar a ninguno de los pedimentos. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda declarando haber lugar a la división, partición y adjudicación de la maquinaria existente. Tras la íntegra confirmación de la resolución de la primera instancia ante el recurso de apelación interpuesto por las actoras, se interpone recurso de casación que confirma íntegramente las dos instancias anteriores.

**NOTA.**—El caudal relicto dejado por el causante a su fallecimiento fue objeto de diversas actuaciones por parte de los beneficiados sin que se procediese a su adjudicación hasta 1990. Concretamente, en 1973, por escritura en la que se protocolizan diversas operaciones hereditarias, se decide mantener indivisa la propiedad de la maquinaria y llevar a cabo la atribución de cuotas respecto de las dos fincas integrantes del caudal. Es decir, se produce una parti-



ción jurídica, pero se mantiene una comunidad material, copropiedad sobre la maquinaria y comunidad posthereditaria sobre los referidos bienes inmuebles.

En 1990, los dos hermanos se adjudican conforme a las cuotas de participación la plena propiedad de las fincas integrantes de la comunidad posthereditaria. Dicha partición cumple los requisitos exigidos por el artículo 1058 para su plena validez. Se trata de una partición convencional realizada por los sujetos que ostentan la legitimación activa para llevarla a cabo, es decir, por los coherederos con plena capacidad, hijos del causante, bajo el principio de unanimidad, si bien no llega a plasmarse dicho pacto divisorio en escritura pública, aspecto éste que no influye en la validez del contrato particional por estar sometido al principio de libertad de forma.

Las demandantes alegan la aplicación indebida del artículo 1058 en cuanto que este precepto requiere el consentimiento de todos los coherederos para proceder a la adjudicación del caudal partible. No hay aplicación indebida del mencionado precepto por cuanto que el consentimiento había sido prestado por quienes debían hacerlo. No era preceptivo el de la madre de los litigantes y esposa del causante por cuanto que ésta había renunciado a sus derechos hereditarios mediante cesión de los mismos a favor de sus dos hijos.

La renuncia a la herencia la recoge nuestro Código civil en su artículo 1000. Es distinta de la repudiación: se renuncia a lo que se tiene, mientras que se repudia lo que se puede tener y no se quiere, si bien parte de nuestra doctrina ha equiparado el apartado tercero *in fine* del mencionado precepto a una repudiación por cuanto que en el mismo el llamado no hace otra cosa que manifestar expresamente el querer las mismas consecuencias que se derivarían de la repudiación por obra de la ley. Esta renuncia la hace la madre de los litigantes en base al artículo 1000.2, renuncia que ha sido ubicada dentro de la renuncia traslativa en la clasificación ofrecida por nuestra doctrina, en la que se distinguen, además de la ya mencionada, dos modalidades más, abdicativa y preventiva. La renuncia en cuestión se caracteriza por ser gratuita, implica la aceptación de la herencia, por lo que consiguientemente nos encontramos ante una doble transmisión: en primer lugar, del causante al primer llamado y en segundo lugar, del primer llamado a los beneficiarios.

La exigencia del artículo 1280.4 CC se atenúa con la interpretación jurisprudencial que la equipara a la del artículo 1008 CC, no precisando documento público, basta con que el documento proceda indubitadamente del renunciante. (*M. F. N. C.*)

## DERECHO MERCANTIL

**72. Prescripción mercantil. Interrupción por reclamación extrajudicial. Teoría unitaria.**—El artículo 944 CCO presenta una «especialidad» mercantil, frente al artículo 1973 CC, en la medida en que, frente a las causas de interrupción de la prescripción que este último contiene (acción ante los Tribunales, reclamación extrajudicial y reconocimiento), el artículo 944 CCO

sólo menciona la interpelación judicial, el reconocimiento y la renovación del documento contractual, excluyendo, parece que deliberadamente, y en esto consistiría la «especialidad», la reclamación extrajudicial como causa de interrupción de la prescripción. Por el contrario, existen poderosas razones para concluir que nuestro ordenamiento permite, en todo caso, en el tráfico civil o en el mercantil, la interrupción de la prescripción por efecto de la reclamación extrajudicial. Las discrepancias doctrinales existentes al efecto no enturbian, desde luego, la solución ya indicada favorable a un régimen jurídico unitario de la interrupción de la prescripción de las acciones en materia civil y mercantil por las siguientes razones: *a)* la reclamación judicial fue introducida *ex novo* por el Código civil como medio de extender las posibilidades del acreditamiento del *animus conservandi* frente a una formalización excesiva que permitiera considerar abandonadas las acciones, cuando constaba por otras vías una voluntad contraria a tal *derelictio* de los derechos. *b)* Cronológicamente, la posterior fecha de promulgación y publicación del Código civil, respecto del Código de comercio abona la solución de integración que se propone al considerar incorporado tal medio interpretativo de la prescripción del artículo 944 CCO. *c)* El principio conforme al cual debe entenderse que la Ley general no deroga a la Ley especial no es aplicable a este supuesto, ya que no hay ninguna razón que justifique la pretendida «especialidad» frente al Derecho común de las obligaciones y contratos mercantiles sino más bien argumentos en contra derivados del criterio antiformalista que para los contratos de comercio reconoce el artículo 50, de la importancia del principio de la buena fe en la ejecución y cumplimiento de estos contratos, que recoge el artículo 57, y del principio de favor al deudor que en cuanto a las dudas que se originase señala el artículo 59, todos del Código de comercio. *d)* Las discriminaciones en la aplicación de las normas que no resultan fundadas, como sucedería en este caso, si pese a lo dicho, se mantuvieran dos raseros en orden a la interrupción de la prescripción, lo que supondría infracción del principio de igualdad ante la Ley, reconocido por el artículo 14 de la vigente Constitución; en todo caso, el punto de vista que se adopta en el asunto que se examina, se sustenta, además, en meros argumentos interpretativos no revelados hasta ahora, ya que se toma en consideración la pausa seguida por el legislador mercantil en la Ley 19/1985, de 16 de julio, cambiaria y del cheque, que, tras establecer los plazos de prescripción de las acciones cambiarias (art. 89), aclara que «serán causas de interrupción de la prescripción las establecidas en el artículo 1973 del Código civil», lo que supone una decidida apuesta en favor de la estimación unitaria de aquélla. La extrapolación a todo el ámbito mercantil, por las razones que se vienen exponiendo, resulta imprescindible, dada la incidencia de la regulación de la letra de cambio en todo el ámbito comercial, como instrumento en muchas ocasiones del pago del precio o de los servicios prestados por consecuencia de los contratos mercantiles, situación que contribuye a afianzar la tesis unitaria de la interrupción (STS de 4 de diciembre de 1995). (STS de 31 de diciembre de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Gestión de Centros Comerciales, S. A.* interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de Madrid contra *Centros Comerciales Pryca, S. A.* sobre reclamación de cantidad. El Juzgado desestima la demanda por considerar prescrita la acción e impone las costas a la parte actora. Contra dicha sentencia se formuló recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, que

desestimó el recurso y condenó en costas al apelante. Recurrida en casación dicha sentencia, el TS declara que ha lugar al recurso de casación. (N. D. L.)

**73. Contrato de transporte. Prescripción.**—La equiparación total y absoluta, por imperativo legal, del comisionista de transporte al porteador, en lo que respecta a sus responsabilidades frente al comitente, conlleva necesariamente que el plazo de prescripción de las acciones contra el referido comisionista de transporte ha de ser el mismo que el núm. 2.º del artículo 952 CCO establece para la prescripción de las acciones derivadas del contrato de transporte y no el general del artículo 1964 CC. (STS de 13 de febrero de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Sun Market, S. A.* formuló demanda en reclamación de daños y perjuicios derivados de incumplimiento contractual contra *DHL Internacional España, S. A.* El Juez de Primera Instancia, desestimando la excepción de prescripción de la acción, estimó la demanda. La Audiencia Provincial, estimando la excepción de prescripción de la acción alegada, revocó la sentencia de instancia. El TS desestimó el recurso de casación y condenó en costas al recurrente. (N. D. L.)

**74. Contrato de seguro. Interpretación.**—Las dudas interpretativas sobre los contratos de seguro habrán de resolverse en favor del asegurado dada la naturaleza de contrato de adhesión que los mismos ostentan, que hace que las consecuencias de las cláusulas oscuras del contrato hayan de recaer sobre quien las redactó (art. 1288 CC), interpretación jurisprudencial que deriva del artículo 3 LCS.

**Seguro obligatorio. Deberá ser suficiente.**—La exigua cobertura pactada en el seguro obligatorio suscrito por el Ayuntamiento-Tomador implica que éste venía a asumir las consecuencias económicas que superasen la misma, pues era su obligación concertar un seguro suficiente, no cualquier seguro con ínfima cobertura, máxime al no tratarse de un seguro obligatorio cuya prima e indemnización estén legalmente predeterminadas.

**Contrato de seguro. Cláusula limitativa de los derechos del asegurado. Oponibilidad a terceros.**—Tales cláusulas son oponibles por la aseguradora frente a los terceros ofendidos o perjudicados por la estipulación de cláusulas de limitación de la responsabilidad del asegurador respecto a concretos y específicos riesgos, siempre y cuando dichas cláusulas se resalten en las pólizas o en sus complementos, se den a conocer al asegurado y éste las acepte y, finalmente, las suscriba (SS de 16 de febrero de 1987, 15 de abril y 14 de mayo de 1988). (STS de 7 de diciembre de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—El Juzgado de Primera Instancia de Logroño estimó la demanda presentada contra el Ayuntamiento de Cenicero (Logroño), y la *Compañía de Seguros Plus Ultra, S. A.*, a pagar la indemnización de daños y perjuicios a consecuencia de un fallecimiento acaecido en un festejo taurino. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación. El TS revocó parcialmente la sentencia de instancia absolviendo a *Plus Ultra Compañía Anónima de Seguros*, confirmando la condena al referido Ayuntamiento. (N. D. L.)

**75. Contrato de seguro. Dolo.**—La exoneración del pago en la prestación pactada al amparo del inciso final del párrafo 3.º del artículo 10 LCS, sólo tiene lugar en los casos de culpa grave o dolo que supone reticencia en la expresión de las circunstancias conocidas por el tomador del seguro que puedan influir en la valoración del riesgo y que de haberlos conocido el asegurador hubieran influido decisivamente en la voluntad de celebrar el contrato. El concepto de dolo que da el artículo 1269 CC, no sólo comprende la insidia directa e inductora, sino también la reticencia dolosa del que calla o no advierte debidamente (SS de 6 de junio de 1953, 7 de enero de 1961, 20 de enero de 1964, 26 de octubre de 1981), siendo esta segunda forma o modalidad del dolo a la que se refiere el citado inciso final del párrafo 3.º del artículo 10.

**Principio *in dubio pro asegurado*.**—Este principio no puede ser alegado por la parte quien, con ocultación de las circunstancias que concurrían en el terreno en que realizaba la construcción y de las que tenía cabal conocimiento, dio lugar a la celebración del contrato de seguro. (STS de 31 de diciembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Ibérica Mediterráneo de Construcciones, S. A.*, formuló demanda en reclamación de cantidad contra la entidad mercantil *Ges, Seguros y Reaseguros, S. A.*; el Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. Recurrida en apelación, la Audiencia Provincial revocó la sentencia de instancia. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (N. D. L.)

**76. Contrato de seguro marítimo. Fuentes.**—Este contrato se rige por lo señalado en el Código de comercio y supletoriamente por la Ley de Contrato de Seguro, por lo que no es aplicable la disposición contenida en el artículo 3 de dicha Ley en relación con las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado, salvo que el asegurado acredite no haber tenido conocimiento de las mismas (SSTS de 7 de febrero de 1992, 20 de febrero de 1995).

**Comunicación del siniestro. Retraso.**—Habiéndose pactado en la póliza que el asegurado deberá comunicar a la aseguradora la producción del siniestro dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su conocimiento, o transcurridos quince días desde aquel en que la embarcación debió llegar a puerto. En este caso, se desconoce la producción del siniestro, por lo que el asegurado lo debió comunicar dentro de cuarenta y ocho horas una vez transcurridos los quince siguientes a la fecha en que debió haber arribado a puerto, pero no se produce así y el asegurado se retrasa cinco días en su comunicación. El simple retraso en la comunicación del siniestro a la aseguradora no puede llevar aparejada, sin más, la trascendental consecuencia de la pérdida del asegurado de la indemnización a que tiene derecho, sino que solamente puede dar origen a que la aseguradora reclame al asegurado los daños y perjuicios que se le hayan podido ocasionar con dicho retraso, máxime cuando tampoco se ha probado en el presente supuesto que el asegurado, al realizar con retraso la comunicación del siniestro (en cinco días), haya obrado con dolo o culpa grave (que en este caso carecen de todo sentido cuando ya había, con mucha anterioridad, denunciado el hecho ante la Comandancia de Marina), debiendo, por otro lado, ser interpretada de modo restrictivo la cláusula o Condición General que así lo establezca, cuya interpretación no puede llevar en ningún caso a la pérdida, por parte del asegurado, de su derecho a la indemnización correspondiente, por el hecho de haber incidido en un pequeño retraso (de cinco días) en su comunicación

del siniestro a la entidad aseguradora, dado el carácter abusivo y desproporcionado de dicha cláusula (art. 10-c-3.º LGDCU). (STS de 18 de diciembre de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—La representación legal de don Z. A. G. A. interpuso demanda contra la mercantil *La Estrella, S. A.*, al objeto de que prestara la indemnización prevista en contrato de seguro por el hecho de la desaparición de una embarcación de recreo. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, imponiendo las costas al demandante. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia de instancia e impuso las costas de dicha alzada al recurrente. Recurrida en casación, el TS estimó el recurso sin hacer expresa imposición de costas en ninguna instancia. (N. D. L.)

**77. Agente de seguros. Cesión de cartera.**—Los requisitos administrativos impuestos sólo valen para tutelar dentro de la legalidad el negocio transmisor entre los aseguradores así trabados, cedente y cesionario.

**Contrato de agencia. Deber de lealtad.**—La hipotética infracción del deber de lealtad no puede en realidad producir el perjuicio que se presume generado, puesto que la pérdida por la Compañía de unas pólizas deficitarias podía suponer incluso un beneficio para la entidad. (STS de 10 de febrero de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—La *Sindicatura de Quiebra de la mercantil Mutua Popular del Automóvil* interpone ante el Juzgado de Primera Instancia de Madrid demanda contra *Fiatc, Mutua de Seguros Generales, S. A.; Doser, S. A., Correduría de Seguros*; don J. M. D. G. y don J. D. S. por reclamación de cantidad, derivada de precio por cesión de cartera de seguros, primas extornadas y comisiones de nuevas pólizas. El Juzgado estima la solicitud. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso presentado por los demandados. Recurrida en casación dicha sentencia, el TS declara que no ha lugar al recurso. (N. D. L.)

**78. Resolución contractual unilateral.**—Los contratos cuya duración sea ilimitada pueden resolverse a petición de cualquiera de las partes, presumiéndose, salvo prueba en contrario, que dicha denuncia unilateral se hace de buena fe.

**Daños morales.**—La jurisprudencia es favorable a su reconocimiento, tanto los causados por vía contractual como extracontractual. Ahora bien, su valoración no puede hacerse por los Tribunales sobre pruebas objetivas, sino teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso.

**Agente de seguros. Cambio de condición.**—La relación jurídica que liga al agente de seguros con la Compañía aseguradora se rige por la relación contractual acordada y, en caso de que el Agente pase a la condición de Corredor, aquel contrato no puede continuar con éste al no estar previsto ni existir acuerdo novatorio entre las partes. (STS de 13 de marzo de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Contra la mercantil *Schweiz Compañía Anónima Española de Seguros y Reaseguros* se interpuso demanda reclamando los daños y perjuicios causados por la resolución del contrato de agencia que la ligaba con doña E. T. L. El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda y condenó a la deman-

dante a las costas causadas. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia apelada con imposición de costas al apelante. El TS desestimó el recurso de casación. (N. D. L.)

**79. Acuerdos de la Asamblea General. Modificación de Estatutos.**—Previsto en los Estatutos de una asociación que la modificación de sus preceptos requiere el voto favorable de los dos tercios de sus afiliados, la infracción de este *quorum* es un defecto formal de inexcusable observancia por lo que, siendo un precepto de *ius cogens*, no es posible entender válidamente adoptados los acuerdos con el voto favorable de la mayoría simple en cuanto afectan a disposiciones estatutarias.

**Auditoría de cuentas. Caracteres.**—La auditoría de cuentas se configura como la actividad que, mediante la utilización de determinadas técnicas de revisión, tiene por objeto la emisión de un informe acerca de la fiabilidad de los documentos contables auditados; no limitándose, pues, a la mera comprobación de que los saldos que figuran en sus anotaciones contables concuerdan con los ofrecidos en el balance y en la cuenta de resultados, ya que las técnicas de revisión y verificación aplicadas permiten, con un alto grado de certeza y sin la necesidad de rehacer el proceso contable en su totalidad, dar una opinión responsable sobre la contabilidad en su conjunto y, además, sobre otras circunstancias que, afectando a la vida de la empresa, no estuvieran recogidas en dicho proceso. La auditoría de cuentas es, por lo tanto, un servicio que se presta a la empresa revisada y que afecta e interesa no sólo a la propia empresa, sino también a terceros que mantengan relaciones con la misma, habida cuenta que todos ellos, empresa y terceros, pueden conocer la calidad de la información económico-contable sobre la cual versa la opinión emitida por el auditor de cuentas. El auditor es el profesional encargado del cometido de la auditoría de cuentas. Que deberá figurar inscrito en el Registro Oficial de Auditores y Auditores de Cuentas. Las cualidades de transparencia, fiabilidad y fidelidad son los exponentes a considerar por el auditor al verificar su informe tras la correspondiente actividad auditora. *Transparencia*, esto es, para que a través de esta cualidad insita en el informe se vea y se conozca, por no existir ningún obstáculo imperativo, cuál es esa realidad económica empresarial. *Fiabilidad*, es un instrumento medial, esto es, que dicho informe, por haber sido verificado por un profesional que goza de las correspondientes pericias, saberes o conocimientos, emite algo que *per se* se cuenta con una general credibilidad análoga a una especie de fe pública contable-económica. *Fidelidad*, que dicho informe es exacto y seguro, porque los datos y conclusiones a que se contraen, responden a una verdad, esto es, que si el informe dice que el resultado económico de la empresa es «uno determinado», se corresponda realmente o adecue en exactitud, a lo que se recoge en el mundo instrumental de los elementos que integran el activo de la empresa, porque sean ciertamente los allí indicados. (STS de 10 de diciembre de 1998; ha lugar.)

**HECHOS.**—Se interpone por la parte demandante recurso de impugnación de acuerdos sociales adoptados por el *Consell de Gremis de Comerç i Serveis de Barcelona*. El Juzgado de Primera Instancia de Barcelona estimó la demanda. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación revocando la sentencia de instancia. Recurrida en casación dicha sentencia, el TS declara que ha lugar al recurso de casación. (N. D. L.)

**80. Sociedades anónimas. Aumento de capital.**—El plazo de seis meses para la inscripción en el Registro Mercantil de los documentos acreditativos de la ejecución del aumento de capital, cuyo incumplimiento permite a los suscriptores la resolución y restitución de lo aportado, es indisponible por las partes y, aunque se hubiesen celebrado varias Juntas, *el dies a quo* es necesariamente aquel en que se abrió el plazo de suscripción sin que la Junta pueda dilatarlo. Transcurrido dicho plazo sin haberse inscrito los documentos referidos, los suscriptores pueden pedir la restitución o, en caso contrario, podrá practicarse la inscripción después de los seis meses, pues se trata de un plazo de caducidad para pedir la restitución de lo aportado por los suscriptores, pero no para practicar la inscripción.

**Doctrina de los actos propios. Imprudencia.**—No es posible su alegación cuando se actúa amparándose en un precepto legal, como en este caso el artículo 162 LSA, pues esta doctrina de los actos propios debe considerarse como un Principio General de Derecho que sólo procede en defecto de ley o costumbre. Mientras una sentencia no declare la resolución de la suscripción, los suscriptores no actúan contra sus propios actos si al tiempo que reclaman la restitución siguen interviniendo en la esfera social en beneficio de sus intereses. Una vez decretada la resolución de la suscripción, ésta tendrá efectos retroactivos. (STS de 30 de marzo de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—Contra la ampliación de capital de la mercantil *Desidratados y Derivados, S. A.*, se interpuso demanda por infracción de las normas legales que la regulan. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda. El recurso de apelación interpuesto por la demandada fue desestimado. Recurrida en casación, el TS confirmó en todos sus extremos la sentencia de la Audiencia Provincial. (N. D. L.)

**81. Derecho de información del accionista.**—El derecho de información del accionista es un derecho básico cuya violación provoca la nulidad de los acuerdos sociales afectados. La LSA regula de manera muy generosa este derecho del socio, quien, con arreglo a los artículos 112 y 212 de dicha Ley y el 173 CCO, podrá solicitar por escrito con anterioridad a la reunión de la Junta los informes o aclaraciones que estime precisos acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día, estando los Administradores obligados a proporcionárselos, salvo en los casos en que la publicidad de los datos solicitados perjudique a los intereses sociales. El legislador deja a la decisión del socio el cualificar qué aclaraciones deben suministrársele. Si él estima, claro está que no de una forma caprichosa, sino fundada, que determinados escritos tienen una relación directa con los asuntos comprendidos en la convocatoria, los Administradores habrán de proporcionárselos. En tal sentido, deben ponerse a disposición de los accionistas las referencias contables que en ningún caso pueden perjudicar los intereses sociales, sino todo lo contrario, ya que la transparencia de la situación económica de la empresa favorece por igual a todos los socios y a la propia entidad.

**Cuentas anuales.**—Es principio básico que dichas cuentas han de mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad esta carencia produce la nulidad de los acuerdos sociales por violación del artículo 172 LSA. (STS de 15 de diciembre de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia por D. J. R. M. demanda contra la mercantil *Vehículos y Comercio, S. A.*, sobre

impugnación de acuerdos sociales; el Juez estimó la pretensión del demandante decretando la nulidad de los acuerdos impugnados. Recurrida dicha sentencia en apelación, la Audiencia Provincial estimó en parte el recurso. El TS estimó el recurso de casación en cuanto que la sentencia de apelación no estimó que se había vulnerado el derecho de información del accionista. (*N. D. L.*)

## DERECHO PROCESAL

**82. Error judicial.**—El TS repasa en esta sentencia la doctrina jurisprudencia en materia de error judicial. El error judicial implica un desajuste «objetivo, patente e indudable», bien sea con la realidad de los hechos probados o con las normas legales, debiendo ser tal desajuste evidente e injustificado, de forma que no haya duda de la irracionalidad de las conclusiones de hecho o de derecho que se mantienen en la resolución judicial —SS de 22 de julio y 5 de mayo de 1998, 26 de diciembre de 1995 o 1 de marzo de 1996, entre otras muchas—. (**STS de 1 de febrero de 1999**; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Contra sentencia dictada en fase de apelación en un procedimiento ejecutivo seguido por una entidad bancaria se insta por parte de los demandados demanda sobre declaración de error judicial. El TS desestima la demanda sobre declaración de error judicial. (*P. C. A.*)



